R-CPJM

Revista Científica

ISSN: 2764-1899

Sumário

Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: A experiência nos sistemas comparados 8

Uma análise crítica da figura do *Whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro 37

O *whistleblowing* como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do *whistleblower* 52

Dynamics of Dissent and Whistleblowing: Conceptualization and the Way Ahead 71

Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? 82

Whistleblowing: sistema instrumental à política de integridade
Whistleblowing: instrumental system to compliance policy 112

Whistlebower e o Processo Penal Brasileiro 144

A proteção do whistleblower: Uma análise a partir dos panoramas jurídicos na Europa e no Brasil
Whistleblower protection: An analyses from the legal frameworks in Europe and Brazil 157

Whistleblowers, arrependidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado 186

Whistleblower e Justiça Negociada no âmbito das empresas estatais 210

Entre o anonimato e o sigilo: A interação do Whistleblower com o Processo Penal
Between anonymity and secrecy: The Whistleblower's interact with Criminal Procedure 221

Comparação entre os Regimes Jurídicos do *Whistleblower* ou Informante nos Estados Unidos da América e no Brasil: Algumas Notas sobre a Considerável Deficiência da Atual Disciplina Brasileira do Instituto 237

Métodos de incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas brasileiros de Whistle-Blowing à luz do projeto de lei nº 3.165/2015 259

Whistleblowing e Poder Judiciário 275

Comentários à Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União 290

Resenha ao livro *Manual de Compliance Penal en España*, de Rafael Aguilera Gordillo. Navarra: Thomson Reuters, 2020. 322

Developments in Brazil-United States Tax and Anti-Corruption Enforcement Cooperation 335

Impactos dos programas de *compliance* na responsabilidade penal individual de dirigentes no âmbito da sociedade empresária 364

Retomando agendas de pesquisa: aportes criminológicos para a crítica penal à macrocriminalidade 398

Lavagem de dinheiro e meio ambiente: o recente alerta do GAFI 420

Observações sobre o princípio da legalidade 434

O Risco Permitido e o Crime de Manipulação de Mercado no Âmbito Europeu 465

Um futuro sem o qual não haverá futuro 494

Compliance, *internal investigations* e direitos dos investigados: reflexões sobre o direito de defesa nas investigações internas 511

Combate à corrupção nas contratações públicas como política pública 530

Aspectos procesales del criminal compliance 549

O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária The criminal non-persecution agreement and its reflections in crimes against the tax order 569

Breves considerações sobre a teoria da cegueira deliberada 599

Criptomoedas como objeto material do crime de lavagem de capitais
Cryptocurrencies as a material object of the crime of money laundering 618

Os efeitos da falta de cooperação e coordenação entre os órgãos legitimados a firmar acordo de leniência 646

Reflexões sobre o crime omissivo impróprio e eventual responsabilização penal em virtude da crise do oxigênio no amazonas 669

As políticas de *compliance* e a autoregulação regulada como ferramentas de prevenção à lavagem de dinheiro. 695

Considerações sobre o Projeto de Lei Alemão de Responsabilização por Infrações causadas pela Pessoa Jurídica, pela Gerência e o Direito Sancionatório Empresarial 724

Resenha ao livro "Dolo como compromisso cognitivo" 730

Lógica por via das dúvidas – Entrevista com Desidério Murcho 743

Compliance programs: una visión panorámica 749

O procedimento investigatório criminal como instrumento administrativo interno do ministério público. Desnecessidade de controle judicial 772

Public compliance e prevenção da corrupção 789

Programas de *compliance* e branqueamento de capitais: implicações da lei nº 83/2017, de 31 de agosto, no regime jurídico de Portugal 813

Las recompensas económicas al alertador (whistleblower). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación? 847

A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada à luz da teoria dialética unificadora 861

A Lei Anticorrução e os Programas de Compliance no Brasil 887

A abordagem baseada no risco e combate à lavagem de dinheiro: como o *compliance* pode auxiliar no combate à coculpabilidade às avessas? 902

A pessoa jurídica é penalmente responsável pela participação? 922

La responsabilisation penale de l'entreprise et de son dirigeant en droit français face aux nouveaux risques: environnement et droit humains 938

O processo penal no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica 964

O regime de cumprimento da sanção nos acordos de colaboração premiada: uma análise teleológica, holística e garantista do art. 4º, §7ª da lei n. 12.850/2013 982

O dano tributário do crime de sonegação fiscal: um estudo empírico do discurso do tribunal de justiça de Rondônia 996

Por que a norma deveria ser a regra? A análise institucional pela psicossociologia e sua aplicabilidade ao compliance 1020

El principio de culpabilidad en el programa penal de la Constitución 1046

Reflexões sobre a possibilidade de impugnação da colaboração premiada por terceiros 1069

A responsabilização dos agentes públicos na pandemia do covid-19 1091

A *ratio essendi* dos programas de *compliance* não é evitar crimes: um esclarecimento necessário 1113

Evolução jurídica e aspectos controvertidos do criminal compliance no direito penal econômico 1129

A contra-ordenação de gestão ruinosa de instituição de crédito 1171

A causalidade nos fatos decorrentes de decisão colegiada e o artigo 13 do código penal 1197

Considerações sobre o projeto de lei 1.588/2020: a novel certificação de programa de integridade 1216

A persecução criminal da pessoa jurídica no estado do Rio de Janeiro: breve análise dos procedimentos instaurados nos últimos cinco anos para apuração de crimes ambientais. 1222

A nova lei alemã de diligência em cadeias de fornecimento: novas tarefas para o departamento de compliance de empresas multinacionais 1229

Rafael Aguilera Gordillo – Entrevista 1247

Procuradoria europeia: a implementação de um ministério público europeu para o combate aos crimes transnacionais praticados contra os interesses financeiros da União Europeia 1255

O compliance no Ministério Público 1272

Do crime de evasão de divisas: apontamentos sob a perspectiva do funcionalismo-teleológico e da teoria pessoal de bem jurídico 1298

Desarticulação institucional frente a realização de acordos de leniência na lei anticorrupção 1316

Combate à corrupção e instrumentos de solução negociada 1334

O direito de acesso às comunicações entre COAF e autoridades investigativas como reflexo do direito constitucional à proteção de dados pessoais 1349

Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393° del código penal peruano 1375

Análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro por instituições financeiras: construção de uma ferramenta para identificação e mitigação dos riscos decorrentes da utilização de dados compartilhados 1406

Da impugnabilidade das decisões absolutórias do tribunal do júri: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 1434

A jurisprudência do superior tribunal de justiça em casos de prisão preventiva no ano de 2021: crimes econômicos e crimes comuns 1467

Instituição legislativa da teoria do crime da pessoa jurídica 1498

Novo projeto de lei alemão de transposição da diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União (*whistleblowers*) 1532

DIÁLOGOS SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS: Avanços científicos, teorias explicativas do desvio corporativo, efeitos criminógenos das oscilações econômicas, impactos dos programas de compliance e a superação do *non-compliance* empresarial 1547

Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: A experiência nos sistemas comparados

Ana Paula Oliveira Ávila[1]

José Eduardo Tinen[2]

Resumo: *Whistleblower*s são indispensáveis para o bom e efetivo funcionamento de um sistema de *compliance* em empresas e órgãos estatais. Esses sujeitos estão no centro das mudanças legislativas mais relevantes das últimas décadas para assegurar o compromisso do Estados com o combate à corrupção e às práticas nocivas à economia de mercado. Sua importância advém do papel fundamental que essas figuras exercem na apuração de irregularidades e possíveis crimes. Com base nas mais recentes modificações legislativas no Direito Comparado, a regulação sobre *whistleblowers* abrange os canais de denúncias e as regras protetivas antirretaliação – *conditio sine qua non* para a efetividade do sistema de *compliance*. O objetivo deste ensaio é analisar a legislação comparada – particularmente as leis estadunidenses como a Sarbanes-Oxley e o Dodd-Frank Act, a nova Diretiva 1937 de 2019 do Parlamento Europeu e o último esboço de internalização deste texto legal ao sistema jurídico alemão *("HinSchG-E", Bearbeitungsstand vom 26.11.2020)* no que concerne à regulação da figura dos *whistleblowers*, e também as regras aplicáveis aos canais de denúncia, a fim de fornecer parâmetros mínimos para a criação e manutenção de um sistema de coeso de denúncias e proteção no âmbito das empresas privadas brasileiras.

Palavras-Chave: compliance; whistleblower; canais de denúncia; medidas antirretaliação; confidencialidade; anonimato.

[1] Mestre e Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Genova – Itália. Advogada e Consultora na área de Compliance.

[2] Advogado especializado em administração de empresas e Direito Comunitário Europeu pela European School of Business (ESB), Reutlingen, Alemanha e École Pratiques des Hautes Études Commerciales (EPHEC), em Bruxelas, Bélgica. Compliance Investigator e Coordenador Antifraude do Grupo Allianz SE, Munique, Alemanha.

Abstract: Whistleblowers are indispensable for the good and effective functioning of a compliance system in a company or a state organ. They are at the core of the most relevant normative changes of the last decades, to ensure the States' commitment against corruption and other harmful practices to the economy. The importance of whistleblowers derives from their fundamental role in the ascertainment of offences and potential criminal acts. Based on the most recent legislative changes in Comparative Law, whistleblower regulation covers the whistleblowing channels and also protective rules against retaliation – *conditio sine qua non* for the effectivity of a compliance management system. The objective of this essay is to analyze in Comparative Law – particularly in US legal system, such as the Sarbanes-Oxley and the Dodd-Frank Act, the new European Commission's Directive 1937 from 2019, and the last draft for the internalization of the Directive in the German legal system *("HinSchG-E", Bearbeitungsstand vom 26.11.2020)* regarding whistleblowing regulation, and also the rules to whistleblowing systems, as a means to provide minimal standards for the creation and maintenance of a coherent whistleblowing system and whistleblower protection for Brazilian companies.

Key words: compliance; whistleblower; whistleblowing channel; anti-retaliation protection; confidentiality; anonymit

---

1. Introdução

Se a palavra "whistleblower" ainda não foi assimilada ao jargão das empresas, é sinal de que deveriam dar mais atenção ao processo de avaliação dos riscos empresariais. No mundo de hoje, whistleblowing significa risco. O contexto em que estamos vivendo – o da chamada "sociedade de vigilância" – é de grande exposição, onde qualquer portador de um telefone celular torna-se potencial "broadcaster" de notícias, relatos e opiniões pelas redes sociais. Vídeos gravados com o telefone celular capturando a conduta imprópria de pessoas públicas e privadas espalham-se como vírus pela internet em questão de segundos. O julgamento pelo público é igualmente instantâneo, com pouca chance de defesa dos envolvidos ou recuperação da imagem e da reputação destruídas. Uma característica do momento presente está no grande interesse que as pessoas nutrem pelo modo de agir dos outros, e isso não é diferente no mundo das empresas, que precisam lidar com a vigilância por parte de funcionários, fornecedores,

clientes, consumidores e, principalmente, de concorrentes. Nesse cenário, a chance de que um malfeito ou um passo em falso seja exposto é muito grande; por isso, whistleblowing significa risco.

Contudo, o significado da palavra de origem inglesa refere alguém que assopra um apito. O apito tornou-se um objeto simbólico quando se quer chamar a atenção para alguma conduta indevida ou irregularidade. Para além do uso por árbitros esportivos para sinalizar o cometimento de faltas, o apito tem sido empregado como meio para lançar os holofotes sobre qualquer um que faça algo errado – lembramos aqui que no ano de 2019 o Ministério Público do RS e a ONG Na'Mat Pioneiras distribuíram 5 mil apitos a mulheres no litoral gaúcho, como parte da campanha "Não Hesite, Apite", para que o apito fosse utilizado como um instrumento de defesa de mulheres que se sentissem ameaçadas ou vítimas de assédio sexual. Iniciativas como essa se multiplicam em municípios do Brasil, ilustrando exatamente a ideia que a expressão whistleblowing deve transmitir.

No âmbito corporativo, o tema é de particular interesse aos programas de compliance, já que a atuação do whistleblower tem se revelado muito importante para levar às empresas o conhecimento de práticas inadequadas e até mesmo criminosas que ocorram dentro delas, possibilitando que a questão seja investigada e que as responsabilidades sejam apuradas internamente. Whistleblowing abrange, de um lado, os canais de denúncia que devem ser implementados para o recebimento desses relatos e, de outro, o conjunto de medidas antirretaliação e demais proteções que devem ser adotadas em favor do denunciante[1].

[1] Algumas observações terminológicas são pertinentes. Ruivo e Pires consideram o whistleblower uma espécie do gênero "colaborador com a justiça" que se diferencia do colaborador que participou da atividade delitiva. RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. "Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público". In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 174 (2020: 41-69), p. 44. Essa espécie, contudo, deve ser melhor distinguida diante da polissemia empregada para referir a figura do whistleblower. A lei brasileira traduziu whistleblower como o informante – a exposição de motivos fala em "informante do bem"; contudo preferimos aqui utilizar a expressão "denunciante", a fim de evitarmos confusões com a figura do "informant" dos Estado Unidos, que é alguém que está envolvido nas irregularidades que denuncia, sendo uma figura mais próxima do que nós, no Brasil, chamamos de colaborador. É muito importante frisar que whistleblowers não são pessoas envolvidas nos crimes por eles denunciados e nem são integrantes de organizações criminosas que colaboram com as investigações no intuito de obter a mitigação ou o perdão das penas, conforme autorizado em legislação específica que regula a delação premiada e os acordos de leniência. Nisso, o whistleblower se distingue do colaborador e do delator, porque estes estão envolvidos nos fatos e são tratados como investigados ou réus, dependendo da fase em que a situação se encontre. Além disso, é importante notar que o whistleblower é um sujeito que age espontaneamente e por isso não se confunde com aquelas pessoas que assumem deveres de informação, que são deveres geralmente atribuídos por lei a auditores, contadores ou agentes financeiros para que reportem internamente as práticas de infrações que cheguem ao seu conhecimento.

As medidas protetivas se impõem porque a realidade demonstra que é muito comum que a empresa, ao contrário de corrigir e sancionar internamente as irregularidades denunciadas, levando o problema ao conhecimento das autoridades, termina perseguindo ou até mesmo excluindo o whistleblower dos seus quadros – ou, para usar a metáfora norte-americana, simplesmente "mata o mensageiro". Em nossa cultura, em vez de alguém que oferece à empresa a valiosa oportunidade de corrigir os erros antes que eles venham a público com danos irreversíveis à reputação, o whistleblower é visto como um "dedo-duro", alguém nocivo ao sistema interno da empresa, como se o problema fosse ele e não a conduta que ele denuncia[2]. Daí a observação de Elton Alves de que "denunciar poderá ser visto como ato de heroísmo ou egoísmo"[3].

Do ponto de vista dos riscos à reputação de uma organização, a prática revela que as denúncias são levadas a público mediante órgãos governamentais e de comunicação, ou até mesmo pelas redes sociais, somente quando os denunciantes têm a percepção de que nada será feito no âmbito da empresa para corrigir o erro denunciado e punir os responsáveis. Isso pode de fato acontecer em qualquer empresa onde não exista um programa de compliance efetivo. Entre nós, essa efetividade é apurada por um conjunto de condições estabelecidas na legislação brasileira, incluindo a implementação dos canais de denúncias e do sistema de medidas antirretaliação. Menciona-se, exemplificativamente, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção, art. 7º, inc. VIII) e seu decreto regulamentador (Decreto 8.420/2015, art. 42, inc. X), estabelecendo como parâmetro de efetividade do programa a manutenção de canais de denúncia de irregularidades, que devem ser abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros,

[2] Ilustra bem a hipótese o relato de Artur Gueiros em recente artigo sobre o tema, contando que alguns dias antes do amplamente divulgado desastre de Brumadinho, o então Presidente da Vale recebeu um e-mail anônimo com uma série de denúncias quanto à falta de segurança das barragens e outras irregularidades existentes na empresa. E que, diante disso, em vez de determinar uma inspeção séria e articular um plano de evacuação que evitasse o risco para tantas vidas, o Presidente decidiu pressionar o setor de compliance da empresa para saber de quem tinha partido aquela denúncia, porque, abre aspas, "Esse sujeito é um cancro dentro da empresa". Cf. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de compliance. In WALMSLEY, Andrea; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (organizadoras) MPF – Inovações da Lei n. 13.964 de 24 de Dezembro de 2019. Coletânea de Artigos Vol. 7. Brasília, MPF, 2020(32-52), pp.33-4. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes

[3] ALVES, Elton Nunes José. "Mecanismos de fortalecimento e proteção ao denunciante no crime de corrupção dentro do ambiente corporativo (Whistleblowing)", in Revista dos Tribunais V. 109, n. 1018, ago/2020, disponível em: https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rt-1018-mecanismos-de-fortalecimento-e-protecao-ao-denunciante-1.pdf Prossegue o autor: "Whistleblowers desafiam a estrutura de autoridade da organização e algumas vezes a expõe a escândalos, embaraços e sanções jurídicas. Como resultado, os denunciantes podem ter respostas negativas da sociedade empresária e da própria sociedade como um todo".

assim como as garantias de proteção aos denunciantes de boa-fé. No entanto, o decreto não disciplina os procedimentos internos para os canais e nem detalha qualquer medida protetiva aos informantes.

O Pacote Anticrime (Lei 13.964 de 2019) alterou a Lei 13.608/18 com a pretensão de regular os canais de denúncias, no afã de dar cumprimento a obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais para oferecer proteção a funcionários públicos e pessoas do setor privado que denunciem espontaneamente atos de corrupção lesivos à Administração Pública. Essa medida segue, tardiamente, o lastro da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2005, que determinou a proteção do whistleblower pelos ordenamentos internos dos Estados-Parte signatários. O esforço é, mesmo assim, notável, porém voltado inicialmente monitoramento dos problemas envolvendo a corrupção no setor público, deixando a questão, no setor privado, no âmbito da autorregulação.

Diante desse quadro, o presente ensaio tem dois objetivos: analisar a legislação comparada sobre a regulamentação dos canais de denúncia para, em seguida, estabelecer parâmetros que possam auxiliar na organização mais sistemática tanto dos canais de denúncia quanto das medidas antirretaliação nas empresas brasileiras, apontando os cuidados que deverão ser observados nos setores de compliance e recursos humanos em face das proteções conferidas ao denunciante.

2. Canais de Denúncia: Apontamentos do Direito Comparado

2.1 Estados Unidos:

Os EUA contam com a maior tradição em matéria de *whistleblowing*, sendo que sua primeira lei remonta ao ano de 1778, instituindo o "dever de fornecer informações sobre más-condutas". Quase um século depois, foi editado o *False Claims Act*, de 1863 para estimular a denúncia a fraudes na aquisição de suprimentos pelo exército, instituindo o direito à recompensa correspondente à metade dos valores recuperados, mais a multa de dois mil dólares no caso de denúncia falsa[4].

[4] SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de compliance. In WALMSLEY, Andrea; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (organizadoras) MPF – Inovações da Lei n. 13.964 de 24 de Dezembro de 2019. Coletânea de Artigos Vol. 7. Brasília, MPF, 2020, p. 36. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.002 | ISSN: 2764-1899

Mais um salto de um século e em 1977 surge o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) para coibir as práticas corruptivas e pagamentos de propinas por empresas norte-americanas, tanto em solo americano como no estrangeiro. No FCPA não há disposições específicas sobre o whistleblower, mas nesta década o combate à corrupção ganhou muita força e um ano depois do FCPA foi editado o *Civil Service Reform Act* de 1978, instituindo canais para o reporte de condutas impróprias e punindo atos de retaliação. Ao instituir canais formais para que irregularidades fossem reportadas e conferir uma série de garantias ao denunciante, a lei excluiu de suas proteções os denunciantes que vazassem informações para a mídia, conferindo uma primazia implícita aos canais internos de reporte[5].

Em 1989 foi editada lei específica sobre a proteção dos denunciantes, o *Whistleblower Protection Act* (WPA), ampliando o rol das proteções, aliviando as regras sobre o ônus da prova[6] quanto à prática de retaliação e instituindo o dever de compensação dos danos sofridos por conta da denúncia. Mais recentemente, em 2012, houve a edição do *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA), reconhecendo os *whistleblowers* como figuras "cruciais para o combate à fraude, abusos, ilícitos e ameaças à segurança e à saúde pública, cuja revelações salvam biliões de dólares além de vidas humanas".[7] O WPEA detalha os tipos de revelação (*disclosure*) abrangidas pela lei e amplia, de um lado, as proteções contra a prática de retaliação contra funcionários federais e, de outro, o espectro de indenizações cabíveis.

Contudo, uma lei voltada a estabelecer padrões mais rígidos de governança corporativa que sequer tinha o escopo de regulamentar o *whistleblowing* – a *Sarbanes-Oxley Act* (SOx) de 2002, acabou conhecida no seu tempo como a maior lei de garantias antirretaliação ao

[5] FOX, Richard G. Protecting the Whistleblower, 15 Adel. L. Rev. 137 (1993), p. 138.

[6] Cf. Whistleblower Protection Act of 1989, United States of America Public Law No 101-12, 103 Stat 16 (1989). De acordo com Devine, a flexibilização do starard de prova no WPA deu-se de três modos: "1) eliminating the test for hostile motives to prove a violation of rights, instead only requiring a causal link between protected speech and the challenged personnel action; 2) replacing the "predominant factor" requirement for the whistleblower's burden to prove a *prima facie* case, with the more realistic "contributing factor" test, essentially a relevance standard; and 3) replacing the "preponderance of the evidence" standard, only requiring 50% plus of evidence, with a "clear and convincing evidence" standard, requiring 70-80%, for the employer's reverse burden of proof in an affirmative defense that it would have taken the same action for legitimate reasons in the absence of whistleblowing." In DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act Burdens of Proof: Ground Rules for Credible Free Speech Rights. In E-Journal of International and Comparative Law Vol.2, n.3, sep-oct 2013, p. 6.

[7] ZUCKERMAN, Jason. Congress Strengthens Whistleblower Protections for Federal Employees. In ABA LEL FLASH, Nov-Dec 2012. Disponível em https://www.zuckermanlaw.com/wp-content/uploads/2019/01/Whistleblower-Protection-Enhancement-Act.pdf capturado em 26/06/2020.

whistleblower no mundo[8]. Como se não bastasse, em 2010 novo estatuto cuidou da questão – o *Dodd-Frank Act* – tornando a questão ainda mais grave para as empresas ao ampliar o prazo de reporte de 180 dias para 6 anos a contar da data em que o denunciante tomou ciência da violação, podendo chegar até o máximo de 10 anos a contar da ocorrência do fato. Também ampliou as medidas protetivas, instituindo a readmissão do denunciante que fosse demitido em retaliação à denúncia com o pagamento do dobro dos salários durante o período de afastamento, mais custos com litígio e advogados e, paralelamente, deu início à política de recompensas ao denunciante nos casos em que as informações resultassem em sanções financeiras superiores a 1 milhão de dólares aplicadas pela SEC – *Securities and Exchange Comission*[9].

2.2 União Europeia:

O diploma mais recente de proteção do whistleblower é a Diretiva 1937 de outubro de 2019[10] do Parlamento Europeu, determinando que até o final de 2021 todos os Estados Membros deverão adaptar suas respectivas legislações. De um modo bastante sintético, a Diretiva tem dois grandes escopos: primeiro, estimular o reporte de violações às leis europeias por meio da *obrigatoriedade* de implementação de canais de denúncia em empresas e organizações privadas e públicas que tenham mais de 50 funcionários e, dependendo dos riscos da atividade desempenhada (saúde, meio ambiente), com número inferior a este[11]; segundo, implementar medidas protetivas do whistleblower, estabelecendo proteções válidas para

[8] A subseção 1514A da SOX cuida da "proteção aos empregados das companhias abertas que denunciem suspeitas de fraude, determinando medidas compensatórias para os informantes que tenham sofrido retaliação, tais como a readmissão em caso de despedida, com direito a todos os pagamentos que tenha deixado de receber desde a despedida indevida, além do ressarcimento de quaisquer danos materiais sofridos por conta do tratamento discriminatório (tais como as despesas com processo judicial, advogados e peritos), sem prejuízo dos danos imateriais que resultem da retaliação. Essas medidas protetivas se aplicam se o informante realizar o reporte dentro do prazo de 180 dias, a contar da violação ou do momento em que dela tenha tomado conhecimento". AVILA, Ana Paula. "Proteção dos Whistleblowers e Sistemas de Compliance", in SAAVEDRA, Giovani (org.). Governança Corporativa, Compliance e Gestão de Riscos. São Paulo: ESENI Editora, 2020 (p. 222-249), p. 229.

[9] STOCK, Matthew R. Dodd-Frank Whistleblower Statute: Determining Who Qualifies as a Whistleblower, 16 FSU Business Review 131 (2017), p.137-8. V. AVILA, op. cit., p. 230.

[10] Interessante observar que, em termos estritos, a normativa europeia não utiliza o termo "whistleblower", senão que "reporting persons", ou seja, pessoas que reportam – no caso – irregularidades ou potenciais irregularidades às normas da União Europeia. A ideia por detrás do termo "reporting persons" é trazer ainda mais clareza e certeza às pessoas que façam uso deste recurso e que, por ventura, poderiam ter dificuldades em entender o conceito por trás do termo "whistleblower" – aqui considerado pela Comissão Europeia, como um termo de teor mais técnico.

[11] De acordo com a normativa europeia em seu artigo 26, companhias com mais de 250 colaboradores deverão implementar um sistema de denúncias mais tardar até 17 de dezembro de 2021, enquanto que as empresas com o número de colaboradores entre 50 e 250 terão até 17 de dezembro de 2023 para o fazê-lo.

denunciantes que possuam qualquer tipo de vínculo com a empresa denunciada, seja atual, extinto ou em formação (art. 4º). Ficam fora do escopo da lei a denúncia de violações que envolvam questões relativas à defesa nacional ou segurança nacional, nesses casos o whistleblower não conta com as proteções da lei, assim como o reporte de informações que visem ao recebimento de recompensas (art. 3.2).

É fundamental que o denunciante aja de boa-fé (art. 6º.1), pois a diretiva impõe a responsabilização pela má-fé nas esferas criminal, administrativa e civil. Não se trata de exigência inócua, pois os motivos que ensejam uma denúncia frequentemente "são confusos e princípios mais nobres podem ser contaminados por sentimentos de vingança ou sabotados pela negligência em confirmar os fatos que consubstanciam a denúncia"[12]. Por isso, pune-se a má-fé e o reporte deliberado de fatos que se sabem falsos, sujeitando o denunciante à responsabilização criminal, administrativa e civil, além do ressarcimento pelos danos causados ao denunciado[13].

Nos termos da Diretiva, a confidencialidade quanto à identidade do denunciante e do denunciado é obrigatória porque é essencial à proteção do whistleblower e também para evitar a exposição prematura das pessoas que são denunciadas. Um ponto muito relevante é que a Diretiva admite no seu art. 16.2 que a identidade do denunciante seja revelada quando for necessário e proporcional para o exercício da ampla defesa das pessoas envolvidas.

Vale registrar que a diretiva não regra as chamadas denúncias "anônimas". Alguns sistemas internos de denúncia, contudo, garantem a possibilidade de denúncias anônimas como forma de promover e estimular a confiança nos departamentos de compliance; contudo, quando a denúncia é anônima, a proteção contra atos de retaliação se torna praticamente impossível e, legalmente, só poderá ter efeitos uma vez que o denunciante se identifique perante o departamento responsável.[14] Os procedimentos de recebimento de denúncias devem possibilitar que o denunciante receba a confirmação de que a denúncia foi recebida (art. 9º.1, b) e possa acompanhar as providências que estão sendo tomadas (art. 9º.1, c, d). Tais exigências devem ser compatibilizadas com os sistemas que admitem reportes anônimos, e a Diretiva exige que

[12] FOX, Richard G. Protecting the Whistleblower, 15 Adel. L. Rev. 137 (1993), p. 145.
[13] AVILA, op. cit., p. 231.
[14] Como veremos em seguida, a mesma posição foi tomada pelo legislador alemão no que diz respeito à possibilidade de investigação de denúncias anônimas e a devida proteção legal em causa.

nesse caso o acompanhamento das providências seja diligente e realizado pela autoridade instituída para receber essas denúncias ("diligent follow-up" – art. 9º, 1, e)[15].

Outro ponto que merece destaque é que a diretiva confere uma primazia da denúncia interna: o denunciante deve primeiro fazer o reporte internamente, porque a função dos canais de denúncia não é causar escândalo, e sim corrigir as práticas lesivas à organização. Somente na falta de uma resposta satisfatória é que se admite a proteção a quem realizar o reporte por canais públicos, perante a imprensa ou autoridades governamentais[16]. Portanto, o recurso à autoridade interna independente de cada estado-membro é subsidiário e somente deve ser utilizado após a notificação interna à organização (art. 10 c/c art. 15). Os canais de acesso mantidos por tais autoridades devem prestar toda a assistência aos denunciantes, orientando-os sobre todas as questões concernentes ao processamento de denúncias, incluindo a advertência quanto a possíveis consequências da denúncia e esclarecimentos sobre as condições exigidas

[15] Article 9 - Procedures for internal reporting and follow-up
The procedures for internal reporting and for follow-up as referred to in Article 8 shall include the following:
(a) channels for receiving the reports which are designed, established and operated in a secure manner that ensures that the confidentiality of the identity of the reporting person and any third party mentioned in the report is protected, and prevents access thereto by non-authorised staff members;
(b) acknowledgment of receipt of the report to the reporting person within seven days of that receipt;
(c) the designation of an impartial person or department competent for following-up on the reports which may be the same person or department as the one that receives the reports and which will maintain communication with the reporting person and, where necessary, ask for further information from and provide feedback to that reporting person;
(d) diligent follow-up by the designated person or department referred to in point (c);
(e) diligent follow-up, where provided for in national law, as regards anonymous reporting;
(f) a reasonable timeframe to provide feedback, not exceeding three months from the acknowledgment of receipt or, if no acknowledgement was sent to the reporting person, three months from the expiry of the seven-day period after the report was made;
(g) provision of clear and easily accessible information regarding the procedures for reporting externally to competent authorities pursuant to Article 10 and, where relevant, to institutions, bodies, offices or agencies of the Union.
The channels provided for in point (a) of paragraph 1 shall enable reporting in writing or orally, or both. Oral reporting shall be possible by telephone or through other voice messaging systems, and, upon request by the reporting person, by means of a physical meeting within a reasonable timeframe.

[16] Segundo ÁVILA, "se o denunciante confia que as estruturas internas apurarão os fatos e cuidarão adequadamente da questão, e se acredita na política antirretaliação da organização, os canais internos serão utilizados. A seriedade quanto à condução do programa de compliance será crucial neste momento, pois a função essencial dos canais de denúncia não é causar alvoroço ou escândalo, e sim corrigir as condutas ilegais e lesivas à organização. Para que esta função seja operante, a comunicação interna quanto à eficiência do compliance (como linha de defesa) deverá ser muito inteligente e transparente, de modo que os relatórios anuais, assim como os treinamentos, deem notícia das falhas detectadas e reportadas, assim como o modo como foram corrigidas e sancionadas. Noutras palavras, quando há comprometimento da organização com o compliance, todas as pessoas a ela vinculadas devem saber que incidentes e falhas éticas reportadas não passarão em branco. A notificação interna é, portanto, muito relevante, pois o modo como a organização lida com as denúncias recebidas será levado em conta caso o incidente venha a ser apurado pelas autoridades governamentais mais tarde". Op. cit., p. 233.

para que o denunciante possa gozar das proteções previstas na diretiva. A lei exige que as autoridades sejam diligentes com a requisição de maiores informações e documentos, devendo também dar ciência ao denunciante sobre as medidas que venham a ser adotadas para apurar e punir as irregularidades denunciadas[17] (art. 20).

A parte mais importante, contudo, diz respeito a proteções e imunidades aos whistleblowers, determinando que os países proíbam expressamente a prática de retaliação, estabelecendo critérios regulatórios mínimos. Internamente, deverão os países membros estabelecer a presunção de que qualquer ato contra o denunciante praticado depois de feita a denúncia seja um ato de retaliação, cabendo à empresa o ônus de provar que o ato é suportado por razões legítimas (art. 21.5). Há uma lista não exaustiva de práticas que configuram retaliação no art. 19 da Diretiva, tais como a despedida do emprego, o rebaixamento de cargo ou a negativa de promoção do trabalhador, a transferência de localidade, alterações de funções ou de horários de trabalho, redução de remuneração, resultados negativos em avaliações de desempenho ou referências negativas de trabalho, imposição de multas, reprimendas ou sanções disciplinares, intimidação, assédio, exclusão, discriminação, tratamento injusto ou desvantajoso, deixar de renovar ou romper com vínculo contratual, deixar de converter contrato de trabalho temporário em contrato permanente quando havia a expectativa legítima quanto à conversão, injúria pelas redes sociais, inclusão em listas-negras informais que prejudiquem sua futura empregabilidade, cancelamento de contratos de fornecimento, cassação de licenças ou permissões, encaminhamento médico ou psiquiátrico. No caso de retaliação, as medidas compensatórias devem ser integrais, incluindo a indenização por danos morais e materiais que tenha sofrido, tais como as despesas com advogados, custas processuais, serviços médicos etc. que tenham sido desembolsadas em razão da denúncia.[18]

Será interessante observar como, internamente, este requisito vai exigir uma aproximação procedimental entre os departamentos de compliance e de recursos humanos. Uma

[17] Idem, p. 233-4.

[18] "Beyond an explicit prohibition of retaliation provided in law, it is crucial that reporting persons who do suffer retaliation have access to legal remedies and compensation. The appropriate remedy in each case should be determined by the kind of retaliation suffered, and the damage caused in such cases should be compensated in full in accordance with national law. The appropriate remedy could take the form of actions for reinstatement, for instance, in the event of dismissal, transfer or demotion, or of withholding of training or promotion, or for restoration of a cancelled permit, licence or contract; compensation for actual and future financial losses, for example for lost past wages, but also for future loss of income, costs linked to a change of occupation; and compensation for other economic damage, such as legal expenses and costs of medical treatment, and for intangible damage such as pain and suffering" (item 94 da Exposição de Motivos).

vez instaurada uma investigação interna pelo departamento de compliance, será necessária a criação de uma via de comunicação com o departamento de recursos humanos para evitar a realização de procedimentos em detrimento do denunciante. Em especial para grandes empresas, este requisito da normativa exige uma integração pontual do processo de investigação interna com os demais processos de recursos humanos, com a adicional dificuldade de manter em estrita confidencialidade a identidade do denunciante e as demais circunstâncias da denúncia.

A Diretiva recomenda, ainda, que sejam consideradas ineficazes as cláusulas contratuais de confidencialidade incorporadas aos contratos de trabalho (NDA – *non-disclosure agreement*), inviabilizando multas contratuais e outras formas de responsabilização do denunciante pelo descumprimento de tais cláusulas ao revelarem ilícitos (art. 21.2). Recomenda também a concessão de imunidade contra a responsabilização por injúria, calúnia, difamação, violação de sigilo, direitos autorais ou segredo comercial, ou pela violação de normas de proteção de dados que tenham relação com a denúncia (art. 21.7), além da imunidade contra responsabilidade por divulgação de documento, desde que tenham sido legitimamente acessados pelo denunciante (art. 21.3)[19].

2.3 O processo de internalização da Diretiva na Alemanha:

Como visto, a Diretiva 1937 estabeleceu um prazo para que os estados-membros adaptassem suas respectivas legislações. De acordo com os estudos da Comissão Europeia, somente dez países - excluindo a Alemanha - possuem leis protetivas e eficientes aos denunciantes. Aos países é dada a possibilidade de fortalecer ainda mais determinações da diretiva europeia nos respectivos sistemas jurídicos nacionais.[20] A Alemanha está em vias de finalizar a sua regulamentação interna com o "esboço da legislação alemã para proteção de whistleblowers *("Referentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (HinSchG-E), Bearbeitungsstand vom 26.11.2020),* indo ao

[19] Fox observa que nos casos envolvendo a segurança nacional haverá sempre a possibilidade de ponderação, tendendo à manutenção do sigilo sobre documentos, ainda que tenham sido legalmente obtidos; assim como, em nome do interesse público, as informações que servam aos interesses da comunidade tendem a ser divulgadas, ainda que tenham sido ilicitamente obtidas. FOX, Richard G. Op. cit., p. 148.

[20] GROß, Nadja e PLATZER, Matthias: "Richtlinie der EU zur Stärkung des Schutzes von Hinweisgebern *ante portas:* Auswirkung auf die Praxis und Regelungsauftrag an den nationalen Gesetzgeber".

encontro das metas da União Europeia em garantir uma proteção ampla e eficiente aos denunciantes.

O Parlamento alemão está comprometido em finalizar o processo de internalização da diretiva dentro do prazo conferido até o dia 17 de dezembro de 2021. Além da questão legal, o Parlamento está atento à avaliação da Comissão Europeia quanto ao impacto econômico que possuem os canais de denúncias em nível internacional. De acordo com os estudos realizados, perdem-se anualmente de 5,8 a 9,6 bilhões de Euros em decorrência de sistemas de proteção a denunciantes falhos; no que diz respeito às perdas por corrupção e fraude, estima-se que se percam anualmente de 179 a 256 bilhões de Euros anualmente em território europeu. [21]

Uma sistematização do tema é relevante porque no sistema alemão a proteção conferida aos denunciantes não está estabelecida em um único documento legal, encontrando-se esparsa em diversos textos legislativos. Além de cumprir com as exigências Comissão Europeia, o esboço para o texto de lei visa a impedir que denunciantes sejam prejudicados em decorrência das informações *("Hinweise")* fornecidas e garantir segurança jurídica para os envolvidos no processo de comunicação e potencial investigação *a posteriori*.[22]

A proteção conferida aos denunciantes foi bastante influenciada pela decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos *("Europäischer Gerichtshofs für Menschenrechte")* que respondeu uma queixa no ano de 2011 – o caso Heinisch ("*Fall Heinisch"*) – em que se discutia a demissão de um funcionário que comunicou a existência de irregularidades em uma clínica de saúde.[23] No caso em particular, contudo, a decisão aplicada não serve à regulação em

[21] DILLING, Johannes: Der Schutz von Hinweisgebern und betroffenen Personen nach der EU-Whistleblower-Richtlinie. In „Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden v. 23.4.2018, 2018/0106 (COD), p. 3.

[22] „Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für den Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden", Bearbeitungsstand vom 26.11.2020. A legislação é bastante clara em seu parágrafo primeiro ao definir que o texto legal é destinado a proteger denunciantes e denunciados. Neste sentido, fica evidente o posicionamento do Parlamento alemão em adotar o entendimento consubstanciado na máxima do Direito Penal de que a culpabilidade - e não a inocência - devem ser comprovados.

[23] O chamado caso „Heinisch" de 2011 diz respeito à decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos da União Europeia em Estrasburgo a respeito da denúncia sobre irregularidades em uma casa de saúde e a ponderação entre os interesses dos colaboradores e empregadores. No caso concreto, o juízo entendeu haver uma violação ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no que concerne ao direito à liberdade de expressão a partir do momento em que o colaborador foi despedido do seu posto de trabalho por trazer irregularidades internas a público. Disponível em: https://www.humanrights.ch/de/ipf/grundlagen/durchsetzungsmechanismen/europarat/egmr/urteile/egmr-schuetzt-whistleblower

completo de todas as complexidades advindas das denúncias feitas através dos canais de whistleblowing, pois não foram estabelecidos critérios que permitissem uma definição genérica e aplicável a todos os casos, de forma que a proteção legal aos denunciantes é bastante frágil e pouco efetiva.

O atual esboço diferencia-se do texto da diretiva nos seguintes aspectos: i) o escopo dos obrigados pela legislação engloba todas as pessoas, naturais e jurídicas, que possam ter acesso ou obtenham informações a respeito de violações de normas (§1 da HinSchG-E); ii) o escopo material inclui normas do Direito Penal alemão sobre crimes e contravenções (§2 da HinSchG-E) e não apenas as denominadas regras de "direito europeu", como mencionado na diretiva; iii) elimina-se a ideia de subsidiariedade do recurso aos canais externos de denúncia, pois os canais internos e externos serão postos em um mesmo nível de significância, ou seja, fica a critério do whistleblower escolher por qual mecanismo (interno ou externo) a denúncia será comunicada (§§7 a 30 da HinSchG-E); iv) foram definidos critérios específicos para que os denunciantes venham a público e possam usufruir da proteção legal (§31 da HinSchG-E); v) a despeito da via utilizada na denúncia (canais internos, externos, ou diretamente ao público), os whistleblowers farão jus à proteção legal, desde que atendidos os demais critérios legais (§32 a 38 da HinSchG-E).

O escopo (§§ 1e 2 da HinSchG-E) do projeto é bastante amplo. De acordo com a última versão disponível (Novembro de 2020), a lei aplica-se a todos os colaboradores em pessoas jurídicas de Direito privado, além de servidores públicos, profissionais liberais e colaboradores de fornecedores que tomem conhecimento de violações reais ou potenciais, mesmo antes de iniciarem a relação jurídica com alguma empresa ou órgão público. Ainda, o legislador alemão decidiu ampliar o rol de infrações passíveis de monitoramento pela diretiva europeia (aquelas concernentes aos contratos públicos, proteção do consumo e do meio ambiente, saúde pública, relações laborais etc), incluindo expressamente as infrações reguladas pelo Direito Penal e Ambiental alemão, englobando a lei de contravenções *(Ordnungswidrigkeitengesetz).*

Esta opção legislativa será de grande impacto para empresas e demais *stakeholders*, pois ao incluir as regras de Direito Penal e Ambiental no escopo de aplicabilidade objetivo da lei de proteção aos whistleblowers, permite uma aplicação de medidas protetivas que, até o momento, não eram possíveis. No âmbito do Direito Comum da União Europeia, denunciantes estariam protegidos apenas quando o caso concreto importasse em violações do Direito Europeu (e.g. violação das regras de data privacy do Regulamento Geral de Proteção de Dados), não

englobando questões de corrupção, como pagamento de subornos e propinas, que em geral são reguladas nos sistemas penais internos dos países membros.[24]

Ainda, de acordo com o atual esboço, deverão ser possibilitados canais de denúncias internos e externos aos denunciantes.[25] Ao contrário da diretiva europeia, a legislação alemã não estabelece nenhuma hierarquia quanto à utilização destes mecanismos, deixando a critério do denunciante escolher qual sistema utilizar *(Wahlrecht)*. O legislador alemão deixa bastante explícito que, independentemente da via utilizada, é indispensável o resguardo da confidencialidade (§ 8 HinSchG-E) quanto à identidade de todos os envolvidos na denúncia.

Interessante observar que a regra é aplicável a todas as pessoas que venham a receber a denúncia. Não são poucos os casos em que, na prática, uma denúncia não é enviada diretamente ao departamento responsável (no caso, Compliance), mas diretamente a membros da alta-direção da empresa. Nesses casos, toda e qualquer pessoa que tenha contato com a denúncia fica sujeita ao regramento legal e obriga-se a respeitar a confidencialidade da denúncia e a identidade dos envolvidos. Cabe também mencionar que, assim como a Diretiva europeia, o legislador alemão não protege quem envia denúncias de má-fé (§ 9 HinSchG-E).

Nesse ponto, o projeto, influenciado pelo já citado julgamento Heinisch abre a possibilidade de o whistleblower vir a público com a denúncia (§ 31 HinSchG-E) e fazem jus à proteção legal sempre que o teor da denúncia favoreça o interesse público e os canais internos e externos não se mostrem eficazes para a transferência segura das informações e demais trâmites relativos à uma possível investigação. Observe-se que a lei estabelece, todavia, algumas condições para que o denunciante possa vir a público: (a) é necessário que os prazos de 7 dias para confirmação do recebimento da denúncia e de três meses para comunicação das medidas adotadas tenham transcorrido *in albis* (§27 HinSchG-E), (b) os canais de denúncia não tenham a credibilidade necessária, ou (c) haja risco de represálias, forte interesse público ou reação em defesa da segurança pública (§31 HinSchG-E).

---

[24] Como dito recentemente pela ministra de Justiça alemã, Christine Lambrecht, se nos detivéssemos a implementar o texto da diretiva somente a violações da lei europeia (...), iríamos proteger quem denunciasse um vazamento de informações, mas não quem denunciasse o pagamento de suborno. [Traducao livre] ("Würde ich die Richtlinie lediglich bezogen auf Verstöße gegen EU-Recht umsetzen, wie vom Koalitionspartner gefordert, dann wäre geschützt, wer ein Datenleck meldet, aber nicht geschützt, wer Schmiergeldzahlungen aufdeckt"). Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Interviews/DE/2021/Print/0120_Handelsblatt.html.

[25] De acordo com § 20 da legislação, os canais de denúncias externos estão destinados aos órgãos públicos. Além disso, o órgão regulador do sistema financeiro alemão, BaFIN (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) servirá como canal externo de denúncias para as empresas pertencentes ao setor financeiro e seguros.

Quanto à possibilidade de recebimento de denúncias anônimas, na Alemanha não há a obrigatoriedade de analisar e investigar esse tipo de denúncia. Isso porque, de acordo com os estudos legislativos realizados, o legislador alemão anteviu custos adicionais para empresas e órgãos públicos que queiram estabelecer tais sistemas. Deve-se ter em conta que um sistema de denúncias que permita reportes anônimos é sempre e, necessariamente, mais custoso que os sistemas comuns (normalmente baseados em e-mails). Tal questão se dá pela necessidade de criar mecanismos que não permitam a identificação dos correios eletrônicos usados pelos denunciantes, o que determina o uso de e.g. *tickets* e/ou plataformas com *log-ins* para permitir a transmissão das mensagens ao departamento de compliance com segurança.

Por outro lado, cabe destacar que, a existência de um sistema de denúncia anônima, em especial para os sistemas internos das empresas, tende a apresentar mais credibilidade e aceitação, uma vez que os colaboradores não precisam romper a barreira de inibição frente ao departamento de compliance para comunicar irregularidades observadas. Porém a denúncia anônima, praticamente inviabiliza o envio de confirmação do recebimento da denúncia e a adoção de medidas protetivas contra represálias e demais decisões tomadas pelo departamento de recursos humanos em desfavor do colaborador (§ 27 (1), (2) da HinSchG-E).[26]

Quanto às medidas antirretaliação, o legislador alemão não destoou da Diretiva europeia, estabelecendo claramente que os denunciantes serão protegidos contra eventuais medidas desfavoráveis adotadas pela direção executiva, tão logo sejam oferecidas denúncias dignas da proteção legal. Medidas desfavoráveis como a despedida, a demoção ou o cancelamento de promoções, mudanças do local de trabalho, sanções disciplinares, discriminação, etc. não são permitidas (§32 – 38 HinSchG-E).

Cabe observar que os departamentos de compliance e investigações, assim como os juízes nos casos em que essas questões sejam judicializadas, deverão analisar possíveis casos de abuso da proteção legal, em se tratando de denunciantes que submetam denúncias com o simples propósito de manter seu posto de trabalho. A garantia aqui apresentada pelo legislador alemão e baseada na diretiva europeia não deve ser deturpada para impedir o cumprimento de

[26] De acordo com Fassbach, o número de canais de denúncias que permitem denúncias anônimas na Alemanha, a despeito da falta de obrigatoriedade legal, é bastante disseminado e, inclusive, o anonimato é recomendável. FASSBACH, Burkhard: *„Beschäftigtendatenschutz im Hinweisgeberverfahren: Interessenkonflikt zwischen Hinweisgeberschutz und Auskunftsrecht des Beschuldigten“*. Düsseldorf:Beck-online, 2020, p. 2.

medidas disciplinares legítimas. Nesse ponto, importa lembrar que apenas denúncias amparadas pela boa-fé por parte de pessoa identificável se habilitam às proteções da lei.

Assim como a Comissão Europeia, a lei alemã prevê a inversão do ônus da prova em desfavor da empresa para o caso de imposição de medidas desfavoráveis contra os denunciantes (§35 HinSchG-E). O legislador alemão determina que haverá a presunção de que a medida configura retaliação ("será suposto que se trata de [uma] represália" [27]), sendo o executor da medida responsável pela prova em contrário. Aqui, será necessária uma análise pelo prisma do princípio da proporcionalidade entre os objetivos de proteção aos denunciantes e a legitimidade de medidas laborais que potencialmente podem ser adotadas pelas empresas, como bem pontuado pela associação de Compliance Managers alemã (BCM - *Berufsverbands der Compliance Manager*) em sua análise do atual esboço legislativo[28].

Finalmente, o projeto prevê sanções em caso de descumprimento em seu § 39. As sanções não são pequenas: para o caso de retaliação ou tentativa de obstrução ao oferecimento da(s) denúncia(s), o esboço prevê multa de até cem mil Euros (EUR 100.000,00); ao deixar de responder a uma requisição de órgão público, relativa a uma denúncia, a empresa fica sujeita ao pagamento de multa de até vinte mil Euros (EUR 20.000,00)[29]. O esboço também estabelece

[27] Tradução nossa do texto original da legislação alemã: „Erleidet eine hinweisgebende Person nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit, *so wird vermutet*, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist" (grifamos), disponível em https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/2020_11_26-Referentenentwurf-Whistleblowing-BMJV-1.pdf.

[28] Sobre o risco de abuso da garantia antirretaliação ver JOHNSON, David: „Die Regelung zur Beweislastumkehr nach Maßgabe des Richtlinienentwurfs der EU-Kommission zum Schutz von Hinweisgebern – Quell eines institutionellen Rechtsmissbrauchs?" Fehler-Beck on-line, 2019, p. 5. Segundo o autor, à jurisprudência incumbirá a analisar o caso concreto e definir se houve ou não um uso desvirtuado da garantia legal. No mesmo sentido, posiciona-se a Associação de Compliance Managers (BCM) alemã: "Positionspapier des Berufsverbands der Compliance Manager (BCM) e.V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unions-recht melden vom 27.04.2021", disponível em https://www.bvdcm.de/sites/default/files/bcm-positionspapier_hinweisgeberschutzgesetz_final.pdf . Tais documentos enfatizam que a situação das empresas se torna bastante difícil, uma vez que o ônus da prova recairá sobre elas sempre que adotarem medidas desfavoráveis em face dos denunciantes. A proteção contra a despedida, por exemplo, pode criar a possibilidade de abuso e será necessariamente objeto de concretização pela jurisprudência.

[29] No original: § 39 Bußgeldvorschriften
(1) Ordnungswidrig handelt, wer:
1. entgegen § 7 Absatz 2 eine Meldung oder dort genannte Kommunikation behindert,
2. einer vollziehbaren Anordnung nach § 28 Absatz 1 Satz 1 zuwiderhandelt oder
3. entgegen § 35 Absatz 1 eine Repressalie ergreift oder androht.
(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 8 Absatz 1 Satz 1 die Vertraulichkeit nicht wahrt.

que as sanções serão aplicadas nos termos da Lei de Contravenções Alemã (*Ordnungswidrigkeiten*).[30] Além disso, o esboço, em seu parágrafo 37, cuida também da publicação intencional de denúncias implausíveis por meio dos canais internos, externos, ou diretamente ao público, impondo ao denunciante o dever de indenização por danos causados ao denunciado quando a denúncia tenha sido baseada em informações falsas, tanto no caso de dolo como de culpa[31].

3. A Proteção do Whistleblower nos Entes Públicos e Privados

Em resposta a obrigações que o Brasil assumiu no plano internacional de combate a corrupção, algumas normas foram adotadas no sentido de instituir canais de denúncias e proteções aos denunciantes. A Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846 de 2013 – já previa incentivos à criação de canais de denúncia para o recebimento de reportes, contudo deixando a iniciativa no âmbito de autorregulação das organizações privadas. Diversamente do sistema europeu, que tornou esses canais obrigatórios dependendo do porte das organizações, no Brasil ainda não há uma norma obrigando à adoção dos canais de reporte para as empresas privadas; no entanto, já são obrigatórios para as empresas públicas, de acordo com o Estatuto da Empresa Pública, pois a Lei 13.303 de 2016 prevê disposição nesse sentido (art. 9º, §1º, incs. III e IV).

Entre as privadas, adotar canais de denúncia como parte de um sistema de integridade mais completo é uma decisão que a empresa adota (a) como estratégia para agregar valor à sua atividade, (b) para ampliar a sua capacidade de realizar negócios[32], e/ou (c) para obter benefícios previstos em lei no caso de sofrer investigação e responsabilização por ilícitos que sejam praticados dentro da empresa[33].

---

(3) Der Versuch einer Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 oder 3 geahndet werden.

(4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 und 3 und des Absatzes 3 mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Euro, in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu zwanzigtausend Euro geahndet werden.

[30] No original: § 30 Absatz 2 Satz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 und 3 anzuwenden.

[31] No original: "§ 37 **Schadensersatz nach einer Falschmeldung** Die hinweisgebende Person ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen entstanden ist."

[32] A nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133 de 2021), na esteira de diversas leis estaduais regulamentando a Lei Anticorrupção, passou a exigir em seu art. 25, §4º, que os editais prevejam a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, e estabelece a existência prévia do programa como critério de desempate (art. 60, inc. IV).

[33] É o caso da Lei Anticorrupção, que considera a existência dos programas de integridade no art. 7º, inc. VIII, como causa de redução das penas previstas.

Recentemente, foram editadas disposições concernentes ao chamado "informante do bem", como parte do Pacote Anticrime – Lei 13.964 de 2019 – que alterou a Lei n. 13.608 de 2018, a qual autorizava a criação de serviços telefônicos para recebimento de denúncias pelos entes federados (União, Estado, Municípios e Distrito Federal). A medida emprega o instituto do *whistleblowing* como meio de obtenção de provas para tornar mais efetivo o combate à criminalidade complexa e permitir que mais atores participem do controle do que ocorre dentro das empresas, facilitando a fiscalização pelas autoridades estatais[34].

Os canais regulados pela lei circunscrevem-se ao âmbito do Poder Público e tem por escopo a denúncia de atos lesivos à administração pública ou ao interesse público. A par da criação dos canais de denúncia, a lei também estabelece proteções antirretaliação à figura do "informante do bem", permitindo inclusive a oferta de recompensa calculada em até 5% dos valores recuperados do produto do crime contra a Administração a partir das informações contidas na denúncia. Em que pese inicialmente orientadas ao setor público, as medidas afetam as empresas privadas na medida em que, muitas vezes, elas tomam parte nesses ilícitos e as denúncias a esses canais poderão partir de pessoas de dentro da empresa, que serão incentivadas ao reporte tanto em razão das medidas antirretaliação, quanto à possibilidade de recebimento de recompensas que a lei reconhece.

Segundo o art. 4º-A, parágrafo único, basta que o relato seja considerado razoável para que se inicie uma apuração. Esse dispositivo também confere imunidade contra responsabilização civil ou criminal quanto ao relato, exceto quando comprovada a ma-fé de quem, conscientemente, apresenta informações ou provas falsas. A questão interpretativa quanto ao que seja "razoável" acresce às críticas dirigidas à lei por ser excessivamente genérica e amparar-se em muitos conceitos indeterminados capazes de sabotar as garantias ao whistleblower se não forem corretamente interpretados, conforme veremos em seguida em relação aos deveres de sigilo e confidencialidade quanto à identidade do denunciante.

3.1 Anonimato e Confidencialidade:

O art. 3º da Lei n. 13.608 (que é anterior às alterações do Pacote Anticrime), ao estabelecer que "o informante *que se identificar* terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados" (grifamos), abre a possibilidade de que a denúncia seja

[34] RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. "Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público". In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 174 (2020: 41-69), p.42-3.

anônima, dando a entender que a identificação é uma opção ao denunciante. O regime de anonimato destoa das inovações operadas pelo Pacote Anticrime, pois este adota o regime de confidencialidade, que é algo diverso e pressupõe que se conheça a identidade do denunciante, pois, do contrário, seria impossível conceder imunidade ou proteção contra a retaliação e oferecer recompensa à pessoa desconhecida[35].

Na lição de Artur Gueiros de Souza, anonimato e confidencialidade são regimes distintos com evidentes efeitos práticos, e o Pacote Anticrime sinaliza a preferência pelo regime de confidencialidade:

> [...] se para a empresa privada é facultada a escolha entre o anonimato ou a confidencialidade, ou a ambas – consoante a configuração do respectivo programa de compliance –, tem-se que, no âmbito das organizações públicas – Administração Pública direta ou indireta –, o escopo da Lei nº 13.964/2019 foi no sentido de admitir somente a confidencialidade do informante. Essa circunstância se conecta com a segunda grande modificação trazida pela Lei nº 13.964/2019, qual seja, a institucionalização de mecanismos de proteção integral ao informante. No caso, a lei assegura-lhe a confidencialidade ou preservação da sua identidade. Contudo, essa proteção não é absoluta, pois pode ser relativizada na hipótese de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos, conforme dispõe o art. 4º-B, da Lei nº 13.608/2018, introduzido pela Lei nº 13.964/2019.[36]

De fato, a lei implica a identificação e se compromete a garantir a confidencialidade, no entanto essa flexibilização que permite a quebra do sigilo quanto à identidade do denunciante apoiada em conceitos indeterminados como "relevante interesse público" ou "interesse concreto" (art 4º-B) pode ser bastante perniciosa, daí a solução no parágrafo único de exigir o consentimento do denunciante para que sua identidade seja revelada – solução que nem sempre haverá de prevalecer.[37]

---

[35] SOUZA, Artur Gueiros de. Op. cit., p. 47.

[36] Idem, ibidem.

[37] Para aprofundamento quanto a essas críticas e respectivas propostas interpretativas, cf. trabalho anterior de autoria de Ana Paula Ávila, op. cit., p. 238 e ss. Neste trabalho, argumenta-se que o parágrafo único do art. 4º-B praticamente neutraliza as hipóteses de quebra de sigilo em razão de interesse público ou interesse concreto da investigação, ao determinar que a identidade somente seja revelada mediante o consentimento do denunciante, aduzindo que, na falta desse consentimento, a lei já decidiu abstratamente o conflito entre a privacidade do informante e o interesse público em favor do sigilo da identidade. No entanto, essa interpretação pela prevalência do sigilo vale apenas quando a privacidade conflitar com conceitos vagos, como "interesse público" e "interesse concreto", pois não deverá prevalecer nos casos em que o sigilo da identidade conflitar com o direito à ampla defesa do investigado. A Diretiva Europeia excepciona expressamente a confidencialidade diante desta hipótese, porque a privacidade do denunciante não entra em conflito com um conceito vago, e sim com um direito fundamental do acusado. A lei brasileira é omissa nesse sentido, mas diante da previsão constitucional de ampla defesa, esse conflito poderá ocorrer e o caso será examinado à luz da proporcionalidade, ocasião em que o sigilo da identidade deverá ceder se não houver outro modo de garantir a ampla defesa e o contraditório ao acusado. A solução vai variar de caso a caso e dependerá das provas

Apesar da preferência pelo regime de confidencialidade, a possibilidade de anonimato da denúncia não é de ser rechaçada por quem a recebe, mas deve ser avaliada com moderação e seguindo o entendimento já adotado pelo STF ao ser questionado sobre a compatibilidade entre a denúncia anônima e a Constituição Federal de 1988, uma vez que esta assegura a liberdade de expressão ao mesmo tempo em que veda o anonimato. A orientação do Tribunal foi no sentido de que nada impede a deflagração de persecução penal a partir de denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências que averiguem os fatos nela noticiados, com prudência e discrição[38]. Deste modo, o que deverá amparar a investigação são as diligências que apuram os fatos, gerando evidências e provas, e não a denúncia anônima apenas.

O mesmo raciocínio vale no âmbito das empresas que adotam canais internos e externos habilitados para o recebimento de denúncias anônimas. Exige-se muito cuidado na avaliação quanto à plausibilidade dos fatos denunciados, já que o anonimato pode servir para denúncias motivadas por má-fé, vingança pessoal ou interesses escusos, ou que sejam baseadas em informações falsas[39]. E, em todo caso, deve-se manter a confidencialidade nos processos investigativos que sejam iniciados em face da denúncia, como forma de proteger a identidade do investigado até que seu envolvimento seja de fato esclarecido.

Se, por um lado, o anonimato preserva incondicionalmente a situação do whistleblower, por outro, apresentará alguns desafios. Como já dito, a Diretiva europeia prevê no art. 9º que a questão possa ser acompanhada pelo whistleblower, para que este receba a confirmação do recebimento da denúncia e a ciência quanto às providências que sejam tomadas. A lei brasileira nada dispõe sobre o tema em relação às organizações privadas, mas observar esse tipo de exigência será bastante conveniente na autorregulamentação dos canais de denúncia no âmbito privado, pois transmite ao denunciante a mensagem de que sua denúncia não cairá no vazio e, sim, terá consequências. Esse tipo de postura fortalece a confiança no sistema e

disponíveis no contexto; se a prova se consistir no depoimento, o STF já tem decisão autorizando o acesso à identidade do informante pela defesa (cf. STF – 2a T – HC 112811 – rel. Min. Cármen Lúcia – j. 25/06/2013 – DJe 09/08/2013). Conclui a autora: "Em suma, para que sua interpretação seja conforme à Constituição, a aplicação do 4º-B deve ser restrita às hipóteses em que se deseja quebrar o sigilo com base no interesse público, caso em que a revelação requer *sempre* a anuência formal do informante. De outro modo, quando indispensável para o exercício de defesa dos acusados, o sigilo da identidade do informante poderá sofrer restrições" (p. 240).

[38] Nesse sentido: MS 99490, julgado em 23/11/2010, Rel. Min. Joaquim Barbosa, STF, 2ª Turma; HC 115773 AgR /PE, julgado em 13/05/2014, Rel. Min. Celso de Mello, STF, 2ª Turma

[39] Souza, Artur Gueiros de. Op. cit., p. 46.

aumenta as chances de que o problema seja resolvido internamente, sem a necessidade de que a reputação e a imagem da empresa sejam publicamente expostas.

Contudo isso exige que os procedimentos sejam adaptados com ferramentas eletrônicas que compatibilizem o anonimato com a possibilidade de acompanhar o caso ("follow-up"). Uma hipótese seria o sistema gerar um "ticket" eletrônico, ou link, a partir da denúncia, com o qual o whistleblower poderá acessar o diretório onde constem informações sobre o caso. No sistema organizado pelo Governo da Hungria, por exemplo, aos reportes anônimos são atribuídos números de identificação que permitem o acompanhamento on-line do progresso dos procedimentos pelo denunciante anônimo[40]. Evidentemente, as informações sobre o processo devem ser calibradas de modo a evitar vazamentos e quebra de confidencialidade e, cabe lembrar, a ferramenta que permite a comunicação entre o setor de compliance e o denunciante anônimo será muito útil, inclusive, para que mais informações sejam obtidas no curso da investigação que sucede à denúncia.

3.2 Medidas Antirretaliação:

A proteção antirretaliação é um dos pontos mais sensíveis na questão do whistleblowing porque não basta o seu reconhecimento normativo, ela precisa ser efetiva. Pesquisa avaliando o comportamento de servidores públicos no Brasil, sob o recorte da aplicação da Lei n. 13.608 de 2018, indica que um percentual considerável (35,92%) dos reportes de irregularidades é encaminhado por meio de denúncias anônimas, por conta do receio de retaliação, especialmente quando os fatos reportados envolvem o superior hierárquico. Segundo o estudo, 27% dos participantes da pesquisa relatam que foram vítimas de retaliação. Globalmente, as denúncias anônimas representam 15% do total de denúncias, mas, nos casos envolvendo corrupção esse percentual cresce para 66% e, nos casos de conflito de interesses, esse percentual atinge 95% dos casos[41]. O escopo temporal da pesquisa apurou denúncias realizadas entre julho de 2018 e

[40] OECD (2016), Committing to Effective Whistleblower Protection, OECD Publishing, Paris, p. 63: "Hungary's whistleblower protection system enables whistleblowers to remain anonymous through the use of a protected electronic channel, ensured by the Commissioner for Fundamental Rights.41 Furthermore, in order to provide necessary follow up measures, anonymous disclosures are assigned individual identification numbers so that their progress can be followed online". Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264252639-en.pdf?expires=1621343557&id=id&accname=guest&checksum=04D57136E2AB965B91D4736A16589175

[41] LIMA, Fabiana Vieira. "Estudos para implementar um programa de proteção e incentivos ao denunciante no Brasil. Uma análise sob a ótica do servidor público". FGV, 2020, 148 f. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Disponível em:

julho de 2020 e os dados apurados demonstram que ainda não existe uma confiança quanto à efetividade das medidas antirretaliação, em que pese a vigência da lei que as instituiu.

O art. 4º-C introduzido pelo Pacote Anticrime remete às proteções asseguradas pela lei que regulamenta os programas de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas – Lei n. 9.807 de 1999 – e apresenta uma lista não-exaustiva de condutas de retaliação vedadas, fixando que sua prática importa no cometimento de falta disciplinar grave sancionada com a demissão do serviço público. Segundo o dispositivo, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas[42]. A norma estabelece também o ressarcimento em dobro por danos materiais sofridos por causa da retaliação (tal como o Dodd-Frank Act), sem prejuízo dos danos morais.

Nas corporações privadas, as quais, salvo nos casos que envolvem dano à Administração Pública, não são alcançadas pela Lei n. 13.608 de 2018, o problema da retaliação pode ser resolvido pela Lei n. 9.029 de 1995 que disciplina, entre outras matérias, práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência na relação de trabalho. A questão da discriminação na relação de emprego vem na lei assim definida:

> Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, *entre outros*, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (grifamos)

A norma emprega técnica legislativa que enuncia hipóteses não-exaustivas ("entre outros") permitindo que, em tese, os atos de retaliação em detrimento do whistleblower sejam incluídos como uma das formas discriminatórias e limitativas da manutenção do vínculo

http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29666/Programa%20de%20protecao%20e%20incentivos%20ao%20denunciante%20-%20Fabiana%20Vieira%20Lima.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[42] Em nível infralegal, a Controladoria-Geral da União (CGU) editou a Resolução n. 3/2019, instituindo medidas gerais de salvaguarda à identidade de denunciantes no âmbito da Rede Nacional de Ouvidorias instituída pela Lei 13.460/2017 e regulamentada pelo Decreto 9.492/2018. A norma contempla denunciantes (pessoa física ou jurídica) que comuniquem ilícitos ou irregularidades praticadas contra entes da Administração Pública, garantindo-lhes a proteção da identidade e demais dados pessoais, prevendo ainda o controle do acesso a essas informações de modo a garantir a identificação precisa dos agentes públicos que acessem o sistema visando obtê-las, com registro de *login*, datas e horários dos acessos. ÁVILA, Op.cit., p. 243.

laboral. O próprio Tribunal Superior do Trabalho – TST reconheceu que a disposição é aplicável em casos envolvendo whistleblowing, ao apreciar situação em que o reclamante fora demitido porque denunciou assédio sexual praticado por diretor de empresa e, ao revelar a desconformidade quanto às normas internas que repeliam o assédio sexual, acabou tendo extinta sua relação de emprego[43].

Uma vez configurada a discriminação, o art. 4º da Lei 9.029 estabelece que o rompimento da relação de trabalho, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado duas opções: (a) a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidamente corrigidas ou (b) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, em valores devidamente corrigidos.

Além desse tipo de proteção legal, os sistemas de integridade das empresas costumam estimular o uso dos canais de denúncia e classificam a eventual perseguição de denunciantes como uma falta disciplinar grave, que pode ser punida com a dispensa do colaborador responsável. De qualquer modo, o bom enfrentamento da questão exigirá a implementação de boas práticas, como a consulta prévia que o setor de RH deve formular à área de compliance, obtendo autorização para prosseguir na aplicação medidas mais gravosas a um dos

[43] Conferir, a respeito, os "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA AFASTADA PELA TURMA DE ORIGEM - REEXAME DA PROVA PRODUZIDA - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. 1. O acórdão embargado não apresenta nenhum dos vícios indicados no art. 1.022 do CPC/2015, mas atende ao que preceituam os arts. 489, § 1º, do CPC/2015 e 93, IX, da Constituição Federal. 2. Extrai-se do exame da decisão ora embargada, que este Colegiado manifestou-se nos limites da controvérsia proposta em sede de agravo e contrarrazões, entendendo que houve reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula nº 126 do TST, não se podendo adentrar na discussão em torno da natureza restritiva do rol do art. 1º da Lei nº 9.029/95, tese jurídica rechaçada pela Turma de origem e que não foi objeto de impugnação . 3. Não se identifica, assim, a pretendida obscuridade indicada nestes segundos embargos de declaração, revelando a insurgência da reclamada apenas seu inconformismo com o teor do posicionamento adotado pelo Colegiado ao julgar seu recurso de embargos, escapando, portanto, das hipóteses do art. 1.022 do CPC/2015. Embargos de declaração conhecidos e desprovidos" (ED-ED-E-RR-205000-15.2008.5.02.0073, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 13/12/2019). Alguns excertos do inteiro teor do julgado mostram que o tribunal examinou o alcance do art. 1º da Lei 9.029, aduzindo que "conquanto não prospere a tese recursal de rol taxativo de discriminação estabelecido no artigo 1º da Lei nº 9.029/95, tendo em vista que a jurisprudência deste Tribunal Superior, com fundamento no artigo 8º da CLT, entende se tratar de rol exemplificativo, mesmo antes da Lei nº 13.146/2015, que expressamente acrescentou as hipóteses de 'deficiência, reabilitação profissional, entre outros', é possível se depreender do acórdão regional que não ficou configurado o intuito discriminatório da dispensa em razão do encaminhamento da denúncia de assédio sexual" [...] "O recurso de revista da reclamada logrou êxito não pela tese jurídica restritiva do art. 1º da Lei nº 9.029/95, mas apenas pela ausência de comprovação do caráter discriminatório da dispensa do obreiro".

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.002 | ISSN: 2764-1899

trabalhadores da empresa – o que só ocorrerá depois de verificado que o trabalhador em questão não figura como whistleblower em apurações que estejam em andamento.

3.3 Direito à Recompensa:

A Lei n. 13.608 de 2018, em providência mais polêmica, estabelece no art. 4º-C, §3º, o direito à recompensa, calculada em até 5% dos valores apurados em recuperação de ativos relacionados aos crimes contra a Administração Pública.

A questão da recompensa é uma discussão delicada que muitas vezes é informada por pressuposições equivocadas. O Parlamento Europeu, de acordo com a exposição de motivos n. 30, não quis se envolver nesse tema e excluiu expressamente do escopo da Diretiva 1937 os casos em que informações são prestadas em troca de recompensas, alegando que esses procedimentos seguem regras próprias de cada estado-membro.

O afastamento da questão dá-se porque há todo um questionamento moral em torno das recompensas. É claro que, por um lado, essa disposição se torna um atrativo para pessoas oportunistas e para os "caçadores de recompensa", mas, por outro lado, se partirmos da boa-fé e da realidade que os whistleblowers enfrentam, a recompensa é uma medida compensatória dos diversos efeitos sofridos e que vão muito além da retaliação, pois alguns jamais conseguem se recolocar no mercado naquela mesma indústria ou área de atuação[44]. Nos casos mais exacerbados, em que há denúncia envolvendo organizações criminosas, os denunciantes são inscritos no sistema de proteção às testemunhas, tendo que mudar de cidade, de estado, às vezes até de nome, abrindo mão da sua vida tal como conheciam. Sendo assim, na ótica da lei parece razoável que eles sejam compensados deste modo, por meio do oferecimento da recompensa.

De qualquer modo, também neste dispositivo a lei se revela bastante genérica e não determina maiores condições para a recompensa além de que o produto de crime tenha sido recuperado em razão das informações reportadas. Nisso se distingue da legislação norte-americana, pela qual o expediente é bastante difundido mas somente obtido mediante o

[44] ALVIM, Tiago Cripa; CARVALHO, André Castro. Linha Ética: funcionamento da denúncia, papel dos denunciantes e uso do canal de denúncias. In CARVALHO, André Castro *et alli* (Orgs.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.167-9. Arthur Gueiros de Souza acrescenta que "o estabelecimento de recompensa corresponde a uma lógica racional do sistema de whistleblowing haurida da experiência norte-americana e tida como bem-sucedida. Segundo Brandon Garrett, os whistleblowers não são benquistos pelos dirigentes das corporações, sendo, em regra, demitidos, sofrendo, assim, experiências traumáticas, com carreiras e vidas profundamente afetadas. Desse modo, a legislação tenta contrabalançar os aspectos negativos, protegendo e recompensando os *insiders* que revelam as más condutas ocultas nas corporações." (op. cit., p. 49)

cumprimento de diversas condições, tais como a originalidade das informações e a voluntariedade do denunciante, inclusive valendo a previsão de valores mínimos para as multas impostas aos infratores. Por exemplo, a SEC – *Securities and Exchange Commission* – deve ter sido vitoriosa em procedimento administrativo ou judicial que resulte na aplicação de multas de pelo menos um milhão de dólares para que a recompensa seja devida, entre outros requisitos). Além disso, a interpretação dos requisitos para que seja reconhecida a elegibilidade ao prêmio é feita de modo restritivo pelos tribunais, razão por que muitos informantes não recebem as proteções conferidas aos whistleblowers, incluindo o direito à recompensa[45].

Neste ponto particular, o §3º do art. 4º-C poderia ainda ser objeto de maior detalhamento quanto às recompensas, de modo a conferir mais segurança ao instituto e evitar o seu desvirtuamento.

4. Considerações Finais:

Em 2009, quando se soube que o histórico de busca dos usuários do Google era compartilhado com agências governamentais, Eric Schmidt, então CEO da empresa, disse em famosa entrevista que "se há algo que você quer que ninguém saiba, antes de mais nada você não deveria fazê-lo"[46]. Hoje em dia, em face da exposição e vulnerabilidade diante de concorrentes, funcionários, ex-funcionários, sócios ou herdeiros insatisfeitos e afins, o risco de que as irregularidades que acontecem dentro das empresas venham à tona é muito grande, pois alguém sempre fica sabendo e pode assumir a condição de whistleblower.

A criação dos canais de denúncia, tanto no nos entes públicos quanto nos privados, deve ser acompanhada da adoção de garantias àqueles que decidem reportar irregularidades e condutas criminosas. A permissão do anonimato é possível, no entanto, por questões lógicas, impedirá a concessão de proteções, e deve ser compatibilizada com a possibilidade de que o whistleblower tenha a confirmação de que a denúncia foi recebida e recebeu o devido encaminhamento. Nos casos em que o whistleblower se identifica, deve-se manter a

[45] STOCK, Matthew R. Dodd-Frank Whistleblower Statute: Determining Who Qualifies as a Whistleblower, 16 FSU Business Review 131 (2017), p.138 et seq; MOBERLY, Richard E. Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win, 49 William & Mary Law Review 65, 65 (2007).

[46] Na ocasião, Schmidt disse: "If you have something that you don't want anyone to know, maybe you shouldn't be doing it in the first place", e mais, "if there's scandalous information out there about you, it's *your* problem, not Google's." Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/google-ceo-on-privacy-if_n_383105

confidencialidade em todas as etapas do processo, assegurando que não seja alvo de retaliações. Como visto, a quebra do sigilo quanto à identidade poderá ser autorizada por decisão judicial, quando necessário ao exercício do direito de defesa pelo réu; noutras hipóteses, porém (tais como em razão de "interesse público" ou "interesse concreto"), a identidade somente será revelada mediante a autorização do denunciante.

Nas empresas privadas, os programas de integridade devem fornecer treinamento adequado para o uso dos canais, possibilitar o anonimato e sempre garantir a confidencialidade de todo o processo. Os códigos de ética adotados internamente devem classificar eventual perseguição a denunciantes como uma falta disciplinar grave, ensejando a demissão por justa causa do colaborador responsável, em analogia à consequência que a lei 13.608 prevê para a retaliação praticada por agente público (art. 4º-C, §2º).

O incentivo à denúncia e a proteção do whistleblower é uma realidade que possibilita o acesso às informações sobre irregularidades; se, por um lado, isso implica risco, por outro lado, o whistleblowing deve ser levado em conta para que dirigentes e executivos de fato se comprometam com o programa de integridade, de modo a garantir que sua função **preventiva** seja operante, e o whistleblower deve ser valorizado como alguém que pode ajudar na correção de rumos da organização, evitando riscos maiores que afetem a condução dos seus negócios e sua reputação, de modo muitas vezes irreversível. Pelo menos, é esse o espírito que anima as legislações que visam à proteção dessas figuras.

5. Referências:

AVILA, Ana Paula. "Proteção dos Whistleblowers e Sistemas de Compliance", in SAAVEDRA, Giovani (org.). Governança Corporativa, Compliance e Gestão de Riscos. São Paulo: ESENI Editora, 2020 (p. 222-249)

ALVES, Elton Nunes José. "Mecanismos de fortalecimento e proteção ao denunciante no crime de corrupção dentro do ambiente corporativo (*Whistleblowing*)", in Revista dos Tribunais V. 109, n. 1018, ago/2020, disponível em: https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rt-1018-mecanismos-de-fortalecimento-e-protecao-ao-denunciante-1.pdf

ALVIM, Tiago Cripa; CARVALHO, André Castro. Linha Ética: funcionamento da denúncia, papel dos denunciantes e uso do canal de denúncias. In CARVALHO, André Castro *et alli* (Orgs.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.165.

BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments. In Sandoval, I. (ed.) *Corruption and Transparency: debating the frontiers between state, market and society.* World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011 (capturado em 28/04/2020 no link https://www.researchgate.net/publication/228124587_Whistleblowing_International_Standards_and_Developments)

DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act Burdens of Proof: Ground Rules for Credible Free Speech Rights. In E-Journal of International and Comparative Law Vol.2, n.3, sep-oct 2013.

DILLING, Johannes: Der Schutz von Hinweisgebern und betroffenen Personen nach der EU-Whistleblower- Richtlinie. In „Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden v. 23.4.2018, 2018/0106 (COD).

Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council, of 23 October 2019.

FASSBACH, Burkhard: *„Beschäftigtendatenschutz im Hinweisgeberverfahren: Interessenkonflikt zwischen Hinweisgeberschutz und Auskunftsrecht des Beschuldigten“*. Düsseldorf:Beck-online, 2020.

FOX, Richard G. Protecting the Whistleblower, 15 Adel. L. Rev. 137 (1993).

GROß, Nadja e PLATZER, Matthias: “Richtlinie der EU zur Stärkung des Schutzes von Hinweisgebern *ante portas:* Auswirkung auf die Praxis und Regelungsauftrag an den nationalen Gesetzgeber“.

HENNING, Peter J. Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law. In Arizona Journal of International & Comparative Law 18(793-865), 2001, p. 797.

JOHNSON, David: *„Die Regelung zur Beweislastumkehr nach Maßgabe des Richtlinienentwurfs der EU-Kommission zum Schutz von Hinweisgebern – Quell eines institutionellen Rechtsmissbrauchs?"* Fehler-Beck on-line, 2019

LIMA, Fabiana Vieira. "Estudos para implementar um programa de proteção e incentivos ao denunciante no Brasil. Uma análise sob a ótica do servidor público". FGV, 2020, 148 f. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29666/Programa%20de%20protecao%20e%20incentivos%20ao%20denunciante%20-%20Fabiana%20Vieira%20Lima.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MOBERLY, Richard E. Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win, 49 William & Mary Law Review 65, 65 (2007).
OECD (2016), Committing to Effective Whistleblower Protection, OECD Publishing, Paris, 2016. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264252639-en.pdf?expires=1621343557&id=id&accname=guest&checksum=04D57136E2AB965B91D4736A16589175
„Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für den Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden", Bearbeitungsstand vom 26.11.2020

RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. "Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público". In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 174 (2020: 41-69)

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de compliance. In WALMSLEY, Andrea; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (organizadoras) MPF – Inovações da Lei n. 13.964 de 24 de Dezembro de 2019. Coletânea de Artigos Vol. 7. Brasília, MPF, 2020(32-52). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes

STOCK, Matthew R. Dodd-Frank Whistleblower Statute: Determining Who Qualifies as a Whistleblower, 16 FSU Business Review 131 (2017).

VAUGHN, Robert G. State Whistleblower Status and the Future of Whistleblower Protection, 51 Administrative Law Review (1999).

Whistleblower Protection Act of 1989, United States of America Public Law No 101-12, 103 Stat 16 (1989).

ZUCKERMAN, Jason. Congress Strengthens Whistleblower Protections for Federal Employees. In ABA LEL FLASH, Nov-Dec 2012. Disponível em https://www.zuckermanlaw.com/wp-content/uploads/2019/01/Whistleblower-Protection-Enhancement-Act.pdf capturado em 26/06/2020.

Uma análise crítica da figura do *Whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro

Bruno Fernandes[1]

Thomaz Pustilnik[2]

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar a evolução da figura do *whistleblower*, a partir da sua contextualização nos programas de *compliance* empresarial e no direito brasileiro, abordando seus aspectos principais, apontando as falhas e omissões da legislação interna vigente sobre essa temática.

Palavras-chave: Programas de compliance – *whistleblowing* – Lei anticrime – proteção do informante.

1. Introdução

Intimamente ligado à expansão da tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, o *compliance* tem sido amplamente utilizado pelo setor privado brasileiro como um mecanismo de identificação, prevenção e gestão de riscos relacionados a eventuais práticas ilícitas realizadas no âmbito da estrutura organizacional de pessoas jurídicas. Nesse contexto, a introdução de canais de denúncia oferecidos pelas empresas para que os funcionários possam reportar ao setor responsável pelas investigações as condutas antiéticas de que tenham tido conhecimento – os chamados "*whistleblowing hotlines* – tornou-se um imperativo para a eficaz implementação dos programas de *compliance* e prevenção de riscos pelas companhias. Não por acaso, a Revista do CPJM, em boa hora, elege este importante assunto para seu primeiro volume e, é claro, muito nos honra poder contribuir para ele com as reflexões que apresentaremos ao longo das próximas páginas.

[1] Doutorando em Direito Penal na Universidade de São Paulo, mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, graduado em Direito pela PUC/Rio, membro colaborador do CPJM e Professor da Pós-Graduação da UERJ e do IBMEC.

[2] Mestrando em Direito Penal Econômico na FGV-SP, graduado em Direito pela PUC/Rio e coordenador adjunto do IBCCRIM.

O presente artigo, nesse contexto, tem por objetivo analisar a evolução da figura do *whistleblower* no Brasil, desde a sua introdução nos programas de *compliance* das empresas privadas, sobretudo a partir dos anos 2000, até a sua recente sistematização legal com o advento da Lei 13.964/2019, conhecida como *Pacote Anticrime*, que alterou a Lei 13.608/2018 (Lei do "*Disque-Denúncia*") para regulamentar e fomentar a criação de canais de denúncia no âmbito da Administração Pública.

De início, será realizada uma breve análise da expansão do *compliance* criminal no Brasil, fenômeno inserido no contexto da globalização que marcou o mundo a partir, sobretudo, dos meados dos anos 1990 e que foi incorporado no nosso ordenamento a partir da promulgação da Lei 9.613/98 (Lei da Lavagem de Dinheiro), que acabou por introduzir a noção dos setores obrigados a reportar informações suspeitas às autoridades fiscalizadoras (capítulo II). Após, abordar-se-á a figura do *whistleblower* e as suas principais características e controvérsias, bem como as condições necessárias para a efetividade da introdução do canal de denúncias anônimas em empresas (capítulo III). Por fim, o presente artigo se propõe a examinar as disposições relacionadas ao *whistleblower* introduzidas pela Lei 13.964/2019, buscando apontar as omissões legislativas e as imprecisões conceituais que põem em risco a real eficácia do instituto (capítulo IV).

2. A era do *Compliance*

Na verdade, não faz muito tempo que o *compliance* criminal efetivamente virou febre no Brasil. Empresas se reestruturaram, diversos livros foram publicados, inúmeras palestras foram promovidas. A essa altura, já se sabe, então, que – embora expresse vagueza e que seu conceito é, em alguma medida, discutível – parece ser possível afirmar que se trata de um mecanismo eminentemente preventivo, cujos objetivos são evitar a prática de atos delituosos no decorrer das atividades de uma determinada organização e, consequentemente, minorar ou excluir eventual responsabilidade jurídica decorrente de tal ilícito. Esse contexto de mudança de paradigma em termos penais, baseado na existência de uma preocupação com o "pré fato" – e não mais apenas com o "pós fato" – deu início ao que se pode denominar era do *compliance* no chamado Direito Penal Econômico.

A verdade, no entanto, é que – de alguma forma – os fundamento do *compliance* já estavam presentes no ordenamento jurídico brasileiro pelo menos desde os fins dos anos 90, com a lei de lavagem de dinheiro, tendo em vista que ela, desde então, já estabelecia uma série

de obrigatoriedades para os setores dito "sensíveis"[1], relacionados a atividades econômicas que, por alguma razão, pudessem ter maior afinidade com o branqueamento, sem contar as circulares do Banco Central e alguns deveres típicos dos mercados de capitais. De igual modo, não se tem qualquer dúvida de que, ao redor do mundo, em especial nos ordenamentos norte-americano e europeus, o *compliance* já era uma realidade há muito experimentada, em especial – a nosso sentir – pelo fato de, em geral, adotarem a chamada responsabilidade penal da pessoa jurídica, sobretudo pelo modelo de atribuição de culpabilidade baseado na autorresponsabilidade[2].

A globalização, por sua vez, se tornou palco – de um lado – para o desenvolvimento da criminalidade organizada, tornando mais fácil e rápido o acesso aos mais diversos recursos transnacionais e – de outro – para uma tentativa de uniformização ou paridade dos arcabouços legislativos capazes de regularem e combaterem tais atividades ilícitas. Não por acaso,

[1] Nomenclatura adotada por Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Badaró. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.58. Refere-se, na realidade, às pessoas físicas e jurídicas retratadas no artigo 9º da lei, quais sejam, todas aqueles que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória: a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; a custodia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Também se aplicam tais regras às bolsas de valores, de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; seguradoras, corretoras de seguros e entidades de previdência complementar ou capitalização; administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de credito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; administradores ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; as empresas de *leasing* e *factoring*; as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens moveis, imóveis, mercadorias, serviços ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas; as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização do órgão regulador dos mercados financeiro, de cambio, de capitais e de seguros; as pessoas físicas ou jurídicas que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionários ou representantes de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades listadas; as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras, metais precisos, objetos de arte e antiguidades; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; as juntas comerciais e registros públicos; as pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; empresas de transporte e guarda de valores; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo por meio de sua matriz no Brasil, bem como as pessoas físicas ou jurídicas que prestem qualquer tipo de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria ou assistência relativa à compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias, de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, de abertura ou gestão de contas bancarias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários, de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas, financeiras, societárias ou mobiliárias e de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

[2] Nesse sentido, SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, La responsabilidade penal de las personas jurídicas em Derecho español, *in* SILVA SANCHÉZ, Jesús-María (dir.), Criminalidad de empresa y Compliance, p.31.

diferentes tratados internacionais buscaram reunir os Estados soberanos em torno dos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, inclusive praticados por pessoas jurídicas. É possível destacar, nesse contexto, à guisa de exemplo: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA (Organização dos Estados Americanos e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, um complemento à Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional[3].

Na realidade, a estratégia de a organização se auto vigiar e, prevenindo-se de eventual responsabilização estatal, seguir suas macro-orientações para elaborar suas normas internas em torno da ética e da legalidade tampouco é invenção legislativa recente. A doutrina alemã já havia sugerido essa ideia nos anos setenta e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no fim dos anos oitenta, foi além, recomendando a exclusão de qualquer responsabilidade criminal da organização na hipótese de ela não estar diretamente ligada ao ilícito cometido e ter tomado as devidas providências para que ele não tivesse existido[4].

Nesse sentido, Anabela Miranda Rodrigues entende que o *compliance* é essencial ao capitalismo regulatório, ao classificá-lo como um elemento misto – público e privado – que mistura a lei estatal, as disposições normativas internacionais e o programa de cumprimento elaborado pela própria organização[5]. O resultado, como se pode imaginar, é um conjunto de procedimentos internos criados pelo ente privado que buscam, em última análise, se adequar e seguir as determinações elaboradas pelo poder público, o que lhe fará evitar ou minorar eventual responsabilização na hipótese de esses controles, por alguma razão, não terem funcionado.

Certamente, a crise financeira de 2008[6] também impactou sobremaneira o desenvolvimento do *compliance*. É que, como se sabe, a crise – em resumo – foi originada pela

[3] SARCEDO, Leandro, Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, Editora Liberars: São Paulo, 2016, p.133.

[4] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidade penal de las personas jurídicas em Derecho Español. *In* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevencíon y reacciones corporativas.* Barcelona: Atelier, 2013, p. 30 e 31.

[5] RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário? *In* Revista Portuguesa de Ciências Criminais n.26, 2016, p.48-50.

[6] Cfr. FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.103,v.21,2013, p.145 e ss.

bolha imobiliária que se criou nos Estados Unidos, a qual gerou especulação na compra de valores relativos a hipotecas subavaliadas. Dessa forma, prestamistas concederam crédito hipotecário para quem, teoricamente, a eles não fazia jus (o chamado subprime), razão pela qual, com o posterior aumento dessas taxas, acabaram sem condições de quitar suas dívidas. A partir disso, as instituições financeiras deixaram de conceder empréstimos e, consequentemente, a crise de crédito nascia, igualmente com a perda financeira das referidas instituições[7].

A relação disso com o *compliance* é que, como consequência, o próprio mercado se organizou para que o ente estatal estabelecesse melhores regulações no âmbito econômico. Tal fato, portanto, se insere no "estado de regulação" mencionado anteriormente, a partir do qual os entes privados se organizam em torno de macro-orientações do setor público[8].

Ademais, diversos foram os casos relativamente recentes que demonstraram a pouca regulação interna dos entes privados. Escândalos como os que ocorreram com Parmalat, Arthur Andersen, Lehman-Brothers e Siemens e Enron – apenas a título exemplificativo – confirmaram a ineficiência da legislação para, sozinha, coibir a prática de ilícitos penais, razão por que o *compliance*, novamente, surge para despontar como alternativa para o Estado como ferramenta de prevenção à prática de delitos.

No Brasil, especialmente casos como o do Mensalão e da Lava-Jato, contribuíram para o desenvolvimento do *compliance* na medida em que, revelado o insistente cometimento de crimes financeiros, optaram por ressignificar sua atuação, implantando departamentos que zelassem pelo fiel cumprimento da lei. Construtoras, joalherias, empresas fornecedoras de equipamentos para o setor público, enfim, organizações dos mais diferentes setores passaram a utilizar o *compliance* como ferramenta de controle interno, muitas delas resultados de acordos firmados com própria acusação.

Quanto à definição do *compliance*, já se mencionou que termo é absolutamente vago[9]. Embora sua tradução literal seja apenas estar em conformidade o que realmente o instituto

[7] RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário? *In* Revista Portuguesa de Ciências Criminais n.26, 2016, p.37-40.

[8] RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário? *In* Revista Portuguesa de Ciências Criminais n.26, 2016, p.48 e ss.

[9] Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan El Cumplimiento Normativo *in* NIETO MARTÍN, Adan (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidade penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p.26 e, também, SIEBER. Ulrich; ENGELHART, Marc. Compliance Programs for the Prevention of Ecoomic Crimes – Na Empirical Survey of German Companies, p.2.

permite é uma aquisição de consciência por parte das organizações no sentido de se auto organizarem de acordo com as disposições estatais. No entanto, tal conformidade – como bem observou Saavedra[10] – deve ser dinâmica. Significa, em síntese, que a conformidade é efetivada no compromisso de elaboração de um sofisticado sistema de procedimentos e controles internos por meio dos quais se verifique a intenção da organização em concretizar um "estado de *compliance".*

Nesse contexto, importa mencionar que o *compliance* possui alguns elementos básicos, os quais devem fazer parte de um bom programa de cumprimento. Embora pudéssemos nos debruçar sobre cada um deles, como já tivemos a oportunidade de fazer[11], melhor será mencionar apenas o instituto do *whistleblowing* para depois examiná-lo mais detidamente sob a ótica da previsão brasileira.

É que, dentre as principais ferramentas de um bom programa de *compliance*, o *whistleblowing* certamente assume papel preponderante. Basicamente, ele pode ser definido um sistema de denúncias interno por meio do qual se torna possível a organização tomar conhecimento da prática de ilícitos no âmbito de sua atuação por comunicações realizadas por seus membros. Algumas questões a seu respeito, todavia, merecem especial atenção e serão analisadas a seguir.

3. O *Whistleblowing*

Como se pode imaginar, não faltam aspectos controvertidos relacionados ao *whistleblowing*. Afinal, no âmbito do *compliance*, em geral, o denunciante interno (*whistleblower*) é membro da organização e reporta determinada conduta ilícita ou antiética de que tem conhecimento que esteja ocorrendo no âmbito da atividade empresarial.

Nesse sentido, a criação da figura "funcionário policial" é de certa forma polêmica porque, se por um lado, estimula o cumprimento das medidas estabelecidas pelos colaboradores da organização, por outro, cria um ambiente de desconfiança e vigilância mútua[12]. Por essa

[10] SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal – Revisão teórico e esboço de uma delimitação conceitual IN LOBATO, José Danilo Tavares (et al), Comentários ao Direito Penal Economico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora Placido, 2017, p.711-712.

[11] CARVALHO, Bruno Fernandes. Compliance Criminal – uma análise sobre os aspectos fundamentais. São Paulo: Liberars, 2019, p.63-70.

[12] É importante destacar que o fato de o canal de denúncias ser interno não pode, de maneira alguma, servir para mascarar a devida elucidação dos fatos porventura denunciados. De qualquer forma, uma possibilidade cada vez mais comum é a contratação de agentes externos, como escritórios de advocacia ou empresas especializadas em investigações internas, para que fiquem responsáveis pelo canal de denúncias. Assim, de

razão, não se pode perder de vista que o *whistleblowing* – bem como todos os outros elementos típicos do *compliance* – requerem que a empresa tenha efetivamente implementado uma cultura de respeito à ética e à legalidade[13]. É fundamental para que esse sistema de denúncias funcione, então, que os participantes da instituição na qual ele se insere estejam todos cientes da importância do cumprimento das regras internas e legais para que, compreendendo a relevância da auto regulação, evitar que se sintam injustamente vigiados ou perseguidos.

Ainda a respeito da confiança necessária para que um canal de *whistleblowing* seja bem-sucedido, dois aspectos são fundamentais. O primeiro se relaciona à certeza, por parte do denunciante, de que a sua denúncia de fato será investigada. O segundo, à certeza de que não será vítima de qualquer represália por ter denunciado a irregularidade.

Sobre a figura do "funcionário policial", anteriormente mencionada, uma característica relevante do *whistleblowing* em uma organização é se a denúncia é obrigatória ou não. É que, nos casos em que o funcionário for obrigado a denunciar os atos irregulares de colegas, parece mesmo se ter a criação de um dever de vigilância horizontal, no qual todos são fiscais. Conquanto exista posição relativamente recente que advogue a favor da obrigação da denúncia[14], entendemos que ela tão apenas pode ser um direito, de maneira que deve ser fruto da real vontade do funcionário de – se entendendo num ambiente ético – reportar o delito em questão. Não obstante, o Código Penal espanhol optou por obrigar a denúncia por parte das empresas que, porventura, pudessem ser contempladas pelos benefícios que aquela lei prevê.

Por tudo isso, relevante é examinar, também, se o canal interno de denúncias (*whistleblowing*) adotará um modelo confidencial ou anônimo. No primeiro, o nome do denunciante não se torna público, mas é conhecido pelos responsáveis pelas investigações internas resultantes de sua denúncia. No segundo, ninguém sabe o nome do funcionário que denunciou.

---

alguma maneira, evita-se que um funcionário que costume conviver com os demais tenha a atribuição de investiga-los, caso se entenda que ele é mais suscetível a ser imparcial.

[13] Nesse sentido, GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, Whistleblowing.y canales institucionales de denuncia *in* NIETO MARTÍN, Adan (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidade penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p.208.

[14] Nesse sentido, GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, nota 199, p.223. e MASCHMANN, Frank. Compliance y Derechos del trabajador *In* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds).*Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.160-161.

Não há – a nosso sentir, ao menos neste momento – um modelo obrigatório[15]. Naturalmente, um modelo que adote o anonimato tende a ser mais utilizado já que – em tese – será impossível que o denunciante sofra qualquer represália. Da mesma forma, ele oferece uma maior possibilidade de perseguições e comunicações de má-fé.

Noutro giro, no modelo confidencial é improvável que denúncias infundadas sejam rotineiramente realizadas porquanto será possível aos encarregados pela investigação visualizarem os nomes dos responsáveis pelas falsas comunicações. Contudo, caso se tenha conseguido criar um ambiente de efetivo respeito à legalidade, certamente não haverá qualquer receio de represália e, mais do que isso, tal modelo possibilita que seja dada uma recompensa ao denunciante cuja veracidade do relato feito tenha sido comprovada ao final da investigação realizada, para além de facilitar a defesa do denunciado[16].

Nesse contexto, no ordenamento jurídico norte-americano, uma importante alteração legislativa do FCPA (Foreing Corrupt Practices Act), sua mais importante lei sobre corrupção, foi levada a cabo em 2010, com o Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. A principal mudança foi a criação recompensas para quem fizesse denúncias de eventuais violações do FCPA às autoridades, com o prêmio de até 30% da multa eventualmente aplicada à organização violadora, tendo sido prevista, ainda, a proibição de as empresas fazerem qualquer tipo de represália em relação aos funcionários que registrassem tais denúncias, com – inclusive – sanções para aquelas que descumprissem essa proibição[17].

Uma década depois, foi a vez do ordenamento jurídico brasileiro incorporar a previsão da figura do *whistleblower* e, de forma semelhante, prever até eventual recompensa financeira, o que será melhor examinado a seguir.

---

[15] Para Adan Nieto Martín, não é indubitável que o canal anônimo seja mais eficiente que o canal confidencial. Em verdade, para ele, a reclamação confidencial goza de maior credibilidade do que a anônima, mas essa a empresa também não pode simplesmente ignorar, tendo a obrigação de a investigar, já que pode ser verdadeira. NIETO MARTIN, Adan. "Internal Investigations, Whistle-blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process", *in Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, p.76

[16] GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, nota 199, p.228. A autora relembra que, contudo, em caso de confidencialidade, o sigilo sobre a identidade do denunciante poderá ser retirado por ordem judicial – se houver judicialização. Para Gómez Martín, o anonimato dificulta a defesa do denunciado na medida em que ele não consegue demonstrar, por exemplo, uma possível relação de inimizade com o denunciante, que poderia ter sido a real causa da denúncia. GÓMEZ MARTÍN, Victor, *Compliance* y derechos de los trabajadores *in* MIR PUIG, Santiago (et al), Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid: Edisofer, 2014, p.129.

[17] Cfr. LEON BERINI, Arturo Gonzalez de., El Criminal Compliance em la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act, *In* SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Editora Atelier, 2013, p.133-136

4. O *Whistleblowing* no Brasil: a inovação do Pacote Anticrime

Conforme mencionado, o presente capítulo tem por objetivo tecer breves notas acerca do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro. Sem qualquer pretensão de exaurir o tão recente e complexo tema, serão feitos, a seguir, apontamentos sobre os 3 (três) artigos (4º-A[18], 4º-B[19] e 4º-C[20]) incluídos pelo "Pacote Anticrime" na Lei 13.608/2018.

O denominado "Pacote Anticrime", sancionado em 24 de dezembro de 2019, possuía o alegado objetivo político-criminal de combater a criminalidade organizada por meio do recrudescimento da legislação penal e da resposta punitiva. Dentre as alterações propostas, destaca-se a preocupante – pela forma com que foi feita – introdução, ainda que de forma embrionária, da figura do *whistleblower* – ou "informante do bem"[21].

Seguindo a tendência internacional expressa no Artigo 8º, §4º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção[22], da qual o Brasil é signatário, buscou-se estabelecer mecanismos

---

[18] "Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas."

[19] "Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal."

[20] "Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.

§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado".

[21] Artigo 15, da Lei 13.964/2019.

[22] "Artigo 8º. Códigos de conduta para funcionários públicos 1. Com o objetivo de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, promoverá, entre outras coisas, a integridade, a honestidade e a responsabilidade entre seus funcionários públicos. 2. Em particular, cada Estado Parte procurará aplicar, em seus próprios ordenamentos *institucionais e jurídicos, códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas. 3. Com vistas a aplicar as disposições do presente Artigo, cada Estado Parte, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, tomará nota das iniciativas pertinentes das organizações regionais, interregionais e multilaterais, tais como o Código Internacional de Conduta para os*

e garantias ao informante de boa-fé que reportasse às autoridades quaisquer práticas ilícitas de que tivesse conhecimento, auxiliando, assim, o trabalho investigativo dos órgãos de persecução penal.

É bem verdade que a denominada Lei Anticorrupção já incentivava a denúncia de irregularidades – inclusive, um dos critérios previstos no art. 7º da Lei 12.846/2013[23] para se definir a aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos naquele diploma legal é "VIII - *a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e* ***incentivo à denúncia de irregularidades*** *e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*". Contudo, somente com o advento da Lei nº. 13.964/2019 que efetivamente sistematizou-se o *whistleblowing* no Brasil.

Isso porque o referido projeto teve como um de seus objetos a alteração da Lei 13.608/2018, conhecida como "Lei do Disque-Denúncia", a fim de incluir, em seu artigo 4º[24], novas disposições que introduzem e regulamentam, no âmbito da administração pública direta e indireta, a figura do *whistleblower*. Vamos a elas.

---

titulares de cargos públicos, que figura no anexo da resolução 51/59 da Assembleia Geral de 12 de dezembro de 1996. 4. Cada Estado Parte também considerará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a possibilidade de estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridade competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções. 5. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam das lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos. 6. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, medidas disciplinares ou de outra índole contra todo funcionário público que transgrida os códigos ou normas estabelecidos em conformidade com o presente Artigo".

[23] "*Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO).*

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal."

[24] "*Art. 4º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos.*

Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie".

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.003 | ISSN: 2764-1899

No artigo 4º-A, previu-se a manutenção, por parte da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, de "*unidade de ouvidoria ou correição*", sem, contudo, estabelecer se tais unidades seriam externas ou internas aos órgãos. De todo modo, a finalidade desses canais é "*assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público*".

Ademais, conforme consta no parágrafo único desse dispositivo modificativo, uma vez considerado "*razoável*" o relato realizado pelo denunciante à unidade de ouvidoria ou correição, e procedido o encaminhamento para apuração, a ele "*serão asseguradas proteção integral contra retaliações",* bem como *"isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações falsas*".

Ao exercício do direito de relatar condutas possivelmente ilícitas contrapõe-se o dever de apreciação da comunicação, isto é, o juízo de razoabilidade acerca do conteúdo da denúncia[25].

Observe-se que, em razão de a redação do artigo 4º-A e de seu parágrafo único não serem precisas, poderia haver quem cogitasse que a "*isenção de responsabilidade penal"*, referida no parágrafo único, também contemplaria aqueles denunciantes que possuíssem envolvimento no delito relatado - ou seja, que fossem partícipes ou autores do delito informado. Todavia, não nos parece ser essa interpretação correta em razão de a figura do *whistleblower* não se confundir com a do colaborador premiado[26].

---

[25] NETTO, Alamiro Velludo [et al.]. Pacote Anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019 – 1ª ed. – São Paulo: Almedina. Brasil, 2020, p. 212.

[26] Nesse mesmo sentido: "*De início, importante salientar que os whistleblowers são colaboradores juridicamente desinteressados, isto é, diferentemente dos colaboradores premiados (Lei 12.850/2013, arts. 4º e 6º), eles não são coautores ou partícipes da organização criminosa, não relatando infrações penais em troca de benefícios processuais (como o perdão judicial, a redução da pena e a admissão de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos).*" – KICHILESKI, Gustavo Carvalho, SALOMÃO, Eduardo Augusto. Whistleblowing: corrupção e o informante do bem. Curitiba: Juruá, 2021; "*Ora, se o whistleblower, por definição, é um terceiro, alheio ao fato delituoso perpetrado, não há motivos para cogitar qualquer responsabilidade civil ou penal, a ponto de aludir à "isenção". Por outro lado, é óbvio que veicular informações ou provas falsas é prática criminosa, representativa dos delitos de uso de documento falso, denunciação caluniosa e/ou comunicação falsa de crime, a depender da hipótese. Não precisava a lei ter externado isso. Ao fazê-lo, passa uma mensagem intimidatória ao whistleblower, sugerindo que instruam seus relatos com peças de informação sólidas, pois, do contrário, de denunciante pode se tornar denunciado – a depender do nível de (in)consistência da notícia-crime apresentada e da resposta apresentada pelo noticiado, pode vir a responder por, ao menos, 1 dos delitos acima, embora tenha, em seu prol, obviamente, o benefício da dúvida.*" – SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. De modo contrário: "*É interessante notar como a garantia de 'isenção de responsabilização' alinha a nova Lei à tendência político-criminal brasileira de 'alargar' a figura do denunciante. As modificações, no entanto, são pouco claras acerca dos propósitos e alcance desse fragmento*

Com efeito, no acordo de colaboração premiada, exige-se que o colaborador narre todas as condutas ilícitas para as quais efetivamente concorreu [art. 13, *caput*, c/c 29, ambos do CPB[27]] e que tenham relação direta com os fatos investigados [art. 3º-C, §4º da Lei 12.850/13[28]], o que revela que a figura do colaborador pressupõe autoria ou participação na prática delituosa confessada. Por sua vez, o *whistleblower*, como visto, é agente estranho à prática ilícita da qual tomou conhecimento, e que, de boa-fé, opta por informá-la por meio dos canais de denúncia. Nessa linha, não se pode admitir que o *whistleblower* tenha envolvimento no delito relatado; do contrário, o instituto da colaboração premiada restaria esvaziado, pois bastaria ao denunciante o fornecimento de informações sobre determinada prática criminosa [para que tenha concorrido] para estar isento de responsabilidade criminal.

A "*isenção de responsabilidade civil e criminal*" a que se refere o parágrafo único do artigo 4º-A, a nosso ver, está diretamente relacionada ao relato e é apenas um reforço ao fato de que o informante não poderia ser responsabilizado, por exemplo, por eventual crime de denunciação caluniosa[29], nos casos, claro, em que ele não tenha apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.

---

normativo; afinal, não estaria de todo equivocada interpretação diversa, no sentido de que o dispositivo visaria contemplar aqueles denunciantes que também possuem algum envolvimento delitivo com o evento reportado. O informante tradicionalmente não é figura exatamente autônoma, tal como o whistleblower compreendido na experiência internacional. Em vez disso, de acordo com o sistema processual brasileiro, a participação desse colaborador autônomo se aproximaria à de um depoimento de testemunha; podendo ele, porém, ser réu no mesmo processo dedicado a investigar a responsabilidade dos delatados. A atividade do colaborador envolve prestar declarações que tragam elementos sobre outras pessoas envolvidas no crime ou integrantes de organizações criminosas, as tarefas por elas desenvolvidas e os crimes para os quais concorreram". NETTO, Alamiro Velludo [et al.]. Pacote Anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019 – 1ª ed. – São Paulo: Almedina. Brasil, 2020, p. 212.

[27] "*Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*".

"*Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave*".

[28] "*Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.*

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público.

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração".

[29] Artigo 339 do Código Penal Brasileiro.

Por sua vez, o artigo 4º-B disciplina que "*o informante terá direito à preservação de sua identidade"*, estabelecendo duas exceções nas quais se justificaria a sua revelação: "*relevante interesse público*" e "*interesse concreto para apuração dos fatos*". Além de ter utilizado termos abertos, já que não se pode inferir com precisão o alcance de quando efetivamente estaria autorizada a revelação da identidade do informante, o legislador, no parágrafo único do artigo, parece contradizer tudo o que foi dito no *caput* do art. 4º-B, uma vez que condiciona "*a revelação da identidade*" à "*concordância formal*" do denunciante. Ou seja, ainda que a revelação de sua identidade seja de relevante interesse público ou de interesse concreto para a apuração dos fatos ilícitos relatados, caberá ao informante, após ser comunicado previamente, decidir se concorda ou não com a sua identificação – não estabelecendo a lei se eventual recusa deve ser fundamentada –, o que esvazia a intelecção do *caput* do artigo, e indica que, na prática, a única exceção ao anonimato seria a concordância expressa do denunciante. Ao fim e ao cabo, bastaria a redação do parágrafo único, sem que fosse necessária a previsão do *caput* do artigo 4-B na Lei 13.608/2018.

A questão tem a sua complexidade acentuada ao se analisar o anonimato do informante sob a ótica do direito ao confronto[30], que se materializa não só na possibilidade de o acusado contrapor a prova (ou meios de obtenção de prova) utilizados em seu desfavor, como também de contraditar a própria pessoa que a produziu. Como a Lei 13.608/2018 atribui possível recompensa financeira ao *whistleblower* (artigo 4º-C, §3º), o seu relato, em termos de confiabilidade probatória, deve ser analisado com especial cautela.

Não se sabe, por exemplo, como ficaria a situação de eventual denunciado, o qual foi acusado com base em comunicação anônima feita por *whistleblower* que não concorda com a revelação de sua identidade e, por essa razão, sequer é arrolado como testemunha de acusação. *Seria direito do acusado conhecer a pessoa do denunciante para, assim, poder também confrontá-lo? Ou será que, nessa hipótese, o direito à preservação da identidade do informante deve prevalecer em detrimento do direito do acusado de conhecer todos os elementos da acusação?*

A terceira modificação, trazida pelo artigo 4º-C da Lei 13.964/2019, assegura expressamente ao informante a proteção contra "*ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício de relatar*", enumerando, em seguida, alguns exemplos, quais sejam, (i) demissão

[30] MALAN, Diogo Rudge. Direito ao confronto no processo penal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

arbitrária, (ii) alteração injustificada de funções ou atribuições, (iii) imposição de sanções, (iv) de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, (v) retirada de benefícios, diretos ou indiretos, (vi) negativa de fornecimento de referências profissionais. Além disso, a prática de ações ou omissões de retaliação ao *whistleblower*, ocorridas no âmbito da administração pública, configura, segundo o §1º do artigo 4º-C, "*falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público"*, sendo certo que ao informante será assegurado o direito de ressarcimento "*em dobro por eventuais danos materiais praticados em retaliação, sem prejuízo de danos morais*".

Ressalta-se, por fim, que o §3º do art. 4º-C disciplina a recompensa em razão do reporte voluntário e de boa-fé de condutas ilícitas pelo informante, ratificando a lógica do instituto que é baseado no trinômio *colaboração*, *proteção* e *recompensa*. Ocorre que, mesmo na hipótese de "*as informações disponibilizadas resultarem em recuperação do produto de crime contra a administração pública*", a lei não assegura efetivamente ao informante o direito de recompensa, já que utiliza redação imprecisa "***poderá*** *ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado*". Note-se, por oportuno, que no 4º-B, *caput*, o legislador utiliza os termos "*terá direito*", o que não ocorre aqui, e, por isso, não há como afirmar, com base na redação do artigo 4º-C, que se trata de um direito subjetivo do informante. Dessa forma, diante da imprecisão legislativa, ficará ao arbítrio de cada ente federativo o estabelecimento não só da porcentagem da recompensa, a qual pode variar em até 5% (cinco por cento) do valor do produto do crime [contra a administração pública] recuperado, mas também a própria concessão do benefício em si.

Não se nega, aqui, o potencial da introdução da figura do *whistleblower* como um mecanismo eficaz de combate às práticas ilícitas no âmbito da administração pública. Contudo, as omissões legislativas, acompanhadas da falta de precisão conceitual, acabam por enfraquecer o instituto, em meio às incertezas quanto à proteção de sua identidade e ao pagamento de eventual recompensa.

5. Conclusão

Diante do exposto, percebe-se que ainda há muito a ser discutido acerca da figura do *whistleblower* e a sua implementação no Brasil. Seguindo a aparente tendência brasileira de expansão da implementação do *compliance* como um mecanismo de gestão de riscos relacionados à eventuais práticas ilícitas, os canais de denúncias anônimas serão cada vez mais

utilizados pelas empresas privadas e pela administração pública, sobretudo após o advento da Lei 13.964/2019. Desse modo, é preocupante a ausência de sistematização do instituto em relação às demais formas de colaboração com as autoridades presentes no ordenamento jurídico, bem como a presença de imprecisões e omissões legislativas quando da introdução de tal figura no âmbito da administração pública, por meio das alterações na Lei 13.608/2018. A falta de clareza acerca da delimitação do uso do *whistleblower*, acompanhada de indefinições em relação ao oferecimento de recompensa e da proteção de sua identidade, acabam por enfraquecer um promissor mecanismo de combate à corrupção no país.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.003 | ISSN: 2764-1899

O *whistleblowing* como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do *whistleblower*

Carlos Eduardo Adriano Japiassú[1]

Ana Lúcia Tavares Ferreira[2]

Resumo: O artigo aborda as práticas de *whistleblowing* e a sua relação com o direito penal, notadamente, a crescente importância da contribuição dos *whistleblowers* para investigações e persecução de crimes corporativos e econômicos. O texto busca descrever as tendências normativas no que se refere aos mecanismos de proteção dos *whistleblowers*, analizando a evolução legislativa e teórica do tema desde a sua origem história recente até sua configuração atual na legislação internacional e nos ordenamentos jurídicos nacionais, como instrumento de política criminal. São abordadas, ainda, as dúvidas e questionamentos no que se refere à sua eficiência e impacto nos direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados pelos *whistleblowers*.

Palavras-chave: Política Criminal. *Complicance*. *Whistleblower*. Direitos Humanos.

Abstract: The article deals with the whitstleblowing practices and its relation with criminal law, namely, the increasingly important *whistleblowers*' contributions to investigations and persecution of corporate and financial crimes. It aims to describe the normative trends concerning protection mechanisms for *whistleblowers*, analyzing the legislative and theoretical evolution of the subject from its more recent historical origin to its current design in international law and national legal orders, as a criminal policy tool. It also addresses doubts

[1] Doutor em Direito (UERJ). Professor (UERJ, UFRJ e Universidade Estácio de Sá/RJ). .Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Secretário-Geral da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da AIDP e Vice-Presidente do Comitê Internacional de Penalistas Francófonos (CIPF).

[2] Mestre e Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá/RJ.

and questioning with regard to its efficiency and impact on fundamental rights of people involved in facts disclosed by *whistleblowers*.

Keywords: Criminal policy. Compliance. Whistleblower. Human Rights.

---

6. Introdução

Uma série de escândalos midiáticos recentes foram gerados por pessoas que, tendo acesso privilegiado a informações, trouxeram a público fatos que jamais chegariam ao conhecimento da grande maioria dos cidadãos.

Luxemburgo Leaks, Panamá Papers, Cambridge Analitica são apenas alguns exemplos de *whistleblowing*, ou seja, de publicização de informações sigilosas, sobre condutas ilícitas, ilegítimas ou que supostamente causam prejuízo ou expõe a risco toda a coletividade.

A prática de *whistleblowing* tem se apresentado, além disso, como importante instrumento político-criminal. Os *whistleblowers* trazem a público, frequentemente, notícias de crimes cuja investigação e sancionamento seria impossível ou extremamente difícil, tendo em vista as limitações do sistema penal no que se refere à criminalidade corporativa e econômica.

Tem se ampliado, assim, de forma significativa a implementação de canais de denúncia (*hot lines*) nas organizações privadas e públicas, no contexto de amplos programas de cumprimento normativo (c*ompliance*).

A prática do *whistleblowing* pode implicar, entretanto, a imposição consequências negativas ao *whistleblower*, seja por meio de retaliações no âmbito das relações de trabalho, ou sancionamento do na esfera cível, administrativa ou penal.

Nesse contexto, tem se desenvolvido uma moldura normativa, tanto no nível internacional quando nos ordenamentos jurídicos nacionais de diversos países, que introduz vários mecanismos de proteção do *whistleblower*.

Dentre os mecanismos de proteção, destacam-se a confidencialidade de sua identidade do *whistleblower*, a isenção ou atenuação de sanções civis ou penais, além da previsão de denunciantes punições no caso de eventuais de retaliações por parte do empregador ou do Estado.

Por outro lado, a revelação de informações sobre condutas irregulares pode importar a violação de deveres de sigilo ou lealdade, ou servir de instrumento de promoção de interesses

pessoais, vindo a causar danos irreparáveis à imagem ou patrimônio de organizações públicas ou privadas.

Assim, o tema tem sido objeto de intensos debates teóricos, questionando-se a efetiva contribuição do instituto para a revelação e sancionamento de crimes, a eficácia dos mecanismos de proteção do *whistleblower*, assim como a compatibilidade do regime jurídico do *whistleblowing* com os direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados.

Este artigo propõe uma perspectiva panorâmica sobre a proteção do *whistleblower*, abordando, de forma sucinta e descritiva, os aspectos mais destacados do atual debate sobre o tema.

Na primeira seção serão apresentadas algumas questões teóricas relativas à definição do instituto, buscando-se identificar os reflexos da evolução normativa do instituto e todo o debate doutrinário sobre sua trajetória na consolidação de um conceito abrangente.

Em seguida, será apresentada uma breve retrospectiva histórica, apontando-se a origem próxima do instituto no sec. XIX, nos Estados Unidos, e sua posterior evolução até os dias atuais naquele país.

A retrospectiva busca demonstrar a tendência de se intensificar e ampliar a proteção do *whistleblower*, consolidando-se uma moldura normativa que disponha de dispositivos que respaldem a decisão de revelar fatos ilícitos ou ilegítimos, afastando consequências negativas como sanções ou retaliações.

No tópico seguinte, será abordada a expansão e internacionalização desse modelo, com ênfase no desenvolvimento da matéria no âmbito do Conselho de Europa e União Europeia, destacando-se, ainda, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que abordam o tema na perspectiva do direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

Os questionamentos e críticas sobre o instituto serão abordados na última seção, destacando-se os aspectos político criminais relativos a eventuais restrições aos direitos fundamentais de pessoas envolvidas em fatos denunciados pelo *whistleblower*.

Por fim, serão elaboradas considerações sobre o conteúdo abordado nos tópicos antecedentes.

7. Definições

Os debates sobre o *whistleblowing* refletem-se nas divergências sobre a definição e seus elementos constitutivos, propondo-se delimitações mais ou menos abrangentes ou restritivas de

acordo com a perspectiva teórica adotada como premissa ou a sua conformação legislativa e jurisprudencial em cada ordenamento jurídico.

Costuma-se adotar, como ponto de partida, a definição do *whistleblowing* como a revelação, realizada por membros ou antigos membros de uma organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, a pessoas ou organizações com capacidade para atuar a respeito dos fatos revelados.

O *whistleblower*, por sua vez, seria a pessoa que revela informação negativa sobre uma organização pública ou privada, com a qual ela costuma ou costumava ter uma relação que lhe proporciona um melhor conhecimento de seus membros e práticas.[1]

Como observou Garcia Moreno, as diferentes definições decorrem de concepções divergentes quanto aos elementos constitutivos do instituto, notadamente: o perfil do alertador; o receptador da informação; o conteúdo da comunicação e a participação do *whistleblower* no processo sancionador.

Assim, no âmbito da ciência política, tende-se a enfatizar o interesse público e a defesa da democracia, inserindo o tratamento do tema na teoria da dissidência civil. Nessa perspectiva, tem-se ampliado o perfil do *whistleblower* para abranger qualquer agente que tenha acesso privilegiado à informação, independentemente de vínculo formal com a organização, admitindo-se a revelação para o público em geral, por meio da mídia.

Além disso, o conteúdo da comunicação pode abranger condutas irregulares, incompetência, fraude, omissão de boas notícias para assegurar interesses privados ou uso arbitrário de poder, entre outros.[2]

Afastando-se das implicações extrajurídicas, Garcia Moreno propôs a adoção do enfoque político criminal, definindo o *whistleblowing* como "(...) estrategia impulsada por el Estado para detectar infracciones en el ámbito económico y corporativo que es su papel predominante en la actualidad."

Partindo desse pressuposto, passou a autora a definir o *whistleblower* como

> (...) aquella persona que colabora con el Estado em la aplicación de la ley, mediante la comunicación de información relativa a actuaciones irregulares cometidas en seno

[1] No mesmo sentido, BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no ordenamento jurídico português. Revista do Ministério Público 161. Janeiro: Março 2020. P. 11-113. Sobre o tema ver também GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 58. O fenômeno recebe tratamento diverso, porém, no âmbito da ciência política,

[2] Sobre o tema ver SANTORO, Daniele. KUMAR, Manohar. Speaking Truth to Power: a Theory of Whistleblowing. Cham: Springer, 2018. p. 39-42.

> de una organización de las que el whistleblower tiene conocimiento o sospecha fundada debido precisamente su relación con la organización em la que se cometen.

A definição proposta denota a opção pela concepção utilitarista do instituto, como instrumento de prevenção de crimes corporativos e econômicos, por meio da revelação e potencial sancionamento penal de condutas punitivas cujo conhecimento seria impossível sem a atuação do *whistleblower*.

Também na definição de Rios e Rodrigues, manifesta-se a ênfase no interesse público e na efetiva punição e prevenção de crimes praticados no âmbito de organizações públicas ou privadas, na medida em que se caracteriza o *whistleblowing* como

> programa com o objetivo de sistematizar, incentivar e proteger aqueles sujeitos que, integrando o sistema laboral de qualquer pessoa jurídica, sea de direito público ou privado, e, verificando a prática de um ilícito de qualquer ordem, o denunciam à autoridade responsável para a sua neutralização.[3]

O caráter utilitarista destaca-se com maior intensidade no modelo adotado pela legislação dos Estados Unidos, onde se acresce a necessária recuperação de ativos aos cofres públicos, o recebimento de uma porcentagem desses ativos a título de recompensa, além da garantia do anonimato do whistleblower e sua proteção contra possíveis retaliações.[4]

Além de definir juridicamente o fenômeno, é importante distinguir as práticas do *whistleblowing* do chamado *leaking*. embora possam ser apontados traços comum entre essas figuras, já que ambos tratam da revelação de informações a pessoas externas às organizações.

O *Whistleblower* é aquele que segue os procedimentos preestabelecidos para denunciar e denuncia condutas ilícitas, antiéticas ou perigosas. Já o *leaker* é aquele que revela informação sigilosa, mas não pelo canais prescritos, sendo certo que essas informações não necessariamente dizem respeito à atividades ilícitas, antiéticas ou perigosas.[5]

---

[3] RIOS, Rodrigo Sánchez. MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade Intraempresarial, Sistema sde Denunciação interna e suas repercussões na Seara Penal: o fenômeno do *whistleblowing*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 137. Ano 25 p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.

[4] BELTRAME, Priscila Akemi. SAHIONE, Yuri. Informente do bem ou *Whistleblower*.: Crísticas e necessários ajustes ao projeto. Boletim IBccrim. Ano 27, n. 117. Edição Especial = Abril 2019.

[5] Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018. p. 10.

O *Whistleblowing* pode ser praticado internamente (*whistleblowing* interno ou indireto), ou fora das instâncias da organização, diretamente à autoridade com atribuição ou competência para reagir ao fato noticiado (*whistleblowing* externo ou direto).

O *whistleblowing* interno desenvolve-se por meio canais de denúncia (*hot lines*) para comunicar condutas ilícitas ou contrastantes com valores ou normas éticas da organização e é considerado como um dos pilares dos sistemas de cumprimento normativo (*compliance*).[6]

8. Origem histórica e evolução do instituto

A origem próxima do *whistleblowing* é geralmente associada à história recente dos Estados Unidos, podendo-se identificar uma trajetória evolutiva cujo marco inicial ocorreu na segunda metade do século XIX, com o False Claims Act de 1863 (FCA).

O FCA permitiu ao cidadão o ajuizamento de denúncia de violação da lei, mediante o recebimento de recompensa no equivalente ao valor entre 15 e 25% das quantias recuperadas ao final do processo.

Concedia-se, assim, ao denunciante o papel de colaborador do governo federal, de forma a suprir a deficiência da administração pública, configurando-se, segundo GarciaMoreno, uma espécie de privatização da função de segurança pública.[7]

Entretanto, o apoio das autoridades ao cidadão limitava-se, nesse momento, ao pagamento de recompensa, vez que o FCA não previu, inicialmente, nenhuma espécie de proteção dos empregados contra retaliações de empregadores.[8]

A expansão da regulação federal nas áreas de direitos civis, segurança do trabalho, proteção do consumidor e poluição ambiental, nas décadas de 1960 e 1970 viria a incluir, de acordo com Kampurakis, uma ampliação do nível de proteção do *whistleblower*.[9]

---

[6] Sobre o tema ver RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico: Uma política Criminal na Era Compliance. Coimbra: Almedina, 2020. Edição Kindle. P. 1996 SPINELLI, Mário Vinicius Classen. Whistlelowing e Canais Institucionais de Denúncia. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manuel de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019. p.285.

[7] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 35- 37

[8] A proteção trabalhista do whistleblower somente viria a ser prevista, segundo KAMPOURAKIS em 1986 com introdução de menda ao FAC. Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018. p. 83

[9] Sobre o tema ver ver KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018. p. 85

Essa tendência ampliativa teria sido impulsionada, ainda, pela constatação da incapacidade do governo de lidar com os perigos gerados por inovações tecnológicas e pela publicação dos Pentagon Papers in 1971 e o Escândalo Watergate entre 1972 e 1974.

Nesse contexto, os avanços legislativos sobre a matéria desenvolveram-se com ênfase no interesse público, legitimando-se a Reforma do Civil Service Act em 1978, que instituía a proteção dos funcionários que denunciassem comportamento indevidos na Administração, e, posteriormente, a reforma do FAC em 1986, para ampliar de forma mais abrangente a proteção do *whistleblower* também no âmbito privado.

Uma mudança paradigmática, porém, se deu no começo do Século XXI, quando o instituto passou a inserir-se em um movimento de implementação de programas corporativos de *compliance*, com a instituição de canais de diálogo para que os membros das organizações apresentassem denúncias de possíveis comportamentos indevidos.[10]

Aponta-se como marco inicial dessa terceira fase o *Sarbanes Oxley Act* de 2002 (SOX), instituído em decorrência dos escândalos corporativos da década anterior (WorldCom e Enron).

O SOX teria fortalecido a posição do *whistleblower* no setor privado, condicionando a possibilidade de oferta de ações na bolsa de valores à implementação de canais de denúncia e promovendo o surgimento do *whistleblower* interno protegido pelo anonimato, além de introduzir uma robusta proteção contra retaliações, que incluía a punição criminal de empregadores pela prática de retaliação e concedia direito de ação privada aos *whistleblowers*,

A nova orientação foi corroborada pelas Federal *Sentencing Guidelines* de 2004, que previram a possibilidade de atenuação da pena da organização em razão da instituição de canais de denúncia, mecanismo que está associado ao reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.[11]

Ampliou-se ainda mais a proteção do *whistleblower* com a adoção do Dodd-Franck Act, em 2010, instituído em reação à crise financeira de 2008, com a reintrodução da recompensa financeira, em caso de violações de normas de segurança, manipulação de mercados, fraude no comércio de títulos ou qualquer violação que resultar em sanções monetárias impostas pela

[10] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p.

[11] GARCIA-MORENO, Beatriz. Whistleblowing e Canais Institucionais de Denúncia. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manuel de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019. GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 35- 37

Securities and Exchange Commission (SEC), que passou a ser o destinatário principal das informações reveladas, promovendo-se, assim, uma maior valorização do *whistleblower* externo.

A opção pelo *whistleblowing* externo denotaria, segundo Kampukaris, uma abordagem instrumental ou funcional do instituto, adotando-se um sistema no qual o objetivo principal é a obtenção da informação, ao passo que a proteção do *whistleblower* ocupa papel acessório.[12]

Além disso, o Dodd-Franck Act opta por recompensar os whistleblower independentemente da motivação do ato, permitindo a premiação de denúncias realizadas apenas buscando um benefício pessoal, já que a prioridade se encontra, como observou Garcia Moreno, na utilidade da informação.[13]

Mais recentemente, diante de questionamentos sobre a incompatibilidade do *Dodd Franck Act* com os segredos comerciais, foi introduzido um dispositivo de proteção dos *whistleblowers* no *Defend Trade Secrets Act* de 2016 (DTSA), eximindo-os de responsabilidade criminal ou civil em caso de relação de segredos industriais a oficiais governamentais e advogados com o fim de informar ou investigar uma suposta violação de lei.[14]

9. Internacionalização e evolução normativa

O modelo originário dos Estados Unidos serviu de inspiração e exemplo para a introdução do instituto na legislação internacional, assim como nos ordenamentos jurídicos internos de vários países.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2005 tem sido apontada como o marco inicial da internacionalização dos mecanismos de proteção do whistleblower.

Embora se trate de instrumento vinculante (*hard law*), a opção pela utilização de expressões vagas e sugestões e diretivas genéricas confere ao documento um caráter mais próximo de um instrumento não vinculante (*soft law*), vez que deixa ampla margem de decisão

[12] KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018. p. 85

[13] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 71.

[14] KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 107

aos países signatários no que se refere às normas internas que regulam dos mecanismos de proteção do *whistleblower*. Como observou Garcia Moreno,

> Entre as disposiciones de la Convención llaman atención, sin embargo, algunos aspectos. En primer lugar, sorprende el carácter no obligatorio que se desprende del tenor literal de estas disposiciones (y de las demás referidas a los códigos de conducta para funcionario públicos), a diferencia de lo que ocurre respecto de otras medidas preventivas recogidas en el mismo capítulo. [15]

Aponta-se, também, uma tendência de expansão acentuada no nível regional, que se inicia com a introdução da Convenção Interamericana contra a corrução, adotada em1996, (destacando-se também no âmbito americano, o desenvolvimento da Lei Modelo de Proteção de Pessoas que denunciam Atos de Corrupção pela Organização dos Estados Americanos (OEA))[16] e a Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção de 2003,[17] as quais recomendam a introdução de mecanismos de proteção de cidadãos que denunciam fraudes e corrupção nos ordenamentos jurídicos nacionais dos países signatários.

No nível Europeu, o tema é objeto de regulação, tento no âmbito do Conselho de Europa quanto da União Europeia. como parte da promoção de uma ética de integridade corporativa, inserida em um contexto de transparência e atribuição de responsabilidade.

Assim, diversos dispositivos inseridos nas Convenções Penal e Civil sobre a Corrupção, ambas de 1999, tratam da proteção do *whistleblower*.

Mais recentemente, a Recomendação (2014)7 do Comitê de Ministros abordou o tema especificamente, estabelecendo 29 princípios básicos para a regulamentação dos instituto pelos Estados, dentre os quais se destacam os seguintes: as leis de proteção dos *whistleblowers*

---

[15] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 43. No mesmo sentido KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018.

[16] DEVINE, Thomas. VAUGHN, Robert. HENDERSON, Keith. Ley Modelo Protección de personas que denuncian actos de corrupción. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/ley_modelo_protec_denun.htm. Acesso em 07/12/2020. Sobre o tema ver também ROJAS, Nash et al. Guía para la utilización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Protección de los Denunciantes de Actos de Corrupción. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2013. Disponível em https://biblio.ugent.be/publication/4265404/file/4265456. Acesso em 07 de dezembro de 2020.

[17] Sobre a influência da Convenção Africana sobre a proteção dos whistleblowers no continente ver KADDOUR, Souheil. Les lanceurs d'alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l'expérience tunisienne. La Revue des droits de l'homme [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 07 juillet 2016, consulté le 25 juillet 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2435 ; DOI :https://doi.org/10.4000/revdh.2435. Disponível em https://journals.openedition.org/revdh/. Acesso em em 07 de dezembro de 2020.

abrangem um amplo repertório de informações que são de interesse público; as pessoas devem ter acesso a mais de um canal para denunciar e revelar informação; mecanismos devem ser implementados de forma a assegurar que as denúncias recebam respostas rápidas; *whistleblowers* tem direito à confidencialidade de sua identidade, salvo se concordarem com a revelação.[18]

Além disso, alguns instrumentos específicos aplicam-se à questão, como a Resolução 1954(2013) que trata da segurança nacional e acesso à informação e a Resolução (2015)5, que estabelece a garantia de confidencialidade no caso de canais internos de denúncia.

No que se refere à União Europeia, recentes normativas da EU sobre lavagem de dinheiro e abuso de mercado (como, por exemplo, o art. 61 da Diretiva (EU) 2015/849 de 2015 do Parlamento Europeu e art. 32 do Regulamento (EU) 2015/849 de 2015 do Parlamento Europeu) indicam a criação de canais de denuncia tanto nas administrações públicas como de forma interna, nas próprias empresas.

Também foi adotada a Resolução do Parlamento Europeu de 14 de fevereiro de 2017, que trata do papel dos *whistleblowers* na proteção dos interesses financeiros da União Europeia.[19]

Em novembro de 2019, passou a vigorar a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia para a proteção de pessoas que denunciam a violação das normas da União Europeia (EU 2019/1937).[20]

A Diretiva 2019/1937 representa um avanço da normatização dos mecanismos de proteção do *whistleblower* no nível europeu, constituindo o primeiro instrumento vinculante sobre a matéria.

Entretanto, o texto da norma tem sido criticado pela amplitude e ambiguidade dos termos utilizados pelo legislador, questionando-se a imensa margem de decisão deixada pela diretiva aos legisladores nacionais.[21]

---

[18] Sobre o desenvolvimento da Res (2014)7 do Comitê de Ministros ver KRANZ, Phillip. The rationale for the Council of Europe Recommendations on the protection of whistleblowers 2014 and its implementation in member states : the view from the council of Europe. La Revue des droits de l'homme [Online], 10 | 2016, Online since 24 November 2016, connection on 07 December 2020. URL: http://journals.openedition.org/revdh/2701; DOI: https://doi.org/10.4000/revdh.2701

[19] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

[20] UNIÃO EUROPEIA. Whistleblower Directive. Disponível https://perma.cc/UR9F-9AMU. Acesso em 07/12/2020.

[21] Sobre o tema ver MASIERO, Anna Francesca. La Disciplina del Whistleblowing allá luce della direttiva 2019/1937/UE. Arquivio Penale 2020. N.2. Disponível em

Nesse contexto, a materialização da proteção dos *whistleblowers* nos ordenamentos jurídicos nacionais europeus é considerada mais lenta que o desenvolvimento da legislação dos Estados Unidos. Além disso, a introdução de mecanismos de proteção vem associada, frequentemente, com a imposição de requisitos adicionais, como, por exemplo, a boa-fé do *whistleblower*, diversamente do modelo norteamericano.

A resistência de alguns países europeus deve-se, de acordo com LOBEL, às experiências históricas de regimes totalitários. Como observou o autor,

> In comparison to the United States, Europe has been even less consistent in adopting *whistleblowing* protections than the United States. Some resistance to the American post-Enron legal protections stems from perceptions of informants in totalitarian or communist regimes, where informants were commonly used as a type of vigilante thought police.[22]

Assim, embora as molduras normativas nacionais implementadas até agora apresentem diferenças significativas entre si, pode-se identificar uma divergência no que se refere ao tratamento conferido ao instituto nos países Europeus e os Estados Unidos, apontando-se uma divisão ou, na expressão de LOBEL, um choque continental (*continental clash*),[23] embora esse contraste tenda a se reduzir com a globalização das práticas econômicas e a interconectividade entre os mercados.

Integram, ainda, a moldura normativa do instituto, diversos instrumentos não obrigatórios (*soft law)* que preveem a proteção do *whistleblower*, dentre os quais se destacam a Recomendação para a melhora do Comportamento Ético no Serviço Público de 1998, a Recomendação da OCDE de 2013 sobre a gestão dos conflitos de interesse na administração pública e a Convenção para combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais de 2009.[24]

http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=2b16d7fb-05d7-46ad-9309-e087d1905808&idarticolo=24906. Acesso em 07/12/2020

[22] LOBEL, Orly. Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations. California Law Review. ARTICLE APR 2009 VOLUME 97NO. 2. Disponível em https://www.californialawreview.org/print/1citizenship-organizational-citizenship-and-the-laws-of-overlapping-obligations/. Acesso em 07/12/2020.

[23] Ibd.

[24] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 46

10. *Whistleblowing* e direitos humanos

Também a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) tem contribuído para o desenvolvimento normativo do instituto, ao tratar do tema sob a perspectiva do direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

Assim, no caso Guja v. Moldávia, a Corte entendeu que a demissão do *whistleblower* constitui uma interferência indevida pelo poder público no direito à liberdade de expressão, previsto no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

O caso tratou da demissão do empregado do gabinete do Ministério Público em razão da revelação para a imprensa de duas cartas que, supostamente, revelavam interesse político em investigações em curso contra dois policiais que haviam prendido suspeitos de crimes relacionados às eleições parlamentares.

A Corte baseou sua decisão em uma análise tripartida da legitimidade da interferência do poder público no direito à liberdade de expressão do *whistleblower*, examinando os seguintes requisitos: i) se a interferência tinha base legal; ii) se a interferência perseguia um fim legítimo; iii) se a interferência era necessária em uma sociedade democrática.

Nesse caso, a Corte entendeu que o interesse público de ter a informação sobre a pressão política indevida sobre a investigação criminal é tão importante em uma sociedade democrática que ela supera o interesse na manutenção da confiança pública no Ministério Público.[25]Os mesmos critérios foram utilizados nos casos Bucur e Toma v. Romênia (2013)[26] e Matúz v. Hungria (2014).[27]

Entretanto, nos casos Pako v. Russia (2009), Langer v. Germany (2015) e Karapetyan e outros v. Armênia (2016), a Corte considerou válida a interferência do poder público no direito

---

[25] A CtEDH adotou os mesmos critérios em Heinisch v. Alemanha (2011). Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018. p. 237.

[26] Em Bucur e Toma v. Romênia, a Corte considerou inválida a condenação dos denunciantes, funcionários do serviço de inteligência romeno condenados por revelarem que as autoridades vinham interceptando as comunicações telefônicas de jornalistas e políticos. Sobre o tema ver. SANTORO, Daniele. The Protection of Whstleblowers in Europe. Roma: Consiglio Nazionale delleRicerche – Istituto di Ricerche sulla Popolazione e le Politiche Sociali. (IRPPS Working papers n.93/2016).

[27] Em Matúz v. Hungria, a CtEDH aplicou a proteçao ao jornalista que denuncia a prática de censura na emissora pública húngara. Sobre o tema ver .VOORHOOF, Dirk. La libertà di stampa nella raccolta di informazioni, l'accesso all'informazione e la protezione dei whistleblower in base all'art. 10 CEDU e degli standard del Consiglio d'Europa. Disponível em https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748904977-145/la-liberta-di-stampa-nella-raccolta-di-informazioni-l-accesso-all-informazione-e-la-protezione-dei-whistleblower-in-base-all-art-10-cedu-e-degli-standard-del-consiglio-d-europa. Acesso em 08 de dezembro de 2020.

à liberdade de expressão, negando proteção aos *whistleblowers*, mostrando-se mais restritiva quanto aos segredos de Estado, especialmente informações militares.[28]

11. Questionamentos e críticas

A crescente proteção do *whistleblower* na legislação internacional e nos ordenamentos jurídicos nacionais de diversos países tem sido frequentemente retratada como um fenômeno positivo que se insere numa tendência de promoção de transparência e ética democrática no ambiente corporativo e na administração pública.

Entretanto, a evolução normativa do *whistleblowing* como instrumento de prevenção de crimes nas corporações ou na administração pública tem sido objeto de diversos questionamentos e críticas.

O incentivo ao *whistleblowing* geraria, de acordo com Lobel, uma cultura de suspeita e desconfiança no ambiente de trabalho. Não existiriam, porém, evidências suficientes de que o *whistleblowing* efetivamente conduza a efeitos positivos de transparência e detecção de ilícitos, que compensme os prejuízos causados à interação no âmbito organizacional.[29]

No que se refere ao modelo de *whistleblowing* interno, tem se questionado, ainda, a eficácia preventiva dos canais de denúncia corporativos, tendo em vista a probabilidade de que as empresas, tendo ciência de antemão das informações sobre condutsa delitivas, deixem de comunicar a denúncia às autoridades.[30]

Além disso, ainda que a legislação tenha evoluído no sentido de ampliar os mecanismos de proteção do *whistleblower*, o incentivo à denuncia acabariam por submetê-lo, segundo

---

[28] Sobre o tema ver VOORHOOF, Dirk. La libertà di stampa nella raccolta di informazioni, l'accesso all'informazione e la protezione dei whistleblower in base all'art. 10 CEDU e degli standard del Consiglio d'Europa. Disponível em https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748904977-145/la-liberta-di-stampa-nella-raccolta-di informazioni-l-accesso-all-informazione-e-la-protezione-dei-whistleblower-in-base-all-art-10-cedu-e-degli standard-del-consiglio-d-europa. Acesso em 08 dezembro de 2020.

[29] LOBEL, Orly. Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations. California Law Review. ARTICLE APR 2009 VOLUME 97NO. 2. Disponível em https://www.californialawreview.org/print/1citizenship-organizational-citizenship-and-the-laws-of-overlapping-obligations/. Acesso em 07/12/2020. No mesmo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. ¿Heroes o traidores? La Protección de los Informantes internos (Whistleblowers como estratégia político-criminal). InDret 2/2006. Disponível em https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/121389/167837. Acesso em 07/12/2020. Sobre o tema, ver também CANESTRARO, Anna Carolina. As Investigações Internas no âmbito do Criminal Compliance e os Direitos dos Trabalhadores. Considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 43. KÖBEL, Ralf. Whistleblowin in Europe: Regulatory Frameworls and empirical reserach. In Routledge Handbook of white-collar and Corporate Crime. p. 427.

[30] Nesse sentido, LOBATO, José Danilo Tavares. PAULINO, Hélder Lacerda. Notas Críticas acerca da relação entre Criminal Compliance e whiltleblowing.Boletim IBCcrim. Ano 23, N; 275. Outubro/2015.

DISANT, a um conflito de injunções, quais sejam: a obrigação moral de revelar condutas ilícitas ou perigosas de interesse público e o dever de lealdade para com a organização e o receio da estigmatização.[31]

Por outro lado, assumir-se ia o risco de que o *whistleblower* veja os mecanismos de proteção como um "prêmio a ser perseguido a qualquer custo, ignorando normas sociais abstratas de relacionamento", incentivando-se um "comportamento oportunista" ou a "superveniência de inúmeras denúncias sem fundamento."[32]

Tem se apontado, ainda, no que se refere à prevenção e sancionamento dos crimes revelados por meio do *whistleblowing*, que a proteção do *whistleblower* implicaria restrições a direitos fundamentais dos acusados.

A instituição de canais de denúncia internos, no âmbito de programas de cumprimento normativo, implicariam, segundo Garcia Moreno, uma flexibilização das condições nas quais se desenvolve a investigação de fatos criminosos, com restrição considerável de garantias individuais próprias do inquérito e processo criminal.[33]

Os Estados supririam, assim, a escassez de recursos para a persecução de crimes econômicos e corporativos, utilizando-se da colaboração dos *whistleblowers* e das próprias organizações empresariais, por meio de investigações internas, realizadas de forma mais simples, com menos restrições e garantias aos implicados. Nas palavras da autora,

> La libertad de organización reconocida constitucionalmente al empresario le permite establecer los controles y las medidas que, dentro de los limites de la privacidad y la protección de datos, estime conveniente o necesarios para detectar infracciones y, además, el poder de dirección que le otorga la legislacion laboral le habilita para requerir información a sus empleados sin sujetarse a prior, a las estrictas normas del interrogatorio del proceso penal…[34]

A tendência de ampliação do instituto poderia implicar, assim, a flexibilização de princípios e garantias do direito penal, como a presunção de inocência, culpabilidade, as regras

[31] DISANT, Mathieu. Les Lanceurs D'Alerte an Droit Français. Identité, Statut, Interrogations. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 114. p. 125-137. Jan./dez. 2019.
[32] RIOS, Rodrigo Sánchez. MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade Intraempresarial, Sistema sde Denunciação interna e suas repercussões na Seara Penal: o fenômeno do whistleblowing. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 137. Ano 25 p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.
[33] GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 159.
[34] Ibd. p.160

do devido processo e da reserva de jurisdição, em razão da conjugação da proteção do *whistleblower* com os sistema de justiça negociada.

Haveria, ainda, um problema de déficit de legitimidade, na medida em que, por meio da autorregulacão, corporações isentas de conexão com a soberania popular receberiam delegação para prevenir, investigar e participar do processo sancionador de crimes.

Além disso, os mecanismos de proteção do *whistleblower* implementados por meio de previsões de redução ou isenção de pena criminal implicariam, segundo Garcia Moreno, uma renúncia do Estado à função de perseguir e punir infrações em favor de interesses privados.[35]

12. Considerações Finais

A crescente necessidade de colaboração dos *whistleblowers* na investigação e sancionamento de crimes econômicos e corporativos, especialmente no âmbito de programas de cumprimento normativo, implica a necessidade de ampliação dos mecanismos para sua proteção de retaliações e outras consequências negativas.

Construiu-se, assim, um amplo consenso sobre o *whistleblowing*, caracterizando-se o instituto como prática benéfica, que contribui não só para a prevenção e sancionamento de condutas criminosas, como também para a consolidação de valores éticos no ambiente corporativo e na administração pública, com avanças significativos para a concretização de valores democráticos.

Nesse contexto, a evolução normativa do instituto, tanto no nível internacional, quanto nos ordenamentos jurídicos nacionais, caracteriza-se pela tendência de expansão do modelo originário dos Estados Unidos, com alterações pontuais em relação a especificidades dos sistemas jurídicos nacionais, ampliando-se os mecanismos de proteção do *whistleblower*.

Também a jurisprudência tem contribuído para a ampliação do nível de proteção do *whistleblower*, notadamente no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, tendo em vista as decisões da Corte Europeia de Direito Humanos que trataram do casos de *whistleblowing* na perspectiva do direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

Entretanto, a crescente promoção das práticas de *whistleblowing* tem sido alvo de inúmeros questionamentos e críticas que carecem de desenvolvimento e respostas jurídicas.

[35] Op. cit. p.160-167.

Nessa perspectiva, aponta-se a necessidade de se averiguar a efetividade dos mecanismos proteção do *whistleblower* como instrumentos de política criminal, isto é, a real contribuição das denúncias para a investigação e o sancionamento de crimes corporativos e econômicos.

Além disso, questiona-se até que ponto o benefícios do instituto superam os efeitos disruptivos das práticas do *whistleblowing* sobre os ambientes organizacionais.

Destaca-se, ainda, a necessidade de se adequar as normas relativas ao *whistleblowing*, de forma que se impossibilitar que a proteção do denunciante acabe por importar em restrições de direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados.

Trata-se, portanto, de instituto que tende a projetar-se e expandir-se nos ordenamentos nacionais e no nível internacional, sendo imprescindível a consolidação de uma moldura teórica na perspectiva jurídico-penal que oriente a atividade legislativa no encaminhamento da elaboração do quadro normativo que regulará sua aplicação no futuro.

13. Referências

BELTRAME, Priscila Akemi. SAHIONE, Yuri. Informente do bem ou *Whistleblower*.: Críticas e necessários ajustes ao projeto. Boletim IBccrim. Ano 27, n. 117. Edição Especial - Abril 2019.

BRANDÃO, Nuno. O *Whistleblowing* no ordenamento jurídico portugês. Revista do Ministério Público 161. Janeiro: Março 2020. p. 11-113.

CANESTRARO, Anna Carolina. As Investigações Internas no âmbito do Criminal Compliance e os Direitos dos Trabalhadores. Considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

DEVINE, Thomas. VAUGHN, Robert. HENDERSON, Keith. Ley Modelo Protección de personas que denuncian actos de corrupción. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/ley_modelo_protec_denun.htm. Acesso em 07/12/2020.

GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al *Whistleblower*: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

KADDOUR, Souheil. Les lanceurs d'alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l'expérience tunisienne. La Revue des droits de l'homme [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 07 juillet 2016, consulté le 25 juillet 2020. URL: http://journals.openedition.org/revdh/2435; DOI: https://doi.org/10.4000/revdh.2435. Disponível em https://journals.openedition.org/revdh/. Acesso em 07/12/2020.

KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of *Whistleblowing* Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Lae of Freie Universität Berlin, 2018. p. 10.

KÖBEL, Ralf. Whistleblowin in Europe: Regulatory Frameworls and empirical reserach. In Routledge Handbook of white-collar and Corporate Crime.

KRANZ, Phillip. The rationale for the Council of Europe Recommendations on the protection of *whistleblowers* 2014 and its implementation in member states : the view from the council of Europe. La Revue des droits de l'homme [Online], 10 | 2016, Online since 24 November 2016, connection on 07 December 2020. URL: http://journals.openedition.org/revdh/2701; DOI: https://doi.org/10.4000/revdh.2701

LOBATO, José Danilo Tavares. PAULINO, Hélder Lacerda. Notas Críticas acerca da relação entre Criminal Compliance e whiltleblowing.Boletim IBCcrim. Ano 23, N; 275. Outubro/2015.

LOBEL, Orly. Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations. California Law Review. ARTICLE APR 2009 VOLUME 97NO. 2. Disponível em https://www.californialawreview.org/print/1citizenship-organizational-citizenship-and-the-laws-of-overlapping-obligations. Acesso em 07/12/2020.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. ¿Heroes o traidores? La Protección de los Informantes internos (*Whistleblowers* como estratégia político-criminal). InDret 2/2006. Disponível em https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/121389/167837. Acesso em 07/12/2020.

MASIERO, Anna Francesca. La Disciplina del *Whistleblowing* allá luce della direttiva 2019/1937/UE. Arquivio Penale 2020. N.2. Disponível em http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=2b16d7fb-05d7-46ad-9309-e087d1905808&idarticolo=24906. Acesso em 07/12/2020

RIOS, Rodrigo Sánchez. MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade Intraempresarial, Sistema sde Denunciação interna e suas repercussões na Seara Penal: o fenômeno do *whistleblowing*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 137. Ano 25 p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico: Uma política Criminal na Era Compliance. Coimbra: Almedina, 2020. Edição Kindle. P. 1996

ROJAS, Nash et al. Guía para la utilización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Protección de los Denunciantes de Actos de Corrupción. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2013. Disponível em https://biblio.ugent.be/publication/4265404/file/4265456. Acesso em 07/12/2020.

SANTORO, Daniele. KUMAR, Manohar. Speaking Truth to Power: a Theory of *Whistleblowing*. Cham: Springer, 2018. p. 39-42.

SPINELLI, Mário Vinicius Classen. Whistlelowing e Canais Institucionais de Denúncia. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manuel de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019. p.285.

UNIÃO EUROPEIA. *Whistleblower* Directive. Disponível https://perma.cc/UR9F-9AMU. Acesso em 07/12/2020.

VOORHOOF, Dirk. La libertà di stampa nella raccolta di informazioni, l'accesso all'informazione e la protezione dei *whistleblower* in base all'art. 10 CEDU e degli standard del Consiglio d'Europa. Disponível em https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748904977-145/la-liberta-di-stampa-nella-raccolta-di-informazioni-

l-accesso-all-informazione-e-la-protezione-dei-*whistleblower*-in-base-all-art-10-cedu-e-degli standard-del-consiglio-d-europa. Acesso em 08 de dezembro de 2020.

Dynamics of Dissent and Whistleblowing: Conceptualization and the Way Ahead

Denis de Castro Halis[1]

Resumo: O objetivo desse artigo é oferecer reflexões sobre a dissidência e sua dinâmica, com base em investigações empíricas e teóricas, e destacar as conexões entre a dissidência e a denúncia de irregularidades.

Palavras-chave: Dissidência. Denunciante. Enquadramento normativo. Sistema de proteção.

14. Introduction[1]

The dynamics of dissent (e.g. how dissent is formed, channeled, promoted, or stifled) are not sufficiently studied despite their importance in times of profound societal crises. During the 2020 pandemic, for instance, many have dissented to the restriction of their freedoms and rights carried out on behalf of public health directives, health authorities' recommendations, and supporting legal norms. Those dissenters have received strong criticism. Notwithstanding, they also provoked reflections and heated debates on the contours of fundamental rights and freedoms and their suspension or relativization during crises. Their situation is not new, however, and dissenters have often had to pay high prices for behaving in disaccord with conformist crowds, for contesting official policies and rules, or for going against majoritarian narratives. Dissenters are often seen as troublemakers, selfish, irrational, or even unpatriotic.

[1] UNESA, Rio de Janeiro, Brazil; University of Macau, Macau SAR, China; In collaboration with CECS – Faculty of Law – University of Copenhagen, Denmark.

[1] This article is based on the author's oral presentation at the International Seminar "*Whistleblowers e Justiça Negociada*" hosted by EMERJ, Rio de Janeiro, in October 2019. The author acknowledges and thanks UNESA - Rio de Janeiro – Brazil and its Post-Graduation Program in Law (PPGD) for the partial funding of his investigations, and thanks for the continuous support of Prof. Rafael Mario Iorio Filho, UNESA's Vice-Rector of Graduate Studies, Research and Community Affairs, and Prof. Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Coordinator of UNESA's PPGD program. Further, the author wishes to register a special thankful note to Professor Hanne Petersen, Director of CECS (Centre for European and Comparative Legal Studies) of the Faculty of Law of the University of Copenhagen (KU) for her continuous support, rare insightfulness, and collaboration, without which the development of the current work could not be possible. He also thanks Johanne Keiding, from the same Faculty, for her dedication and close collaboration, and KU for supporting his research on dissent and sponsoring his work trips and stays in Copenhagen, Denmark.

This article's overall aim is to offer reflections on dissent and its dynamics, based on the author's continuous and still ongoing empirical and theoretical investigations, and to highlight connections between dissent and whistleblowing. The article does not contain a strictly legal approach based on existing criminal statutes. It expresses a socio-legal and conceptual perspective useful for further tracing important parallels between dissent and whistleblowing. It is built around four core sections in which whistleblowing is seen under the light of dissent. "Dissent: a foundational rather than a disputed concept"; "Establishing the concept of dissent"; "Dissenters as potential catalysts of changes"; "Final remarks and the way ahead for dissent and whistleblowing". These sections advance the following three arguments.

The first, dissent is a much used but very ambivalent term. Its lack of clarity does not contribute to discussions about its importance and legal regulation. Such legal regulation concerns both the protection as well as the eventual restriction of certain manifestations of dissent. The same can also be argued about the term whistleblowing: its lack of clarity and diverse usage creates difficulties for its legal regulation. The second, dissent and dissenters can be important catalysts of societal changes. The same is valid for whistleblowers. The third, a whistleblower is, by definition, a dissenter who, for whatever reasons, brings to the daylight what was not known by most. It is useful, thus, to study whistleblowers in relation to dissenters.

15. Dissent: a foundational rather than a disputed concept

Given the variety of ways and contexts in which the term dissent is commonly used in daily life as well as in academic works, most of them without a specification of its exact meaning, one could well argue that it is a disputed concept. After all, one hears a multitude of types and forms of "dissent", which are not always compatible with each other. For one, the term is often used to refer to disagreement or to criticism. Further, there is a vast literature that uses the term as a synonym of concepts that are only occasionally coincidental. Illustrations of those concepts are disobedience, transgression, protest, deviance, conflict, resistance, non-*compliance*, subversion, social movement, and a range of political rights and freedoms including the freedoms of speech, association, press, and demonstration.

Indeed, the various types (e.g. political, judicial), forms (e.g. by omission or action, lawful or unlawful means), and manifestations (i.e. individual or collective, peaceful or violent) of dissent are only coincidentally equivalent to those mentioned concepts. For one, a separate

and dissenting opinion of a judge in a paneled court (i.e. a judicial dissent) in a jurisdiction that allows that to be expressed represents neither an act of disobedience, nor of transgression.

I do not consider dissent as a disputed concept though, because rather than the controversy over its meaning, there is a lack of effort to define it by the many who use the word. The word dissent is vaguely used, and this is the reason why confusion and ambivalence may rise. I prefer to see dissent as a foundational idea: at the foundation or that is the foundation of many other ideas. To define dissent means to define a term that is *the core* (rather than merely at the core) of several fundamental ideas constantly examined in scholarly works that cross different fields of inquiry. In the field of law, for instance, dissent is *the core* of fundamental political rights and freedoms including those of speech, press, demonstration, and association. These rights and freedoms are especially relevant to safeguard dissenting views and behavior.

Indeed, in the context of authoritarian regimes which, nonetheless, formally recognize those rights and freedoms, regime loyalists or conformist people whose conducts favor the regime and its officials are likely to enjoy those fundamental rights without serious challenges. This means if people wish to voice their praise to the regime or form an association to support it, those initiatives are likely to be supported rather than repressed. On the other hand, those daring to diverge are likely to encounter a repressive response when trying to voice or demonstrate their dissent or to form an association aimed at challenging the regimes' malpractices.

The concept of dissent appears and intersects several aspects of social life and human interaction. It can be categorized in types according to its predominant nature. In theory, dissent's types include religious, political, judicial, economic, epistemological, philosophical, academic, gender-related, and ecological. These types usually appear combined, though, when manifested in reality. Different fields of study and scholarship focus on the events representing the different types of dissent above. Table 1 offers a list of those broad types of dissent able to categorize individual events and situations.

TABLE 1

TYPES	
(Usually Combined In Reality)	
Predominant Nature/Substance of the Dissent	
1. LEGAL	8. PHILOSOPHICAL
2. JUDICIAL	9. ACADEMIC
3. ECONOMIC	10. EPISTEMOLOGICAL
4. POLITICAL	11. GENDER RELATED
5. CULTURAL	12. ETHICAL
6. SCIENTIFIC	13. TECHNOLOGICAL
7. RELIGIOUS	14. ECOLOGICAL

Dissent's foundational character justifies the term's usage in a variety of contexts and the importance of its close analysis. In the book "Dissent: the history of an American idea", Young offers a journey through the history of dissent in the U.S. by linking dissent with protest, civil disobedience, and social movements:

Dissent is one of this nation's defining characteristics. Every decade since the earliest days of colonization Americans have protested for just about every cause imaginable, and every time they did, defenders of the status quo denounced the protestors as unpatriotic and in more recent times as un-American. But protest is one of the consummate expressions of "Americanness." It *is* patriotic in the deepest sense. (Young, 2015, p. 2-3)

Young's characterization of dissent as a form of patriotism, rather than the contrary, becomes particularly relevant in those times of crises or in those authoritarian contexts in which the holders of political power are not willing to tolerate criticism or, even, views that diverge with the official political "mantras" or policies. Illustration of that was the official motto commonly used in Brazil during its 20-year military dictatorship, which was: "Brazil; love it, or leave it". Such a motto had a clear target: the discontent people who could eventually articulate their dissent and dare to challenge the government's policies and practices.

Dissenting voices remain being silenced around the world though. From rich to poor societies, from lay to religious, from Western to Eastern, and from "democratic" to "non-democratic", there are recent examples from across the world (Sammut, 2014; Lal, 2014; Berlet & Planansky, 2015; Beswick, 2010) on how undue restriction of those rights and freedoms have been taking place or how they have been severely threatened on numerous occasions. Police

violence, falsification of evidence against activists, the adoption or implementation of harsh criminal laws, strict surveillance schemes and social control, the efforts to legally label social movements as “gangs” and criminal associations, and just a few examples of resources used to criminalize individual and collective manifestations of dissent that are in large part peaceful and aimed at bringing to light discontent, social problems, and alternative worldviews (Lovell, 2009). The repressive power of governments restricts, thus, the political discussion and neutralizes its manifestations in the public space often seeking to characterize dissenters as harmful, troublemakers, or as dangerous elements.

The possibility of dissenting, which is closely connected to the freedom of expression and that of demonstration, is not only threatened in times of crises or in authoritarian settings, though. That same country of Brazil, decades after its military dictatorship period between 1964 and 1985, which currently have an arguable democratic institutional architecture and practices, may illustrate the argument. In 2013 and 2014, excessive police violence was seen against a wave of massive protests, mostly peaceful. The protesters were particularly showing their grievances against government corruption and the allocation of resources related to the 2014 Football World Cup, hosted by Brazil. It was not a time of crisis, but rather of optimism. During that period of protests and accompanying police repression, the preventive arrest of activists, including a philosophy professor, produced great controversy. The activists were allegedly planning violent street protests to take place on the day of the final game of the World Cup (Amorim; Werneck, 2015). For that, all were criminally prosecuted, and some remained free under the condition of not taking part in any public demonstration, which means not allowing their further dissent.

16. Establishing the concept of dissent

A new definition of a concept requires establishing relations between that concept under investigation and other existing and well-defined concepts. This section is relevant because the discussion and clarification of the term dissent illuminates that of whistleblowing. The previous section underscored the term’s ambivalence and its broad types, which justify its usage in various fields and contexts. It stated that many terms such as disobedience and transgression are only occasionally coincident to that of dissent. Hence, there are similarities but also important distinctions between those three terms.

Dissent is also not identical to the freedoms of expression and demonstration, which can be exercised to express conformist views that are convergent to those of many others. To dissent implies not only to have a possibility but also to make a choice to divergently speak out or behave when facing the opinions or conducts of others. Very importantly, those divergent voices or behavior need to be manifested (externally expressed or articulated). A person who "dissents" in silence without anyone knowing about it is not to be considered a dissenter. The manifestation of dissent, either by action or by omission (i.e. when an action is the expected behavior) brings it to life and generates consequences. The feelings and beliefs of the so-called "silent majorities" or groups of conformists are only relevant once and if mobilized. Such mobilization can be triggered upon the articulated behavior of a first dissenter capable of catalyzing whatever silent divergence they may have. The well-known fable "The Emperor's New Clothes" by Hans Christian Andersen illustrates the process of collective realization of a reality that was being masked and denied. Such realization only took place because of the dissent of a child who externalized the obvious: the king was naked!

Christian Andersen's story is relevant to highlight, for one, the relevance of political dissent. A single articulated political dissent can produce doubts in people's minds concerning government's acts and force increasing *accountability* from officials. Dissent or its possibility, as well as the attempt to reduce its formation, can encourage innovative and soundly-motivated political decisions in touch with people's needs and aspirations – including those of the silent conformist majority (many of whom would take no action even in face of unjust situations).

An important misconception concerning dissent is its supposed connection with criticism. Dissent does not necessarily imply criticism, but rather, a view from elsewhere (Daube, 1971, p. 784ff). Dissent offers another sense, another view, another feeling, another reason: an alternative to something that exists. An alternative view, for instance, regarding a common or majoritarian belief. Often, however, the mere manifestation of that alternative may result in some sort of loss or self-sacrifice of the dissenter. Many dissenters are conscious of such risks and still move ahead.

There is a need to further conceptualize dissent, though. The study of events, manifestations of dissent and its dynamics, and dissenters can contribute to fulfilling that need. A categorization of those manifestations of dissent and a typology of dissenters shall offer a portrait of the many facets of the concept of dissent. This is a much-needed effort for proper normative regulation of rights and freedoms related to dissent. Further, that effort is arguably

more relevant than contemporary debates concerning what "right" or "wrong", "positive" or "negative" kinds of dissent are. An example of this debate in academia was that between Mark Tushnet and Cass Sunstein. With the article "Why societies don't need dissent (as such)", Tushnet (2012) counterargued Sunstein's book "Why Societies need dissent" (2003) by sustaining that societies need dissent of the right kind, rather than dissent as such.

A problem with the use of those dualistic qualifications when referring to dissent is the inherent difficulties to define or find any broad consensus about what "positive" or "right" dissent is. Who is to define that and how that can be defined in practice? Governments can adopt and promote this sort of classification. By doing so, they can promote or silence (by repression) certain dissenting perspectives. That is not truly desirable, though, and that may have an impact on democratic ideals and people's fundamental rights.

An additional challenge to the classification of dissent in dualistic categories of moral substance is the fact that dissent is a relational and contextual concept. An opinion or behavior might be divergent and more or less acceptable depending on their position within an expected order of things (political, social, cultural, legal…), within existing power struggles, and within the dimensions of time and space. Abrupt regime changes can convert conformist individuals, previously in favorable societal positions, into persecuted individuals and who could evolve to dissenters. Hence, political and legal regimes can make dissenters. People who believe and deploy violent means to advance their goals are considered terrorists in some contexts, while possibly being considered as freedom fighters in others. Dissenters, and for that matter, whistleblowers, can be seen both as heroes and as criminals. The following section further elaborates and illustrates this argument.

17. Dissenters as potential catalysts of changes

Young's book (2015) cited in a previous section[2] reflects the realization of a historian who noted the centrality of dissent in the context of U.S. history. Dissent is not "an American idea" though, and it has been a catalyst of changes in many places, settings, and time periods. Socrates, Galileo Galilei, and Joan of Arc are important historical examples suggesting that time and circumstances are important references to understand the concept of dissent and the role of dissenters (during their lives but also after their deaths). Joan of Arc, for one, was burnt

[2] "Dissent: a foundational rather than a disputed concept".

alive as a heretic in 1431 and in 1920, almost 500 years later, was made a Saint by the same Church. These well-known historical illustrations bring to light the ways that the present and future may vindicate past dissent.

Other dissenters from across the world have paid high prices for speaking out when others silenced. Some led struggles that originated radical societal transformations. In important cases, what started as dissent became the new norm. A few dissenters have gained great notoriety, have fostered innovation, and entered history. Some became important leaders in their societies as well as in the world scene. Many Nobel Peace Prizes laureates exemplify the point. Among them, Aung San Suu Kyi from Myanmar, Nobel Peace Prize in 1991 and Nelson Mandela from South Africa, Nobel Peace Prize in 1993. Others left their relevant marks despite their premature and avoidable deaths, like Liu Xiaobo from China, Nobel Peace Prize in 2010. He died on July 13th, 2017 when serving his latest sentence of 11 years in prison for "inciting subversion of state power". Finally, there are others who started leaving their mark from an early age. Malala Yousafzai, from Pakistan, is the youngest-ever Nobel Peace Prize laureate (at 17) in 2014. Yousafzai started her advocacy for girls' education when still a child and, at fifteen, she was shot in the head for her activism.

The study of the dynamics of dissent, which includes the conditions of dissenting and the probable motivation of dissenters, allows us to perceive the different predominant grounds guiding their behavior. Those dissenters mentioned above had their courage and value-oriented conducts recognized. They stood against what they perceived as grave injustices or wrongdoings. Their dissent can be considered as ideological, based on values and convictions, and altruistic, based on selfless concern for the well-being of others and to reach social goals related to ideals of justice. On the other hand, there could be forms of egoistic dissent or dissenters. A politically weakened president of a country who dissented from a parliament launching impeachment procedures against him would likely have egoistic grounds (i.e. to maintain his position) as the immediate and most direct motivation to dissent.

18. Final remarks and the way ahead for dissent and whistleblowing

The previous sections laid the initial theoretical notes for future comparative explorations between the concepts and phenomena related to dissent and whistleblowing. Those theoretical notes are useful to support related empirical investigations. There are important

parallels between dissent and whistleblowing, and between dissenters and whistleblowers. Whistleblowers are examples of dissenters who for whatever reason or motivation (e.g. egoistic or altruistic) disclose and bring to the daylight what was not known by most. Even one dissenter or whistleblower can make a difference by disclosing data ignored by others, by changing hearts and minds, and by fostering important changes locally and globally. Sunstein has highlighted the important role of dissenters including those who "blow the whistle":

Conformists are often thought to be protective of social interests, keeping quiet for the sake of the group. By contrast, dissenters tend to be seen as selfish individualists, embarking on projects of their own. But in an important sense, the opposite is closer to the truth. Much of the time, dissenters benefit others, while conformists benefit themselves. If people threaten to blow the whistle on wrongdoing or to disclose facts that contradict an emerging group consensus, they might well be punished. Perhaps they will lose their jobs, face ostracism, or at least have some difficult months. (Sunstein, 2003, p. 6)

Further, he sustains that, "When someone blows the whistle on government fraud or deceit, the real winners are members of the public, not the whistleblower. Legal protection of whistleblowing is an effort to ensure the free flow of information" (Sunstein, 2003, p. 98). The legal protection Sunstein mentions will never be comprehensive though, and to a large extent shall depend on the exact conduct undertook by whistleblowers and on a range of issues that go beyond legal technicalities within legal norms. The evaluation of the behavior of dissenters depends on many factors and the same happens to that of whistleblowers. The value of whistleblowing and whistleblowers is conditioned by specific settings, time, and places, which have their own impact on the way relevant legal norms are interpreted or constructed. Legal cultures are embedded in broader societal contexts and they all interfere on the dynamics of whistleblowing – including the institutional reactions that it provokes.

Much can be learned through the analysis of events in which whistleblowers were either encouraged by the force of a protective regulatory framework or, on the other hand, restrained (or eventually repressed) despite a supposedly protective regulatory framework. In other words, to investigate whether (or the extent to which) whistleblowers had to pay high prices for their actions even if not supposed to. Such events can demonstrate how conformity is valued in practice and how the dissent of whistleblowers can effectively meet strong resistance and repression.

In another work[3], I have offered a classificatory framework that is useful for analyzing instances of dissent in different settings, times, and places. That framework can be useful also for building a typology for the study of whistleblowers. The classificatory framework for events of dissent, which can be borrowed by scholars focusing on whistleblowing, include the following factors or categories. The type (e.g. political, religious, judicial), motivation (e.g. altruistic, egoistic), goal (e.g. disruptive, constructive), form of expression (e.g. peaceful, violent, concealed, overt, by action or by omission), its promoter (e.g. individual, a movement, an institution, a minority or a majority), outcome (e.g. successful, non-successful), and reaction (e.g. suppressive, supportive).

Whistleblowers are often conscious and aware of the risks and probable losses they are likely to have in their careers, personal lives, freedoms, physical integrities, and even to their own existence when choosing to break their silence. But they still do so. Whistleblowers can foster relevant changes when offering evidence that was unknown and by raising divergent or alternative viewpoints.

Besides potentially offering important alternatives to existing perspectives, dissenters and whistleblowers may strengthen the grounds of existing ones by questioning usual but thoughtless assumptions. Their behavior encourages conformist forces and people to justify their choices and re-evaluate their positions. Many dissenters and whistleblowers are likely to balance and outweigh the consequences of their behavior. Many are likely to silence themselves after such a process.

Interdisciplinary and legal scholarship must offer theoretical and empirical support to lawmakers and regulators to pass and amend laws and norms aimed at regulating dissent and whistleblowing. Scholars and officials have the common duty to challenge commonsensical negative views about dissenters and whistleblowers. Times of crisis seem to and do require unity and consensus. Such unity and consensus, however, must not disregard diversity and must value divergence.

19. Bibliography

AMORIM, Bruno; WERNECK, Antônio. "Professora da Uerj é apontada como uma das envolvidas na organização do 'Junho Negro'". *O Globo* [Brazilian Newspaper in Portuguese]

[3] The work's title is "Digitalization and dissent in legal cultures. Chinese and other perspectives". See: Halis, 2020 (forthcoming).

July 21, 2014, <http://oglobo.globo.com/rio/professora-da-uerj-apontada-como-uma-das-envolvidas-na-organizacao-do-junho-negro-13325098>, accessed Feb. 10, 2016.

BERLET, Chip; PLANANSKY, Maria. 2015. "Silencing dissent: how biased civil rights policies stifle dialogue on Israel." Tikkun, 2015. 7. Literature Resource Center, EBSCOhost, accessed April 12, 2015.

BESWICK, Danielle. "Managing dissent in a post-genocide environment: The challenge of political space in Rwanda." Development and Change 41, no. 2 (March 2010): 225-251.
DAUBE, David. "Dissent in Bible and Talmud". Calif. L. Rev. 59 (1971): 784-794.

HALIS, Denis de Castro. "Digitalization and dissent in legal cultures. Chinese and other perspectives." NAVEIÑ REET: Nordic Journal of Law and Social Research, 2020 (forthcoming).

LAL, Vinay. "State, civil society, and the right to dissent: Some thoughts on censorship in contemporary India." India Review 13, no. 3, 2014: 277-282.

LOVELL, Jarret S. Crimes of dissent: civil disobedience, criminal justice, and the politics of conscience. New York: New York University Press, 2009.

SAMMUT, Jeremy. "The progressive muzzling of the right to dissent". Quadrant 58.7/8 (2014): 22.

SUNSTEIN, Cass R. Why societies need dissent. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

TUSHNET, Mark. "Why societies don't need dissent (as such)". Dissenting voices in American society: The role of judges, lawyers, and citizens. Austin Sarat (ed.). New York: CUP, 2012, 195-208.

YOUNG, Ralph F. Dissent: the history of an American idea. New York; London: NYUP, 2015.

Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações?

Eduardo Saad-Diniz[1]

Gustavo de Carvalho Marin[2]

Resumo: Discorre-se sobre o programa de whistleblowing como técnica de investigação dos crimes empresariais, procurando apresentar os limites das demandas político-criminais em torno da institucionalização dos canais de denúncia à luz da defesa dos direitos humanos e do regime democrático de direito.

Palavras-chave: Whistleblowing – inovações legislativas – política criminal empresarial – liberdade de expressão – *accontability*

---

20. Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing

Até bem pouco tempo atrás, as técnicas de investigação policial de infrações ou crimes no sistema de justiça criminal brasileiro dependiam primordialmente de informantes informais e instrumentos de interceptação telefônica para o "enfrentamento da criminalidade organizada". Isso já não é mais assim. Mas não apenas porque a criptografia dos *softwares* tem superado a capacidade das investigações. A mudança se deu porque o sistema de justiça criminal brasileiro, notadamente na última década, passou a se ocupar da criminalidade empresarial. A expansão dos mercados trouxe consigo demandas pela internacionalização das estratégias de regulação e controle social da atividade empresarial, com ênfase na promoção de novas estruturas de governança corporativa e soluções de *compliance*. Dentre as soluções de *compliance*, há certo destaque nos programas de *whistleblowing* (WB), na expectativa de que possam promover

[1] Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e do Programa de Integração da América Latina da USP (FDRP/PROLAM/USP), Brasil. Bolsista Produtividade CNPQ

[2] Professor de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), campus Ituiutaba. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)

melhor articulação entre particulares, empresa e Estado, na exata medida em que prometem melhorar o nível de informações sobre o exercício abusivo da liberdade de ação empresarial[1].

Por um lado, difunde-se a ideia de que os programas de WB seriam a saída preferencial para aumentar o nível de detecção de infrações econômicas no âmbito corporativo, viabilizando a internalização de estratégias de obtenção de informações[2]. Por outro, o que se debate é a possibilidade de utilizar os mecanismos de denúncia como estratégia de defesa de regimes democráticos, como um relevante instrumento de defesa em face de violações de direitos humanos ou, ainda, como "catalisador de dissenso" e promoção da ética negocial[3].

De fato, os programas de WB remontam originalmente a políticas regulatórias norte-americanas, a partir de mercados caracterizados por mais complexas estruturas societárias, com maior incidência de empresas de capital aberto[4]. Dada a capilaridade das organizações empresariais, as formas de exercício do controle do comportamento abusivo e a detecção de infrações econômicas ou violações éticas demandam o desenvolvimento de alternativas. O problema é que, no Brasil, onde se apresenta um modelo de governança majoritariamente determinado por empresas de capital fechado – e certo protagonismo de empresas familiares – , as práticas de WB são limitadas e podem mais levar a distorções – e a consequente necessidade de verificação judicial[5] – do que resultados mais efetivos em torno da melhoria do ambiente

[1] É verdade que a persecução penal, tradicionalmente considerada, pode ser interpretada teoricamente como uma "luta por informação": de um lado, autoridades que pretendem ter acesso a informações dos sujeitos investigados e mantê-las juridicamente válidas; de outro, atores privados que buscam controlar o fluxo, alcance e qualidade dessas informações, influenciando também as narrativas que as traduzem e orientam sua interpretação. Adán Nieto Martín, 'Internal investigations, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process', in Stefano Manacorda, Francesco Centonze e Gabrio Forti (eds), Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model (Springer 2014) 70-72. Sobre a disparidade na alocação de recursos entre o setor privado e as autoridades públicas, William S. Laufer, 'A Very Special Regulatory Milestone' (2017) 20(2) University of Pennsylvania Journal of Business Law 392-428.

[2] Andrew Call *et al.*, 'Whistleblowers and outcomes of financial misrepresentation enforcement actions' (2018) 56 Journal of Accounting Research 123-171. Apesar disso, há escassas evidências sobre a efetividade dos programas de WB, Stephen Stubben e Kyle Welch, 'Evidence on the use and efficacy of internal whistleblowing systems' (2020) 58 Journal of Accounting Research 473-518; também em Alexander Dyck, Adair Morse e Luigi Zingales, 'Who blows the whistle on corporate fraud?' (2010) 65(6) The Journal of Finance 2213-2253. O mesmo se dá na correlação entre as infrações detectadas no âmbito corporativo e as investigações criminais, demonstrando baixa articulação entre setor privado e autoridades públicas, Eugene F. Soltes, 'The frequency of corporate misconduct: public enforcement versus private reality' (2019) 26 Journal of Financial Crime 923-937.

[3] Kate Kenny e Alexis Bushnell, 'How to whistle-blow: dissensus and demand' (2020) 164 Journal of Business Ethics 643-656.

[4] John Coffee Jr., 'Theory of corporate scandals: why Europe and US differ' (2015) 21 Oxford Review of Economic Policy 198-211.

[5] Em modelos de Estado cuja estrutura constitucional desafia os responsáveis pelas decisões jurídicas a um constante exame dos níveis de afetação de direitos fundamentais em decorrência de suas intervenções, a obtenção dessas informações implica uma série de encargos adicionais à autoridade pública. Mesmo nas

ético empresarial. No lugar da defesa de regimes democráticos frágeis, dando visibilidade à cumplicidade corporativa com sistemáticas violações de direitos humanos, não deixa de ser razoável pensar que, em função do contexto do sistema de justiça criminal brasileiro, os programas de WB podem facilmente ser reduzidos à mercancia de informações.

À sua vez, a estruturação de deveres de denúncia nas investigações corporativas e o referencial valorativo da "confiança" nas informações têm pouco ou nenhum sentido operativo para o sistema de justiça criminal. Na falta de medidas objetivas que conduzam a interpretação deste fluxo de informações, ficam esvaziados os programas de WB e, por conseguinte, sensivelmente afetada a idoneidade dos programas de *compliance*. Ou, na ausência de evidências em nível mais adequado de complexidade sobre a verificação constitucional dos direitos fundamentais no ambiente empresarial, a cooperação entre empresa, particular e Estado termina por ser reduzida a estratégias de defesa corporativa[6], de tal forma que "a mentalidade obsessiva pela moralização dos costumes empresariais acaba resultando em coerção severa, colaboração incongruente, obsessão pelo comportamento corporativo antissocial e dificuldade na estruturação normativa de relações comerciais orientadas por comportamento prossocial"[7].

Tomados esses pressupostos, este ensaio tem por finalidade elaborar uma mais consistente delimitação das justificações político-criminais em torno da institucionalização dos canais de denúncia, aliada a uma compreensão crítica dos problemas de legitimação e desafios de efetivação presentes em cada uma dessas linhas de entendimento. Para tanto, após um esforço de delimitação conceitual dos programas de WB (2), são analisadas: inicialmente, a justificação dos canais de denúncia como estratégias de controle da criminalidade econômica e

---

hipóteses de investigações tradicionais, contextos democráticos exigem do sistema de justiça criminal a definição de estratégias que sejam, ao mesmo tempo, efetivas e constitucionalmente adequadas. Mais sobre, Fernando Andrade Fernandes, 'Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais' in Manuel da Costa Andrade *et al* (org), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (Ed. Coimbra 2003), 53-83; e Fernando Andrade Fernandes, *O processo penal como instrumento de política criminal* (Almedina 2001) 53-77.

[6] Afinal, se a autenticidade da atitude colaborativa da organização é compreendida por autoridades fiscalizadoras como um dos critérios orientadores da persecução penal, parece estratégico que empresas se adiantem na busca e manejo dessas informações de potencial interesse ao sistema de justiça criminal – *e.g.*, criando as condições para que seus empregados comuniquem internamente, com segurança e confidencialidade, conhecimento sobre determinada conduta ilegal ou antiética levada a cabo em seu ambiente de trabalho. Cfr. John Hasnas, *Trapped*: when acting ethically is against the law (CATO 2006) 82. Veja-se também William S. Laufer, 'Corporate prosecution, cooperation, and the trade of favors' (2002) 87 Iowa Law Review 123-150. Em sentido semelhante e com ampla discussão em matéria comparada, Susana Aires de Sousa. 'A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou "troca de favores"?' (2019) 158 Revista do Ministério Público 9-36.

[7] Eduardo Saad-Diniz, *Ética negocial e compliance* (Thomson Reuters Revista dos Tribunais 2019) 180.

prevenção de crises financeiras, e que integram uma gama mais ampla de tecnologias de *compliance* (2.1); na sequência, as teses que buscam fundamentar os mecanismos de WB com base em direitos humanos, constituindo-se ainda como instrumento de defesa das democracias (2.2); e, a título de provocação científica, a possibilidade de o WB acabar por concretamente se desenvolver como mercancia de informações e veiculação de interesses particularistas, desafiando a uma autoavaliação as teses que vinculam canais de denúncia sempre à defesa do interesse público (2.3). Ao final, o trabalho busca especificar a discussão a partir da experiência brasileira com o WB, mais especialmente as inovações na matéria advindas da Lei n. 13.694/2019, popularmente conhecida como "Projeto Anticrime" (3). Adotando a revisão de literatura como principal técnica de pesquisa, o trabalho recorre ainda ao método comparado, de modo incidental e não sistemático, para observar determinados aspectos dos referenciais regulatórios norte-americano e europeu.

21. Determinação conceitual e as justificações em torno dos programas de WB

É muito importante que haja clareza sobre o conhecimento convencional a respeito deste cenário internacional em que se opera o programa de WB. Conceitualmente, pode ser compreendido como "a divulgação, pelos membros (antigos ou atuais) de uma organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, sob o controle de seus empregadores, a pessoas ou organizações que possam ser capazes de efetuar uma ação"[8]. O relato, por sua vez, pode se dar internamente à organização (*WB interno*, entendido como aquele realizado diretamente a um superior hierárquico, ou utilizando-se de *hotline* dedicada ao recebimento e processamento de alertas); ou, ainda, a um agente alheio à organização à qual pertence o informante (*WB externo*, cujos exemplos mais evidentes consistem na comunicação diretamente às autoridades e, em algumas realidades jurídicas e sob determinadas condições, a órgãos de imprensa)[9]. Nos últimos

[8] Janet P. Near e Marcia P. Miceli, 'Organizational dissidence: the case of whistle-blowing' (1985) 4(4) Journal of Business Ethics 1-16. Mais sobre, cfr. Petter P. Jubb, 'Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation' (1999) 21 Journal of Business Ethics 77-94.

[9] Sobre isso, cfr. Beatriz García-Moreno, *Del alertador al whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia* (Tirant lo Blanch 2020) 31 e ss. Mais do que meramente teórica, essa categorização possui uma dimensão prática significativa. A escolha por um receptor *interno* ou *externo* da comunicação pode influenciar, dentre outros fatores: o tipo de resposta dada pela organização em que o desvio ocorreu; a espécie e a gravidade da retaliação eventualmente imposta ao *whistleblower*; e, a depender do concreto ordenamento jurídico nacional, o grau de proteção jurídica conferido ao denunciante. Nesse sentido, cfr. Terry M. Dworkin e Melissa S. Baucus, 'Internal vs. external whistleblowers: a comparison of whistleblowering processes' (1998) 17

anos, notadamente a partir do Plano de Ação do G-20 Anticorrupção da OCDE, acredita-se que o programa de WB seria o instrumento de melhoria dos indicadores de integridade, *accountability*, confiança e tolerância na gestão pública e privada. Desde então, *whistleblower* é: ou *(i)* aquele que age para revelar, e eventualmente contribuir com a previsão, de comportamentos antissociais potencialmente danosos, sobretudo a terceiros; ou *(ii)* aquele que, na posse de evidências, deve convencer sobre a razoabilidade de sua denúncia[10]. Já em suas primeiras manifestações, "tocar o apito" é considerado um ato de interesse público, uma deliberação não-obrigatória de evidenciar (*disclosure*) uma conduta suspeita.

Teoricamente, entende-se que a proteção do *whistleblower* é a última linha de defesa do interesse público e o caminho para elevar a qualidade moral da gestão dos negócios. De modo um tanto acrítico, interesse público se faz confundir aqui com o interesse do cidadão informante. Essa confluência narrativa que fundamenta os mecanismos de WB e justiça negociada é, no entanto, acompanhada de sérios questionamentos com relação a falta de transparência na negociação e celebração dos acordos; ausência de um maior envolvimento e escrutínio por parte do público; desproporcionalidade dos mecanismos sancionatórios; dificuldade de se estabelecer critérios de efetividade para os pactos firmados, bem como de se demonstrar o atingimento desses standards.[11] Todavia, os questionamentos acerca do real atendimento ao interesse público acabam sendo eclipsados pela poderosa retórica de moralização das organizações – em especial, pela aposta de que uma ênfase em referenciais individuais de orientação decisória poderá conduzir a novos padrões de ética nas instituições.

É dessa perspectiva que parece advir a caracterização dos programas de WB como estratégias de "limpeza de consciência" (*conscience cleansing*)[12]; raciocínio que, interpretado

---

Journal of Business Ethics 1281-1298 (1282); e, listando outros motivos científicos para tal classificação, Marcia P. Miceli, Janet P. Near e Terry M. Dworkin, *Whistle-blowing in organizations* (Routledge 2008) 8 e ss.

[10] Analisando essa tendência de se limitar o estatuto de *whistleblower* a sujeitos que "actúen con el convencimiento de que los hechos que comunican son ciertos", excluindo-se alertas sabidamente incertos ou fraudulentos, , García-Moreno (n 10) 77-78.

[11] Garret faz menção ainda a críticas no sentido de ausência de um adequado management accountability na operacionalização dos acordos. Entendemos ser questionável, contudo, a ênfase excessiva na responsabilidade individual como fator de indução de transformações organizacionais e coletivas mais amplas. Independentemente dessa controvérsia, Garret propõe em seu texto interessantes critérios para verificação do interesse público na celebração dos acordos. Brandon L. Garret, 'The public interest in corporate settlements' (2017) 58(5) Boston College Law Review 1484-1543 (em especial 1525-1537).

[12] Anthony Heyes e Sandeep Kapur identificam grandes eixos teóricos no que concerne à motivação dos programas de WB: *(i)* a "limpeza de consciência" (*conscience-cleansing*), consistente na dificuldade ou incapacidade do sujeito de, como princípio, silenciar ou ser cúmplice em face de atividades moralmente questionáveis; *(ii)* a motivação *welfarista*, cujo lastro seria um cálculo prospectivo de custos e benefícios

inversamente, implicitamente carrega um juízo moral de censura àquele que opta por não "soar o apito". Como se todo ato de WB fosse eticamente virtuoso, e como se todo relato fomentasse a *transparência institucional* e a *liberdade individual* enquanto valores estruturantes de instituições em ambientes democráticos. Tais generalizações narrativas precisam ser submetidas a uma crítica científica mais apurada, cotejando-as com a possibilidade de, em alguns contextos, os mecanismos de WB serem utilizados oportunisticamente – *i.e.*, utilizando-se o denunciante de vantagens informacionais para promover particularismos pessoais ou econômicos.

21.1 Justificativa político-criminal: "primeira linha de defesa" de prevenção a crises financeiras

Há mesmo quem acredite o "11 de setembro" e o *too big to fail*, cada um a seu modo, seriam marcos históricos da intensificação de práticas de WB no mercado dos EUA. O efeito moralizante aqui quer fazer crer que que a imprevisibilidade e a irreversibilidade do dano engajam as pessoas na prevenção às infrações econômicas. Embora as origens do atual protagonismo dos programas de WB remontem à segunda metade do século XX, nos EUA, a virada dos anos 2000 produziu um processo de robustecimento e reconfiguração dos canais de denúncia.[13]

As fragilidades de governança e regulação que condicionaram a derrocada das gigantes empresariais *Enron* e *WorldCom* acabaram por impulsionar todo um discurso[14] em defesa da adoção de "efetivas medidas de *compliance* corporativa" como estratégia de evitação de infrações nas organizações. Porém, não fica claro se e como o sistema de justiça criminal

sociais derivados da revelação do evento, especialmente no sentido de fazer cessar uma má prática e promover mudanças de robustecimento institucional; e *(iii)* o "desejo de punir" (*desire to punish*), ou seja, o intento de prejudicar um superior ou um colega de trabalho por razões diversas. Anthony Heyes e Sandeep Kapur, 'An economic model of whistle-blower policy' (2009) 25(1) Journal of Law, Economics, & Organizations 157-182.

[13] Ramon Ragués I Vallès, *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal* (Marcial Pons 2013) 24. Em verdade, costuma-se atribuir como experiência embrionária do *whistleblowing* as chamadas *qui tam actions* dos Estados Unidos, com base na *False Claims Act* promulgada ainda em 1863 – posteriormente revisadas em diversas emendas, nos anos de 1986, 2009 e 2010. Não obstante as variações no decorrer do tempo, o princípio das *qui tam actions* permaneceu razoavelmente similar. Em linhas gerais, caso um *whistleblower* tenha conhecimento de fraudes praticadas por atores privados contra o governo, pode o denunciante iniciar ação judicial em desfavor destes *players* particulares, assim agindo *em nome* do poder público norte-americano (o qual pode, posteriormente, intervir no processo instaurado).. Em contrapartida, ao *whitsleblower* se atribui porcentagem dos valores finais da condenação, em caso de efetividade da denúncia. Mais detalhes podem ser conferidos em García-Moreno (n 10).

[14] Andrew Weissmann e David Newman, 'Rethinking criminal corporate liability' (2007) 82(2) Indiana Law Journal 411-451 (441 e ss.)

brasileiro, nesse estágio ainda bastante embrionário de internalização dos programas de *compliance*, poderia superar as fragilidades e a inefetividade que William Laufer já há alguns anos apontava sobre o *compliance game* na experiência norte-americana. Um "jogo" de "aparências institucionais", de resultados ambíguos ou pouco expressivos em termos de mudança substancial no comportamento ético empresarial, o qual, no entanto, acomoda os interesses de legitimação formal da indústria de *compliance* (empresas, comerciantes de *compliance consultancy*, ou mesmo autoridades responsáveis pela supervisão e *enforcement*)[15].

A adoção de política regulatória austera como forma primária de resposta estatal a crises financeiras atende a uma série de justificações: *(i)* a uma maior interação funcional entre público e privado na prevenção às infrações econômicas, impulsionando a institucionalização dos programas e tecnologias de *compliance* nas organizações; bem como *(ii)* a uma crença de que poderia se obter uma mais efetiva indução dos comportamentos econômicos mediante uma combinação entre ativismo regulatório e reforço punitivo[16]. Não impressiona que informantes

[15] "Eu classifico o que nós fazemos nos Estados Unidos como compliance game, porque não estou de todo convencido de que o objetivo de toda a confusão regulatória sobre o Bank of America, J.P. Morgan, HSBC e Goldman Sachs, tenha muito a ver com o controle dos mecanismos de crescimento econômico, que devem funcionar em conformidade com a lei – ou fazer justiça, em caso de infração normativa por parte da empresa. O compliance game é, realmente, um termo impróprio. É, contudo, um jogo sutil, em que as aparências institucionais são projetadas para maximizar a legitimidade ou uma aparente legitimidade de cada jogador institucional. [...] Reformas seguidas de escândalos servem como uma legitimação aparente da regulação. Mas essas reformas são livremente alteradas, comprometidas, se não evisceradas pelos interesses negociais – com a cumplicidade dos reguladores". William S. Laufer, 'O *compliance game*' in Eduardo Saad-Diniz, Dominik Brodowski e Ana Luíza de Sá (orgs), *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira* (LiberArs 2015) 61-62.

[16] Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal* (D'Plácido 2017) 36-37. Daí a *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* ter sido editada em 2002, nos Estados Unidos, como reação jurídica à crise derivada de falhas sistêmicas dos chamados *gatekeepers*, orientando-se no sentido de introduzir mudanças significativas em termos de governança corporativa por parte de empresas de contabilidade, bem como de companhias com valores mobiliários publicamente comercializados no mercado norte-americano, cfr. Roland Hefendehl, 'Enron, WorldCom, and the consequences: business criminal law between requirements and the hopes of crime policy' (2004) 8(1) Buffalo Criminal Law Review 51-88. Hefendehl analisa ainda que, não obstante as críticas à *SOX* nos anos subsequentes à sua publicação, seus defensores mantinham-se convencidos de seu papel central no processo de recuperação econômica; e, especialmente, "de que os investidores recuperaram sua confiança no mercado de ações após a Lei" (p. 53, tradução livre). Uma de suas determinações consistiu, precisamente, na obrigatoriedade de canais internos de denúncia no âmbito dos comitês de auditoria das mencionadas companhias; fixando, ainda, uma série de estratégias de proteção ao *whistleblower* contra retaliações, inclusive mediante o reforço do direito penal. Anos depois, em 2010, seria publicada *Dodd-Frank Act*, em resposta a *novos* escândalos financeiros que *voltaram* a compor a agenda pública norte-americana e global. Ante a crise dos *subprimes* a partir de 2008, dobrou-se a aposta na austeridade regulatória e no protagonismo dos mecanismos de denúncia de desvios organizacionais. Todavia, em vez de *hotlines* internas às empresas, a *Dodd-Frank Act* estabeleceu uma ponte direta entre *whistleblower* e autoridade reguladora (*Securities and Exchange Commission – SEC*), assegurando vultosas recompensas financeiras ao informante no caso de condenação do denunciado. Uma síntese analítica dos dispositivos específicos de institucionalização dos canais de denúncia e proteção ao *whistleblower*, em cada uma dessas leis, pode ser encontrada em Martin T.

sejam frequentemente denominados a "primeira linha de defesa" contra desvios organizacionais. Repõe-se a ideia de que o contato mais direto e constante de empregados com informações confidenciais de suas instituições os torna instrumentos privilegiados de prevenção de delitos no âmbito corporativo; e, nesse sentido, das próprias crises econômicas ensejadas por desvios corporativos de grande monta[17].

Entretanto, essa relação entre diretrizes governamentais favoráveis ao *"disclosure*" e a adoção pelas organizações de mecanismos de obtenção de informações apresenta uma série de complicações éticas. Sobre isso, John Hasnas analisa que é verdade que, principalmente no cenário regulatório pós-anos 2000, empresas têm o dever ético de levar a cabo uma autoavaliação, a fim de assegurar o cumprimento de obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre sua atividade. Todavia, se esse *self-assessment* é realizado, e dele resulta a detecção de atividade potencialmente ilícita, a empresa se vê diante de um dilema: ou revela a informação ao governo, aumentando os riscos de sua própria persecução criminal e responsabilização civil; ou, sujeitando-se a uma outra dimensão de riscos econômicos e jurídicos, decide *não* revelar uma informação descoberta internamente – mas que pode, posteriormente, acabar vindo a público. O ponto é que esse sentimento de aversão ao risco pode conduzir a resultados concretos diversos do pretendido pelas autoridades fiscalizadoras que pensaram o panorama regulatório, a exemplo da não implementação de mecanismos de autoavaliação organizacional. Segundo a interpretação de Hasnas, na hipótese de organizações não realmente se esforçarem para descobrir más práticas internas, é possível que tais desvios jamais sejam descobertos; e, caso o sejam, haverá a possibilidade de a organização cooperar, mitigando sua responsabilidade jurídica em virtude de seu comportamento pós-delitivo[18].

Biegelman e Joel T. Bartow, *Fraud prevention and internal control: creating a culture of compliance* (John Wiley & Sons 2012) 260 e ss.

[17] "Those employees who choose to disclose evidence of wrongdoing – most commonly known as 'whistleblowers' – are the first line of defence against problems that, unaddressed, could cost millions of dollars to remedy, claim innocent lives, and devastate the environment, public health and safety". Dana L. Gold, 'Whistleblowers: the critical link in corporate accountability' in Stephen Tully (ed), *Research handbook on corporate legal responsibility (*Edward Elgar 2005) 254-270. Mais recentemente, o *All Party Parliamentary Group* no Reino Unido classificou *whistleblowers* como "the first line of defence against crime, corruption and coverups". Cfr. All Party Parliamentary Group, '*Whistleblowing:* the personal cost of doing the right thing and the cost to society of ignoring it' (London 2019) <https://www.appgwhistleblowing.co.uk> acesso em 01 abr. 2020.

[18] HASNAS (n 7) 82-83.

Eugene Soltes observou que os canais de denúncia podem constituir-se em poderoso instrumento na detecção de comportamentos inapropriados[19]. Esse raciocínio recomenda cautela com relação à real capacidade dos mecanismos de WB, se seria mesmo o caso de que efetivamente possam figurar como "primeira linha de defesa" contra infrações econômicas e crises financeiras. Em outro sentido, Janet P. Near e Marcia P. Miceli optam por definir a efetividade dos canais de denúncia a partir de outro referencial: "a medida em que a prática (ou omissão) questionável ou imprópria é terminada, ao menos parcialmente, devido ao *whistle-blowing* e em um razoável espaço de tempo" – o que, de certo modo, não contraria a orientação *retrospectiva* dos canais de denúncia. Quais os efeitos no longo prazo proporcionados por *hotlines* já há um certo tempo estruturadas, especialmente em termos organizacionais e de governança, é algo que segue carente de mais consistente escrutínio científico. Em verdade, ainda em 1995 e muito antes do *boom* da indústria do *compliance* no Brasil, Near e Miceli já alertavam que, em muitos casos, o "*whistleblowing* é inefetivo em criar mudança [organizacional] e, nos piores cenários, beneficia a ninguém e injuria a muitos, inclusive o *whistleblower*, que pode sofrer retaliação". Daí as autoras já preconizarem que não deveria "ser prescrito como panaceia […] até sabermos algo sobre as condições sob as quais o *whistleblowing* de fato funciona com efetividade"[20].

As poucas pesquisas realizadas na área, ainda que produzidas no setor privado, dão conta da baixa maturidade do WB no ambiente empresarial brasileiro. Pesquisa recente elaborada pela KPMG, mesmo que concentrada em ambiente altamente regulado (como instituições financeiras e mercado financeiro), revelou que não chegam a mais do que 40% as empresas que autodeclaram possuir um *hotline* com mais de cinco anos de duração. A efetividade do canal de denúncias resume-se a relatos sobre a "confiança no uso do canal por parte de colaboradores, funcionários e terceiros". A pesquisa sustenta-se na volumetria dos relatos ("48% das empresas afirmam que recebem mais do que 37 relatos por ano"), mas nela não há uma palavra sobre a qualidade do relato, que tipo de comportamento, a qualidade dos mecanismos sancionatórios ou como isso expressa comportamento ético. E isso para nem falar

[19] Eugene F. Soltes, 'Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms' (2018) 14(3) NYU Journal of Law & Business 965-1011 (978). Em sentido semelhante, Brandon L. Garrett e Gregory Mitchell, 'Testing Compliance' (2020, forthcoming), Law and Contemporary Problems <https://ssrn.com/abstract=3535913> acesso em 12 jul. 2020.

[20] Janet P. Near e Marcia P. Miceli, 'Effective whistle-blowing' (1995) 20(3) Academy of Management Review 679-708.

sobre os desafios do dever de denunciar, anonimato, proteção de interesses de terceiros, sigilo e confidencialidade. O estado da arte no Brasil despreza avanços nas ciências avaliativas sobre os *hotlines* e a análise do retorno dos investimentos em WB. Desconhecemos os benefícios da autorregulação e a utilidade das práticas de WB no âmbito dos programas de *compliance*[21].

É necessário melhor ordenar as medidas de *enforcement* privado. A transferência de atribuições investigativas e sancionatórias às corporações privadas não foi acompanhada de métricas avaliativas seguras, e menos ainda de mecanismos sólidos de verificação de direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos no conflito – no caso de fatos detectados por meio de WB, tanto dos denunciantes como dos denunciados[22]. Mecanismos de monitoramento e controle são partes relevantes de programas de *compliance*, mas, conforme analisa Marc Engelhart, "precisam ser implementados de modo que não prejudiquem um ambiente corporativo produtivo, inovador e respeitador da lei (*law-abiding*)"[23]. Se desapegados de uma fundamentação em ética organizacional, instrumentos de WB podem acabar contribuindo à consolidação de um clima de denuncismo e desconfiança generalizada; por conseguinte, prejudicando performances individuais, naturalizando estratégias ostensivas de vigilância e, em última instância, vulnerando direitos[24].

21.2 Programas de WB como defesa de regimes democráticos

Desde a perspectiva da filosofia política, os mecanismos de WB encontram justificações cuja base é sua sensível relação com a consolidação de instituições democráticas[25]. Em grande medida, essa linha de pensamento remonta às próprias origens das formas jurídicas mais contemporâneas de WB nos anos 1960 e 1970 nos Estados Unidos; mais precisamente, na conformação de uma moralidade coletiva *pós-Watergate*, produto histórico de um processo impulsionado pela atuação de *whistleblowers* na revelação pública de casos de abuso

[21] KPMG, *Pesquisa: perfil do hotline no Brasil* (KPMG 2019) <https://kpmgbrasil.com.br/news/5429/canal-de-denuncias> acesso em 10 jan. 2020. De breve publicação, Eduardo Saad-Diniz e Mariana Urban. 'Análise qualitativa dos programas de *compliance* no Brasil (2014-2019)'. Amplamente sobre, Eduardo Saad-Diniz (n 8) 125 e ss.

[22] García-Moreno (n 10) 145 e ss. Em sentido similar, com ênfase nos desafios de legitimação jurídica das *internal investigations*, cfr. também Ana María Neira Pena, 'La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal. El peligro para los derechos de los trabajadores' in Eduardo Saad-Diniz, Dominik Brodowski e Ana Luíza de Sá (orgs), *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira* (LiberArs, 2015) 147-163,

[23] Marc Engelhart, *The nature and basic problems of compliance regimes* (Max-Planck-Gesellschaft 2018) 18 <https://www.mpicc.de> acesso em 05 nov. 2019.

[24] Saad-Diniz (n 8) 170-171.

[25] Daniele Santoro e Manohar Kumar, *Speaking truth to power – a theory of whistleblowing* (Springer 2018) 3.

governamental e corporativo[26]. É interessante a leitura que Pierre Rosanvalon faz de como esses mecanismos de denúncia integram uma renovada concepção das democracias, notadamente a partir de uma tentativa de se extrair um sentido positivo da *desconfiança* social com relação aos sujeitos e instituições detentoras do poder. Diante da mobilização social para superar o déficit entre *legitimação* institucional e perda da confiança popular, os programas de WB fazem parte de um complexo de contrapesos institucionalizados, desenvolvidos justamente para compensar uma confiança pública erodida em virtude de sucessivos problemas de gestão pública e agressividade corporativa. Canais de denúncia se constituiriam, nessa perspectiva, em estratégias de reversão desse cenário, visando uma "organização da desconfiança" que canalizasse esta última de um modo mais construtivo às ordens democráticas mesmas[27].

Programas de WB costumam encontrar seus fundamentos também no direito à liberdade de expressão, estendido para contemplar a proteção jurídica a *whistleblowers* enquanto sujeitos de direito participantes da vida social. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em mais de uma oportunidade, entendeu que práticas de retaliação ou constrangimento a informantes constituem uma violação ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispositivo que protege a "liberdade de opinião" e de "receber ou transmitir informações ou ideias", justificando-se apenas quando presentes determinadas circunstâncias no caso concreto.

A título exemplificativo, em *Guja vs. Moldávia*, *leading case* julgado em 2008, a CEDH fixou seis critérios para determinar a legitimidade da interferência, por parte dos poderes públicos, na liberdade dos sujeitos de revelar informações sobre más práticas cometidas no âmbito das organizações e seu ambiente de trabalho. Em síntese, entendeu-se que a restrição estatal *não* estaria legitimada sempre que: *(i)* o indivíduo não dispusesse de outros meios idôneos para divulgar a informação; *(ii)* houvesse interesse público na divulgação das informações; *(iii)* as informações reveladas fossem autênticas; *(iv)* a importância do interesse público no conhecimento da informação superasse o interesse, também legítimo, na preservação

[26] Trata-se de componentes nucleares da democracia norte-americana. Na interpretação de Robert G. Vaughn, essa multiplicação e grande repercussão desses casos no referido período representaria a remodelação do ceticismo e resistência de indivíduos e sociedade em face dos poderes institucionalizados. Robert G. Vaughn, *The successes and failures of whistleblower laws* (Edward Elgar Publishin 2012) 10. Mais adiante, Vaughn é ainda mais incisivo ao destacar como "(r)espostas a Watergate identificaram leis de *whistleblowers* como importantes reformas das burocracias públicas, reformas voltadas à preservação do governo democrático" (p. 85).

[27] Pierre Rosanvallon, *Counter-democracy: politics in an age of distrust*, trad. Arthur Goldhamer (Cambridge University Press 2008) 3-4, 281-282.

da credibilidade da instituição em que se deu a infração reportada; *(v)* o denunciante agisse de boa-fé; e *(vi)* a sanção ou outra medida eventualmente imposta contra o *whistleblower* se mostrasse desproporcional. Preenchidos esses requisitos, a restrição estatal à liberdade de expressão do *whistleblower* não seria considerada "necessária à sociedade democrática". Raciocínio similar viria a ser empregado ainda em decisões posteriores, como *Heinisch vs. Alemanha* (2011) e *Bucur e Toma vs. Romênia* (2013), oportunidades em que a liberdade de expressão foi reafirmada como princípio democrático fundante das práticas de WB e de proteção ao denunciante[28].

Em 2014, Recomendação do Conselho Europeu justificou a proteção jurídica a *whistleblowers* também a partir de uma "ênfase em *accountability* e princípios democráticos". Nessa perspectiva, a institucionalização dos canais de denúncia em governos e empresas se justificaria, igualmente, a partir do "direito de buscar e receber informações", entendido como "fundamental para o funcionamento de uma democracia genuína" na medida em que "contribui para o fortalecimento da transparência e *accountability* democrática"[29]. Já na recente *Directive (EU) 2019/1937*, orientada ao incremento e uniformização da proteção a *whistleblowers* nos setores público e privado, o Parlamento e Conselho da Europa lastrearam suas novas determinações em "princípios democráticos tais como a transparência e *accountability"*, além de "direitos fundamentais como a liberdade de expressão, e a liberdade e pluralismo de imprensa"; reconhecendo, por outro lado, a necessidade de se "equilibrar" tais princípios com o "interesse de empregadores em gerenciar suas organizações e proteger seus interesses"[30].

Mecanismos de WB tensionam a relação entre valores democráticos que permeiam não apenas instituições públicas, como também corporações privadas. Com frequência, sobretudo o WB externo repõe o permanente desafio de equacionar: *(i)* privacidade e sigilo, cuja intensidade de proteção diferencia os regimes propriamente democráticos de outras formas de organização política, e que comumente é afetada pela decisão do *whistleblower* de desvelar informações sigilosas; e *(ii)* transparência, entendendo-se como constitutiva da democracia a

[28] Discutindo a jurisprudência da CEDH, na perspectiva dos desafios de fundamentação democrática do WB em direitos fundamentais, cfr. Wim Vadekerckhove, 'Freedom of expression as the 'broken promise' of whistleblower protection' (2016) La Revue des Droits de l'Homme 1-17.

[29] Council of Europe, Protection of whistleblowers: Recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum (Council of Europe 2014).

[30] Cfr. Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches on Union law.

possibilidade de os sujeitos conhecerem decisões tomadas por organizações que, de algum modo, lhes afetam enquanto indivíduos ou corpo político[31].

No que concerne mais especificamente ao meio empresarial, o WB permite integrar uma compreensão de controle social dos negócios por seus *stakeholders*, bem ao gosto das ideias tradicionais de John Maurice Clark sobre "democratização dos negócios" (*democratization of business*)[32]. Reposicionando a dimensão ética desse movimento, Wim Vandekerckhove descreve a mudança de um "*business* and *society"*, centrado na figura dos *shareholders*, em direção a uma lógica de *"business* in *society*", a qual leva em consideração todos aqueles que afetam ou são afetados pela atividade empresarial – os *stakeholders*. O maior protagonismo das organizações empresariais na vida social e em assuntos de Estado, aliado à elevada capacidade que estas organizações têm de afetar direitos fundamentais dos *stakeholders*, demandaria não mais uma *estrita divisão* entre público/privado na regulação do ambiente econômico. Em vez disso, tal cenário demandaria um mais amplo compartilhamento de responsabilidades entre poderes públicos, empresas e sociedade, na tentativa de conformar as atividades econômicas a determinados padrões coletivos de ética empresarial e gestão democrática dos negócios[33].

Essas transformações acabam por despertar atenção para o que Peter Drahos e John Braithwaite denominam como uma necessidade de "controle social do fluxo de informações", cujo objetivo seria mitigar o "feudalismo informacional" característico dos círculos corporativos[34]. Como apresentado acima, a expansão internacional dos mercados intensificou a regulação jurídica dos comportamentos empresariais, influenciando o próprio papel da governança corporativa e *accountability* nas estratégias de gestão da informação. Trata-se de uma *accountability* embasada não apenas em deveres jurídicos estritos, mas em uma noção alargada de responsabilidade corporativa, justificável também a partir de expectativas morais em torno do comportamento corporativo. Seu objeto não é apenas negocial, alcança também os impactos concretos da atividade econômica em uma variedade mais ampla de *stakeholders*

[31] William H Harwood, 'Secrecy, transparency and government whistleblowing' (2017) 43(2) Philosophy & Social Criticism 164-188.
[32] John Maurice Clark, Social control of business (McGraw-Hill 1939) 4.
[33] Wim Vandekerckhove, Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment (Ashgate Publishing 2006) 95-96.
[34] Peter Drahos e John Braithwaite, Information feudalism: who owns the knowledge economy? (Earthscan Publications 2002) 219 e ss.

interessados, seja em termos ambientais, sociais, econômicos, ou mesmo para fins de promoção de direitos humanos[35].

Mais recentemente, ao analisar a evolução dos instrumentos de WB nos EUA, com uma aparente maior ênfase no âmbito público, Allison Stanger sustenta que a atuação de denunciantes se revestiria de uma essencialidade para a proteção de outros direitos que, igualmente, compõem o núcleo dos regimes democráticos. Para a autora, o aperfeiçoamento de uma democracia mostra-se "impossível, a menos que sejamos livres para identificar casos em que ficamos aquém" do compromisso moral de realizar os valores a ela inerentes[36]. Daí se afirmar que a proteção jurídica ao *whistleblower*, bem como o quanto suas informações são levadas a sério, seriam promissores indicadores de qualidade das democracias. Afinal, se sociedades democráticas se preocupam com a legalidade, também cultivam referenciais axiológicos como liberdade de expressão, transparência e *accountability*, valorizando os sujeitos como coparticipantes da vida social, a ponto de lhes reconhecer legitimidade para individualmente denunciar abusos institucionais. Em verdade, mais que um meio de defesa contra o abuso de poder político ou econômico, o desvelamento de uma infração por *whistleblowers* funcionaria como elemento de irritação dos regimes democráticos, no sentido de desafiar as democracias à efetivação de valores que alegam professar – em especial, diante de casos concretos que desnudam a violação desses mesmos valores[37].

Essa forma de compreender o WB – *i.e.*, não apenas a partir de sua *fundamentação* em direitos, mas enfatizando sua funcionalidade na *proteção* destes – parece se alinhar a uma tendência mais ampla de utilização estratégica dos direitos humanos para juridificar as tensões existentes no âmbito corporativo. Especialmente a partir dos anos 1980, com a consolidação de uma vitimologia crítica, os direitos das vítimas se consolidaram como objeto de pesquisa e pauta de movimentações políticas. Também os direitos humanos das pessoas afetadas pela vitimização corporativa foram sendo taticamente utilizados como fator de sensibilização dos

[35] Doreen McBarnet, 'Human rights, corporate responsibility and the new accountability' in Tom Campbell e Seumas Miller (eds), Human rights and the moral responsibilities of corporate and public sector organisations (Kluwer Academic Publishers 2005) 63.

[36] Allison Stanger, Whistleblowers: honesty in America from Washington to Trump (Yale University Press 2019) 3-10.

[37] Abraham Mansbach, 'Keeping democracy vibrant: whistleblowing as truth-telling in the workplace' (2009) 16(3) Constellations 363–376.

órgãos estatais, inclusive aqueles responsáveis pela administração jurídica dos conflitos[38]. Não que diversos casos de WB não representem, de fato, uma manifestação individual de oposição à violação de direitos individuais e coletivos por governos e corporações. A questão aqui é constatar como essa vinculação entre canais de denúncia e proteção de direitos humanos possui um forte apelo de legitimação dessas tecnologias institucionais, atribuindo um sentido democrático ao próprio relato. Entretanto, a generalização aqui pode negligenciar pontos relevantes a serem considerados pelas ciências criminais. Por um lado, o uso estratégico dos direitos humanos como método de justificação do WB oferece poucas alternativas às consequências deletérias da juridificação dos conflitos – em especial, a expropriação dos concretos protagonistas dos conflitos e a mutilação do conteúdo moral destes últimos, ao serem juridicamente traduzidos pelo códigos e procedimentos formais do direito[39]. É necessária uma avaliação científica da efetividade das decisões judiciais ou administrativas adotadas como resposta ao WB na remediação da violação de direitos humanos *nas* e *pelas* organizações. Por outro lado, tal uso estratégico pouco leva em conta casos em que a decisão do *whistleblower* de relatar está menos ligada à defesa de direitos humanos, e mais atrelada a uma adesão individual a deveres estabelecidos por sua organização – ou, pior, orientada por critérios egoísticos de comportamento decisório.

Seja como for, fato é que muito resta por saber acerca dos fundamentos teóricos, e mais ainda sobre a verificação empírica da funcionalidade do WB. Ainda há um amplo espaço para a discussão e mensuração da relevância das denúncias e dos novos padrões de justiça negociada para mudanças efetivas de comportamento ético na gestão da pública ou privada[40]. Tampouco se sabe ao certo sobre por que razões de política criminal a OCDE tanto encoraja o recurso aos *whistleblowers* e à justiça negociada. Apesar dos profundos questionamentos sobre as

[38] Essa questão encontra-se mais profundamente discutida em Eduardo Saad-Diniz, 'Vitimização corporativa e dependência comunitária na criminologia ambiental: o acerto de contas com os desastres ambientais" (2020) 327 Boletim IBCCRIM 2-5.

[39] Gunther Teubner, 'Juridification – concepts, aspects, limits, solutions', Trad. Paul Knight in Gunther Teubner (ed), Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law (de Gruyter 1987) 3-48.

[40] Diz-se que a Lava Jato estaria espelhada na Operação Mani Pulite italiana – mas nunca se perguntou a que resultados levou esta operação na própria Itália. Qual foi o impacto dela nas estruturas de mercado ou na gestão da coisa pública italiana? Há poucos que discordariam de que ela conduziu ao esvaziamento da política e à ascensão de "novas forças" do tipo Silvio Berlusconi (inclusive, não é diferente em Sergio Fernando Moro, 'Considerações sobre a operação Mani Pulite' (2004) 26 Revista CEJ 56-62). Uma leitura mais realista certamente nos levará a uma analítica diferenciada deste embate pela investigação criminal e construção social da verdade no processo penal.

mediações e motivações sociais que levam alguém a denunciar, interna ou externamente à sua organização, não alcançam maior entendimento sobre esta combinação explosiva entre ambiente negocial altamente agressivo e irracionalidade das decisões, justificando elevados gastos de *corporate whistleblowing consultancy* que mais tendem a resistir à colaboração do que manifestar o tal padrão moral elevado na empresa.

21.3 Programas de WB como mercancia de informações

O ônus da efetividade investigativa e os deveres de conformação constitucional das medidas jurídico-processuais alcançam um grau de ainda mais elevada tensão ao incidir sobre casos de delitos cometidos no âmbito de organizações. Afinal, trata-se de atores sociais com elevado potencial – institucional, financeiro e tecnológico – para proteger o sigilo de suas informações e controlar o fluxo de dados relativos a seu negócio. É em função desse mesmo contexto, inclusive, que a figura do *whistleblower* encontra espaço e positivação jurídica.

Não obstante, também aqui a retórica moralizante do "interesse público" e "combate à corrupção" oculta debates de legitimação jurídica e fundamentação ética, ainda por serem mais adequadamente enfrentados pelas ciências criminais. Observando o parâmetro mais alargado de denúncia conforme o ordenamento jurídico brasileiro, e sua concreta verificação prática, não é preciso uma empiria mais sofisticada para afirmar que a retórica do interesse público facilmente se desmancha. Em monografia sobre os desafios de fundamentação ética da delação premiada, Víctor Gabriel Rodríguez submete a severos questionamentos as teses de que o delator seria um "arrependido", que apresenta indícios de "amizade ao direito". Para o autor, delatar carregaria consigo um sentido ético de deslealdade, orientado por racionalidades utilitaristas e egoísticas que, no caso, traduzem-se no interesse particular de mitigar responsabilidade penal[41]. A delação premiada tende a ser movida por inequívoco interesse privado, para além do debate convencional sobre o interesse público na obtenção de provas.

No caso do WB propriamente dito, contudo, pouco se discute como denunciantes podem se valer de canais de denúncia não para *limpar consciências, zelar pela ética organizacional* ou *defender democracias*; mas, antes, para eliminar concorrentes ou mover mercados. Ninguém fala na mercancia da informação. É incrível observar, no Brasil como no exterior, como aquele

[41] Utiliza-se aqui o termo delação, e não colaboração, em alinhamento à crítica de Víctor Gabriel Rodríguez no sentido de que o segundo termo – adotado pela legislação brasileira – seria uma espécie de softening linguístico, orientado a diminuir ou ocultar o sentido de traição por detrás do instituto. Víctor Gabriel Rodríguez, Delação premiada: limites éticos ao Estado (Forense 2018).

que desempenha as funções de informante se convence do *information for dollars*[42]. *Whistleblowers* convertem-se em mercadores, especialmente quando a balança de poder entre eles e as autoridades públicas é desgovernada. Esta manipulação de informações põe por terra as teses convencionais sobre *fairness* e *loyalty* na colaboração e nas negociações. Muito pelo contrário, evidências científicas demonstram que os tais "incentivos" podem levar ao *detrimental effect* (efeito pernicioso das denúncias), no qual o denunciante se vale dos contextos de assimetria da informação para manipular denúncias fraudulentas. Esta falta de clareza sobre a idoneidade da colaboração, inclusive, chegou a ser questionada no Brasil, na oportunidade em que acordo de colaboração foi revisto em vista de omissão de fatos criminosos relevantes, como "descumprimento de cláusulas do acordo".

O estudo científico da criminalidade empresarial ainda é uma página com diversas linhas a serem mais extensamente preenchidas. A maior parte das investigações reproduzem o senso comum e a lógica superficial dos custos e benefícios da colaboração, pouco se atentando aos efeitos perversos dos incentivos. Lógica de incentivos e o recurso à teoria dos jogos produzem compreensões marcadamente econômicas do WB, conformando todo um mercado de consultoria que, na narrativa comercial da indústria de *compliance*, envolveria uma necessária modelagem de canais de denúncia ditos "efetivos" como estratégia de *redesign* institucional. No entanto, tais propostas não parecem dimensionar adequadamente o fato de que, em última análise, não escapam ao pressuposto de uma fria racionalidade economicista por parte dos atores individualmente considerados. Como se fosse possível reduzir todo o problema à otimização das decisões nas organizações, e como se o aprimoramento ético desse processo necessariamente dependesse de uma obsessiva ênfase em esferas individuais de arrazoamento. Pouco é realmente discutido acerca dos propósitos do prêmio, seu fundamento ético e o que se espera com ele alcançar, principalmente em termos coletivos e institucionais. Não obstante se acreditar que bastaria construir mecanismos adequados de *carrots and sticks* para controlar a racionalidade do *whistleblower*, tais proposições desconsideram o potencial de irracionalidade e desintegração social contido em comportamentos egoísticos, orientados no próprio interesse (*self-interest*) e, de modo ainda mais questionável, incentivados pelo Estado.

[42] A expressão é de Ben Depoorter e Jef De Mot, 'Whistle blowing: an economic analysis of the False Claims Act' (2006) 14 Supreme Court Economic Review 135-162.

22. Especificidades do ordenamento brasileiro: "denunciante de bem" e as inovações do Projeto Anticrime

Até bem pouco tempo, eram pouco claras as linhas a dividir conceitual e juridicamente os programas de WB e a delação premiada no Brasil. Delação é incriminação de terceiro, realizado por suspeito, indiciado ou réu, no curso de interrogatório ou em outro ato processual. O *whistleblower*, diferente do delator, não tem envolvimento com os fatos suspeitos, nem está engajado na associação criminosa. O delator tem inequívoco interesse na incriminação, à diferença do *whistleblower*, que não se beneficia com a incriminação do denunciado. É daí que surge a poderosa retórica do WB como aperfeiçoamento dos padrões éticos do ambiente empresarial. O benefício aqui restringe-se a percentual dos valores poupados pelo sistema de justiça criminal, caso se confirmem as denúncias no Judiciário.

Alinhando-se às recomendações normativas internacionais[43], os programas de WB no Brasil estão mais atrelados à experiência que o país recentemente teve com o uso da delação premiada em investigações criminais do que propriamente à indústria de *compliance.* Dentre as figuras marginais similares contidas no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 13.608/2018 determina o estabelecimento de serviço telefônico para recebimento de denúncias, oferecendo recompensas por informações que venham a eventualmente contribuir com as investigações. É precisamente esta Lei que viria a ser alterada pela Lei n. 13.694/2019 – conhecida por "Pacote" ou "Projeto Anticrime" –, introduzindo aquilo que documento explicativo do Ministério da Justiça e Segurança Pública denominou como a "introdução da figura do *whistleblower* ou 'quem dá o aviso', o 'denunciante do bem'"[44] – como se verá adiante, limitando-se a regular a institucionalização do WB no setor público.

---

[43] Sob decisiva influência das recomendações internacionais, o Brasil aprovou a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, documentos que determinam a incorporação de medidas de WB e mecanismos para sua proteção. As práticas de justiça negociada, por sua vez, foram impulsionadas pela Lei n. 12.850/2013, que veio para dar conta da investigação das associações criminosas e estabeleceu os parâmetros do que seria a colaboração premiada no contexto brasileiro. No ambiente empresarial, tanto a Lei Anticorrupção (art. 7º, Lei n. 12.846/2013, e com ela o art. 42, X, Decreto Federal n. 8.420/2015), quanto a art. 9º, III e IV, Lei n. 13.303/2016 (que define o estatuto jurídico das estatais), incorporam mecanismos de WB, via canais de denúncia, como parte dos programas de compliance. Antes desses marcos normativos, o ordenamento brasileiro já contava com um dever positivo dos servidores públicos federais de levar ao conhecimento de seus superiores desvios de que tivessem conhecimento em razão de seu cargo (Lei n. 8.112/1990) – dever este que a Lei de Acesso à Informação (art. 43, Lei n. 12.527/2011) viria a posteriormente ampliar, determinando ao servidor que realize um WB externo a autoridade competente quando houver suspeita de envolvimento de seu superior hierárquico com a má prática.

[44] Brasil – MJSP, EM nº 00014/2019 (MJSP 2019) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm> acesso em 20 mar. 2020.

Não significa, contudo, que da proposta tenha derivado um definido e estruturado programa brasileiro de WB. Em verdade, a estratégia governamental limitou-se a uma tímida modificação de um documento normativo preexistente. Mais especificamente, o Projeto adicionou três letras, cada uma acompanhada de parágrafos, ao art. 4º da Lei n. 13.608/2018 – dispositivo este que, por sua vez, tratava da possibilidade de os poderes públicos estabelecerem "formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos".

A orientação expressa no texto legal é a de viabilizar a concretização de um "direito de relatar" (art. 4º-A, *caput*, Lei n. 13.608/2018). Entretanto, mais que assegurar que o denunciante não seja submetido à frustração da confiança no exercício desse direito, o que parece se buscar de fato é um reforço da capacidade estatal de detectar infrações, por meio da minimização do quadro de assimetria informacional que caracteriza a criminalidade desenvolvida no âmbito das organizações. É essa racionalidade que subjaz às alterações advindas da Lei, as quais esquematicamente dizem respeito a: *(i)* instituição de unidades de ouvidoria e correição; *(ii)* preservação da identidade do *whistleblower*; *(iii)* mecanismos de proteção contra retaliação ao denunciante; e *(iv)* instrumentos de recompensa financeira ao informante[45].

No que diz respeito ao *(i)* estabelecimento de unidades de ouvidoria e correição, não obstante esses canais já sejam realidade de longa data em diversas estruturas dos poderes públicos no Brasil, passam eles, com o novo marco normativo, a ter como uma de suas atribuições o recebimento e processamento de "informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público"[46]. É no art. 4º-A, parágrafo único, que se encontra um ponto de partida para atribuição ao relato e ao denunciante de um status propriamente jurídico de WB e *whistleblower*, respectivamente. Mais precisamente, é a partir da constatação da razoabilidade do relato (*reasonable belief*) que se determina o correlato dever de apuração pela autoridade, sendo essa aceitação da denúncia como legítima o que torna juridicamente mais concreto o

[45] As questões discutidas neste item 3 já foram objeto de mais detalhada discussão em Gustavo de Carvalho Marin e Eduardo Saad-Diniz (n 1); Víctor Gabriel Rodríguez, Eduardo Saad-Diniz e Gustavo de Carvalho Marin (n 1); e Eduardo Saad-Diniz (n 1).

[46] Artur de Brito Gueiros Souza, 'O informante no contexto dos sistemas de compliance' in Andréa Walmsley, Ligia Cireno e Márcia Noll Barboza (coords), Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (MPF 2020) 32-52 (46).

direito do informante à sua proteção e "isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato"[47].

Em relação à *(ii)* proteção da identidade do *whistleblower*, o art. 4º-B estabeleceu mais claramente esse direito no ordenamento jurídico brasileiro. Um dos problemas, contudo, consiste na ausência de referencial mais preciso sobre hipóteses de confidencialidade e anonimato como estratégias de proteção da identidade nos programas de WB[48]; embora, é verdade, o específico dispositivo introduzido se insira mais marcadamente no regime de *confidencialidade*[49]. Apesar disso, tudo indica que a proteção tenha alcance reduzido, uma vez que o mesmo dispositivo ressalva que a identidade poderá ser "revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos", não obstante o parágrafo único estatua a comunicação prévia ao informante e sua concordância formal como requisitos para tanto. O primeiro fator a despertar preocupações com a efetividade da confidencialidade advém da própria realidade institucional da maioria das empresas brasileiras – como já abordado neste ensaio, de estrutura predominantemente familiar, de capital fechado, com reduzido número de empregados e maior pessoalidade nas relações profissionais. Tais fatores tendem a conformar um menos complexo fluxo de informações internamente à instituição, reduzindo a propensão de empregados ao WB e incrementando os riscos de posterior identificação do *whistleblower*. Em segundo lugar, a elevada indeterminação semântica das

[47] Contudo, na interpretação de Adán Nieto Martín, há que se cuidar para que exigências demasiadamente elevadas de razoabilidade e lastro probatório não acabem por desproteger whistleblowers legítimos e fragilizar a própria tecnologia de compliance. O risco é de que standards exageradamente altos de evidência como requisito para verificação da razoabilidade possam: (i) induzir whistleblowers potenciais a não utilizar os canais de denúncia, por receio de serem responsabilizados ou vítimas de represália; e (ii) fazer com que relatos e procedimentos não afetem sujeitos ocupantes de cargos mais elevados na hierarquia organizacional, tendo em vista que, via de regra, são estes que detêm maior capacidade de acessar e dificultar o acesso a documentos e informações. Veja-se nessa linha Nieto Martín (n 2) 75.

[48] A confidencialidade compreende o direito do denunciante à preservação de seu nome, bem como de qualquer dado que possa levar à sua identificação. Integrando a esfera jurídica do informante como um direito, pode o whistleblower voluntariamente dele dispor, sem que isso implique renúncia a quaisquer outras prerrogativas ou medidas protetivas. Já no anonimato, sequer o agente ou órgão que recebe o alerta tem conhecimento da identidade e dados pessoais do informante. As justificações político-criminais em torno do anonimato costumam seguir a linha da necessidade de maior proteção do whistleblower; todavia, seu regime jurídico é bastante criticado por aumentar as possibilidades de utilização fraudulenta dos canais de denúncia, dificultando ainda a implementação de mecanismos de accountability do informante de má-fé. Por esta razão, costuma-se admitir o WB anônimo de modo apenas excepcional, recebendo nível menos intenso de proteção jurídica se comparado ao regime de confidencialidade. Cfr. García-Moreno (n 10) 195-198. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) já restringiu o uso de relatos anônimos e peças apócrifas em investigações criminais e procedimentos administrativo-disciplinares. Cfr. BRASIL – Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) 1.193.343/SE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18 jun. 2019, publicado no DJe n. 137 de 25 jun. 2010.

[49] Sousa (n 50) 46.

hipóteses de mitigação da preservação da identidade pode conduzir a um esvaziamento da garantia, especialmente em contextos institucionais como o do sistema de justiça criminal brasileiro.

Também a *(iii)* proteção de *whistleblowers* contra retaliação, não obstante de relevante positivação jurídica, apresenta insuficiências. Entende-se por retaliação aquela ação indesejada praticada em desfavor do *whistleblower* como resposta a seu relato, realizado seja interna ou externamente à organização[50]. É problemática a falta de um maior detalhamento acerca das concretas estratégias de proteção a partir do novo marco normativo brasileiro. Um mínimo de parametrização poderia contribuir para a consolidação das tecnologias de WB nas instituições públicas brasileiras, sem prejuízo da necessidade de consideração de suas profundas diferenças em termos de pessoal, estrutura, recursos financeiros e capacitação. Inexistem standards básicos para um protocolo de reação ante um relato de retaliação; para além da compensação financeira, não são estabelecidas outras medidas mais concretas de proteção voltadas a evitar ou minimizar eventuais impactos profissionais, físicos ou psicológicos experimentados pelo *whistleblower*; não há definição de um órgão ou instituição responsável por receber e processar essas denúncias; nada se dispõe sobre a sanção à organização em que a represália se deu, tampouco aos agentes que não ocupam cargo público. Passando ao largo dessas questões, a nova Lei acaba por estabelecer apenas uma pouco detalhada isenção de responsabilização (art. 4º-A, parágrafo único); uma remissão à Lei n. 9.807/1999, que institui e regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, de modo que cabe aos intérpretes-aplicadores o ônus de identificar caminhos de adaptação à situação de *whistleblowers* (art. 4º-C, caput); a responsabilização do agente público que praticou a retaliação (art. 4º-C, §1º); e, por fim, a possibilidade de compensação por danos (art. 4º-C, § 2º).

No cenário brasileiro, é possível constatar também condições institucionais e econômicas favoráveis não apenas à vulneração de direitos de *whistleblowers* mais restritamente considerados. No contexto de ampliação dos instrumentos de justiça negociada, o risco é de fragilização também de empregados, eventualmente envolvidos com a conduta reportada, serem escolhidos como "bodes expiatórios" em suas organizações. Nesse *reverse whistleblowing* (RWB), tal como denominado por Laufer, a organização, para proteger a si

[50] Miceli, Near e Dworkin (n 11) 101; Michael T. Rehg et al., 'Antecedents and outcomes of retaliation against whistleblowers: gender differences and power relationships' (2008) 19(2) Organizational Science 221-240 (222).

mesma ou a sujeitos ocupantes de funções hierarquicamente mais elevadas, "identifica empregados culpados e oferece evidências contra eles, em uma troca com promotores (*prosecutors*) por leniência corporativa ou possível anistia". No lugar de um justo direcionamento da culpa e autêntica tentativa de reorientação ética, o RWB comporta o risco de perversão da articulação entre *compliance* e justiça colaborativa, na medida em que promove um *deslocamento* da responsabilidade ética e jurídica – em favor de interesses corporativos e particularistas, e em prejuízo dos interesses de empregados[51]. Uma agenda brasileira de pesquisa em criminologia corporativa precisa incluir a verificação concreta do RWB como possível decorrência de uma perigosa confluência entre: de um lado, *(a)* instabilidades institucionais e obsessão punitiva como características fundamentais de nosso sistema de justiça criminal; e, de outro, *(b)* uma possível maior propensão à identificação de desviantes e eleição de "bodes expiatórios" em organizações corporativas com estrutura similar à maior parte das empresas locais. Já pelo lado da regulação jurídica, o novo marco normativo parece ter perdido uma oportunidade de, em uma perspectiva mais sistemática dos canais de denúncia e justiça negociada, estabelecer um sistema mais compreensivo de proteção aos indivíduos que tomam parte dos conflitos corporativos

Por fim, *(iv)* o art. 4º-C, §3º da Lei n. 13.608/2018 estabeleceu mecanismos de recompensa financeira a *whistleblowers*, no total de até 5% do valor que vier a ser eventualmente recuperado como consequência de sua comunicação. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública, idealizador dessa atual configuração normativa, tal medida seria "crucial" para estimular o informante a "sair do comodismo da omissão, agora uma realidade"[52]. Mais uma vez, o risco é de uma internalização acrítica de padrões internacionais, estimulando-se um comportamento egoístico de duvidosa capacidade de transformação dos costumes políticos e atitudes corporativas.

22.1 Conclusões

Antes de abraçar a causa do WB e da justiça negocial, é preciso uma mais profunda revisão científica do sistema de justiça criminal brasileiro. Os esforços científicos na área

[51] William S. Laufer (n 7) 648-649. Comentando as teses de Laufer, e entendendo o RWB como "conflito entre os interesses da pessoa coletiva e os da pessoa individual", Sousa (n 7) 33. Encontra-se em andamento texto em coautoria com Marcelo Azevedo, em que se aprofundam as questões sobre a proteção do whistleblower a partir do "Projeto Anticrime" com especial atenção aos problemas de RWB. Cfr. Eduardo Saad-Diniz e Marcelo Azevedo (n 1).

[52] Brasil - MJSP (n 48).

devem tomar como ponto de partida a crítica à política regulatória nacional, submetendo tanto as estratégias de enforcement como os canais de denúncia a uma avaliação objetiva de seus impactos. Explicam muito pouco os preditivos de comportamento, os processos de causação do crime, e estão longe de alcançar um referencial mais preciso sobre o comportamento irracional – melhoria do comportamento ético do grupo. Ninguém demonstrou até o momento como o volume de colaborações premiadas repercute em efetividade do controle social da criminalidade empresarial.

Utilizam-se muito os dados do DOJ e da SEC sobre recuperação de ativos provenientes de ilícitos; no Brasil, a volumetria apresentada pela Lava-Jato também é frequente, mas não há métrica convincente sobre os impactos do WB na melhoria dos padrões de integridade e *accountability*, seja nos negócios ou na gestão pública. Além de baixa sofisticação no controle, acaba se promovendo um ambiente deletério para os negócios, clima de denuncismo e baixa performance empresarial – no lugar de produção, os indivíduos se perdem na produção de dossiês contra os players concorrentes ou contra os próprios parceiros de trabalho.

Excessos na retórica do interesse público apresentam um elevado e perigoso potencial de colonização das justificações político-criminais em torno do WB. Se considerarmos o WB como tecnologia de *compliance*, orientado à detecção de desvios nas organizações, ainda há muito a se fazer para uma mais adequada articulação entre canais de denúncia e fundamentos de ética negocial. O caminho talvez passe por pautar tais mecanismos não pela adesão automática de organizações a standards regulatórios, e menos ainda pelos arroubos discursivos das narrativas favoráveis a uma mais rígida e intrusiva vigilância institucional. Antes, mais adequado parece ser colocar o WB em função de um autêntico compromisso da organização com seus stakeholders e o respeito a seus direitos fundamentais. No que concerne à fundamentação democrática dos canais de denúncia, a obsessão punitiva do "combate à corrupção" não centraliza efetivamente as liberdades e direitos fundamentais do denunciante como fundamentos de legitimação ética e normativa dos programas WB.

Em vez de genuína manifestação democrática, esse cenário faz que tanto os direitos do whistleblower, quanto os programas de WB, sejam funcionalizados por uma mais ampla estratégia do Estado para incrementar sua capacidade persecutória e minimizar a assimetria de informações com relação às organizações. Mesmo que, para isso, precise estimular a adoção de comportamentos egoísticos e de duvidosa capacidade de integração social, utilizando-se ainda de uma justificação democrática que, a bem da verdade, é de difícil verificação no real

funcionamento dos mecanismos de WB no Brasil. Dois são os riscos principais que aparentemente se apresentam, para além da naturalização do denuncismo: (i) a conversão de mecanismos de controle a priori democráticos em plataformas privilegiadas do oportunismo que caracteriza a mercancia de informações; e (ii) a redução de whistleblowers a personagens ou tipos ideais (ora herói, ora oportunista), generalização bastante útil à manutenção de uma lógica institucional de obsessão por controle e punição, mas que não os reconhece enquanto sujeitos empíricos, com direitos e necessidades – mas também, por vezes, imperfeições e caprichos.

23. Referências

MANSBACH, Abraham, 'Keeping democracy vibrant: whistleblowing as truth-telling in the workplace' (2009) 16(3) Constellations 363–376.

NIETO, MARTÍN Adán, 'Internal investigations, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process', in Stefano Manacorda, Francesco Centonze e

FORTI, Gabrio (eds), Preventing corporate corruption: the anti-bribery *compliance* model (Springer 2014) 69-92.

DYCK, Alexander, MORSE, Adair e ZINGALES, Luigi. Who blows the whistle on corporate fraud? (2010) 65(6) The Journal of Finance 2213-2253.

Allison Stanger, Whistleblowers: honesty in America from Washington to Trump (Yale University Press 2019).

NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal. El peligro para los derechos de los trabajadores' in Eduardo Saad-Diniz, Dominik Brodowski e Ana Luíza de Sá (orgs), Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira (LiberArs, 2015). p. 147-163.

CALL, Andrew et al., Whistleblowers and outcomes of financial misrepresentation enforcement actions' (2018) 56 Journal of Accounting Research. p. 123-171.

WEISSMANN, Andrew. NEWMAN, David, 'Rethinking criminal corporate liability' (2007) 82(2) Indiana Law Journal. p. 411-451.

HEYES, Anthony e KAPUR, Sandeep. An economic model of whistle-blower policy. (2009) 25(1) Journal of Law, Economics, & Organizations. p.157-182.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. In Andréa Walmsley, Ligia Cireno e Márcia Noll Barboza (coords), Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (MPF 2020) 32-52 (46).

GARCÍA- MORENO. Beatriz. Del alertador al whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia (Tirant lo Blanch 2020).

DEPOORTER, Ben e DE MOT, Jef, Whistle blowing: an economic analysis of the False Claims Act' (2006) 14 Supreme Court Economic Review. p. 135-162.

GARRET Brandon L., The public interest in corporate settlements' (2017) 58(5) Boston College Law Review. p. 1484-1543.

GARRETT, Brandon L. e MITCHELL, Gregory. Testing *Compliance*' (2020, forthcoming), Law and Contemporary Problems <https://ssrn.com/abstract=3535913> acesso em 12 jul. 2020. Brasil – Ministério da Justiça e Segurança Pública, EM nº 00014/2019 (MJSP 2019) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm> acesso em 20 mar. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. Protection of whistleblowers: Recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum (Council of Europe 2014).

GOLD. Dana L., Whistleblowers: the critical link in corporate *accountability*' in Stephen Tully (ed), Research handbook on corporate legal responsibility (Edward Elgar 2005). p. 254-270.

SANTORO, Daniele e Manohar Kumar, Speaking truth to power – a theory of whistleblowing (Springer 2018).

MCBARNET, Doreen. 'Human rights, corporate responsibility and the new *accountability*' in Tom Campbell e Seumas Miller (eds), Human rights and the moral responsibilities of corporate and public sector organisations (Kluwer Academic Publishers 2005).

SAAD-DINIZ, Eduardo e AZEVEDO, Marcelo André, O apito que não toca: entraves do reverse whistleblowing (RWB)' (em fase de revisão).

_____. URBAN, Mariana. Análise qualitativa dos programas de *compliance* no Brasil (2014-2019) (publicação em breve).

_____, Vitimização corporativa e dependência comunitária na criminologia ambiental: o acerto de contas com os desastres ambientais" (2020) 327 Boletim IBCCRIM 2-5.

_____, Whistleblowing' in AMARAL, Cláudio do Prado (ed). Projeto Anticrime (Almedina 2020, no prelo).

_____, Ética negocial e *compliance* (Thomson Reuters Revista dos Tribunais 2019).

SOLTES, Eugene F., Evaluating the effectiveness of corporate *compliance* programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms' (2018) 14(3) NYU Journal of Law & Business. P. 965-1011.

_____, The frequency of corporate misconduct: public enforcement versus private reality' (2019) 26 Journal of Financial Crime. p. 923-937.

FERNANDES, Fernando Andrade 'Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais' in Manuel da Costa Andrade et al (org), Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (Ed. Coimbra 2003) 53-83.

_____. O processo penal como instrumento de política criminal (Almedina 2001).

TEUBNER, Gunther. Juridification – concepts, aspects, limits, solutions', Trad. Paul Knight in Gunther Teubner (ed), Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law (de Gruyter 1987). p. 3-48.

MARIN, Gustavo de Carvalho e SAAD-DINIZ, Eduardo. Whistleblowing no pacote anticrime' in Yuri Felix e Rodrigo Oliveira de Camargo (org.), Pacote Anticrime: aspectos penais (EMais Editora 2020, no prelo).

NEAR, Janet P. e MICELI, Marcia P. Effective whistle-blowing' (1995) 20(3) Academy of Management Review, p. 679-708.

_____, 'Organizational dissidence: the case of whistle-blowing' (1985) 4(4) Journal of Business Ethics. p. 1-16.

COFFEE JR, John., 'Theory of corporate scandals: why Europe and US differ' (2015) 21 Oxford Review of Economic Policy. p. 198-211.

CLARK, John Maurice. Social control of business (McGraw-Hill 1939).

KENNY, Kate. Alexis Bushnell, 'How to whistle-blow: dissensus and demand' (2020) 164 Journal of Business Ethics 643-656.

KPMG, Pesquisa: perfil do hotline no Brasil (KPMG 2019) <https://kpmgbrasil.com.br/news/5429/canal-de-denuncias> acesso em 10 jan. 2020.

ENGELHART, Marc. The nature and basic problems of *compliance* regimes (Max-Planck-Gesellschaft 2018) <https://www.mpicc.de> acesso em 05 nov. 2019.

MICELI, Marcia P. NEAR, Janet P. DWORKIN Terry M, Whistle-blowing in organizations (Routledge 2008).

BIEGELMAN, Martin T.. BARTOW, Joel T. Fraud prevention and internal control: creating a culture of *compliance* (John Wiley & Sons 2012).

VEGA, Matt A. Beyond incentives: making corporate whistleblowing moral in the new era of Dodd-Frank Act 'bounty hunting. (2012) 45(2) Connecticut Law Review, 483-547.

DAVIS, Michael 'Rewarding whistleblowers: a conceptual problem?' (2012) 26(1) International Journal of Applied Philosophy 269-277.

REHG, Michael T. et al..Antecedents and outcomes of retaliation against whistleblowers: gender differences and power relationships' (2008) 19(2) Organizational Science 221-240.

DRAHOS, Peter e BRAITHWAITE, John Information feudalism: who owns the knowledge economy? (Earthscan Publications 2002).

JUBB, Petter P. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation (1999) 21 Journal of Business Ethics 77-94.

ROSANVALLON, Pierre. Counter-democracy: politics in an age of distrust, trad. Arthur Goldhamer (Cambridge University Press 2008).

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal (Marcial Pons 2013).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal (D'Plácido 2017).

VAUGHN, Robert G. The successes and failures of whistleblower laws (Edward Elgar Publishin 2012).

HEFENDEHL, Roland. Enron, WorldCom, and the consequences: business criminal law between requirements and the hopes of crime policy' (2004) 8(1) Buffalo Criminal Law Review 51-88.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite' (2004) 26 Revista CEJ 56-62.

STUBBEN, Stephen e WELCH, Kyle. 'Evidence on the use and efficacy of internal whistleblowing systems' (2020) 58 Journal of Accounting Research 473-518.

SOUSA, Susana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou "troca de favores"?' (2019) 158 Revista do Ministério Público 9-36.

DWORKIN, Terry M. BAUCUS, Melissa S., 'Internal vs. external whistleblowers: a comparison of whistleblowering processes' (1998) 17 Journal of Business Ethics 1281-1298.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Delação premiada: limites éticos ao Estado (Forense 2018).

_____ SAAD-DINIZ, Eduardo e MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de whistleblowing e os problemas da delação premiada' in Luciano Anderson Sousa (org.), *Compliance* no direito penal (Revista dos Tribunais 2020, no prelo).

HARWOOD, William H. Secrecy, transparency and government whistleblowing' (2017) 43(2) Philosophy & Social Criticism 164-188.

LAUFER, William S. A Very Special Regulatory Milestone' (2017) 20(2) University of Pennsylvania Journal of Business Law 392-428.

_____. Corporate prosecution, cooperation, and the trade of favors' (2002) 87 Iowa Law Review 123-150.

_____ O *compliance* game' in Eduardo Saad-Diniz, Dominik Brodowski e Ana Luíza de Sá (orgs), Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira (LiberArs 2015) 57-68.

VADEKERCKHOVE, Wim. Freedom of expression as the 'broken promise' of whistleblower protection' (2016) La Revue des Droits de l'Homme 1-17.

_____. Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment (Ashgate Publishing 2006)

Whistleblowing: sistema instrumental à política de integridade

Whistleblowing: instrumental system to compliance policy

Elisa Ramos Pittaro Neves[1]

Rodrigo de Castro Villar Mello[2]

Resumo: O presente trabalho analisa os sistemas de *whistleblowing* produtos da política globalizada de integridade empresarial e delineados internamente por meio de um procedimento de denúncias (*whistleblower procedures*) concebido pela organização de forma verticalizada e setorial a partir de divisão de atribuições segundo a posição ocupada e a função desempenhada por cada indivíduo, num esforço sinérgico concebido para adequado funcionamento do programa de integridade. A par desse centro de atribuições e responsabilidades, outros agentes concorrem para esse importante papel. São os *whistleblowers*, indivíduos que conhecem de fatos antagônicos à política de integridade corporativa e, voluntariamente, decidem noticiá-los para evitar ou mitigar novos riscos e para apuração e sancionamento dessas irregularidades e/ou transgressões que colidem com normas que regem a organização empresarial.

Palavras-chave: *Compliance. Whistleblowing. Whistleblower procedures. Whistleblower protection program.* Reportante do bem no Brasil. Tratamento dos dados Pessoais.

Abstract: The present work analyzes the systems or programs of whistleblowing products of the globalized business integrity policy and internally outlined through a whistleblower procedure conceived by the organization in a vertical and sectorial way from the division of

---

[1] Professora de Direito Penal e Processo Penal da EMERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisadora no Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM-UERJ). Mestre em Direito Penal (UERJ) e Doutoranda em Direito Penal (UERJ).

[2] Coordenador e integrante do corpo docente do CEPED-UERJ. Professor nas matérias de Compliance (Criminal Compliance), Direito Penal (Econômico) e Direito Processual Penal. Pesquisador e colaborador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM-UERJ). Especialista em Ciências Criminais, em Direito Processual Civil e também em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola pela EMERJ. Mestre em Direito Penal Econômico e Doutorando em Direito Penal pela UERJ.

attributions according to the position occupied and the role played by each individual, in a synergistic effort designed for the proper functioning of the integrity program. In addition to this center of duties and responsibilities, other individuals are competing for this important role. They are whistleblowers, individuals who know facts that are antagonistic to the corporate integrity policy and, voluntarily, decide to notify them to the economic agent itself or to public authorities, in order to contribute to avoid or mitigate new risks and to detect, ascertain and sanction irregularities and / or transgressions that conflict with internal and external norms to the business organization.

Keywords: Compliance. Whistleblowing. Whistleblower procedures. Whistleblower protection program. Informant for good in Brazil. Treatment of Personal Data.

Sumário: Introdução – 1. Sistema *whistleblowing* – 1.1. Os Programas de Recompensas – 1.2. O Sistema de Proteção (*whistleblower protection program*) – 2. O programa de reportantes para enfrentamento à corrupção no Brasil – 3. O tratamento dos dados pessoais – 4. Conclusão – 5. Referências Bibliográficas.

Summary: Introduction – 1. Whistleblowing system – 1.1. The Reward Programs – 1.2. The Whistleblower protection program – 2. The reporting program for tackling corruption in Brazil – 3. The processing of personal data – 4. Conclusion – 5. Bibliographic references.

---

24. Introdução

O cenário econômico globalizado atualmente é edificado a partir do reconhecimento de necessários padrões éticos orientadores e limitadores da liberdade econômica, que se embeberam em predicações da ética social para enfrentar os complexos e diversificados episódios de desvios de padrões comportamentais ocorridos nos últimos tempos, que desvirtuaram a função socioeconômica da empresa e a expectativa econômica socialmente esperada do ente corporativo e que inauguraram um recente paradigma de comportamentos ilícitos que transcendem o modelo tradicional de condutas suscetíveis de verificação na órbita organizacional econômica e sobre o qual se debruça, hoje, as Ciências Criminais, sobremaneira.

Nesse cenário, difundiu-se o termo *compliance*, é dizer, um pressuposto dever corporativo de conformidade, consoantes parâmetros éticos e normativos densificados por normatizações interna – ambiente de irradiação da autorregulação pura ínsita à organização econômica e da autorregulação regulada – ou externa *corporis* – cenário consentâneo também à corregulação, sem prejuízo de uma rede metarregulatória – para orientar a atuação dos mais diversos agentes econômicos no mercado (sentido amplo ou subjetivo do termo *compliance*). Trata-se, portanto, de um sistema de conformidade com propensão instrumental à promoção da integridade no ambiente empresarial[1] e – mais recentemente – no setor público, bem como com propósitos finalisticamente concebidos para adequada estruturação e realização da empresa.

Esses *standards* éticos, que devem permear toda organização, principalmente, a alta administração (*tone from the top*), exigem o implemento de ações, medidas, regras e procedimentos internos capazes de conferir-lhes concretude. Sob esse enfoque, cabe aos regulamentos internos e aos códigos de éticas e de condutas estabelecer a parametrização a ser observada, no âmbito corporativo, para prevenção de transgressões e irregularidades, bem como para tratamento de eventuais desvios comportamentais verificados a fim de conferir-lhes uma resposta jurídica adequada e proporcional (sentido estrito ou objetivo do termo *compliance*).

Nesse procedimento integrativo e relacional, um importante instrumento de revelação de fatos antagônicos às disposições legais e aos códigos de éticas e de condutas, quando não verificados por mecanismos ordinários de monitoramento, são os sistemas de *whistleblowing.* Esses sistemas devem incentivar e facilitar a comunicação, por qualquer indivíduo, de fatos que afrontem a integridade exigida no ambiente corporativo, máxime, aqueles comportamentos altamente reprováveis e que afetam bens juridicamente tutelados em função de sua vital importância para a ordem econômica, com o propósito último de apurá-los e combatê-los, conferindo adequado dimensionamento às finalidade repressivas do *compliance* e, desta feita, materializando compromissos internacionais assumidos para adequado enfrentamento desses desvirtuamentos corporativos cometidos a partir de uma empresa ou por meio de sua atuação em benefício próprio ou de terceiros.

[1] Estudo das Nações Unidas sobre boas Práticas na Proteção das pessoas denunciantes destaca que a "private sector corruption distorts competition and can increase costs; it creates unfavourable dependencies between the supply and demand sides of a corrupt act, leads to missed business opportunities and violates the interests of investors and shareholders.." (NAÇÕES UNIDAS. *The United Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons*. p. 1. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

A tônica deste trabalho reside, portanto, nessas diretrizes internas que devem ser instituídas para incentivar e viabilizar a iniciativa de denunciantes que integrem ou não a estrutura corporativa, a qualquer título, observando-se um procedimento adequadamente estabelecido para essas denúncias (*whistleblower procedures*), mediante a possibilidade de coleta de informações por meio de canais de recebimento e tratamento que, de forma segura e efetiva, propiciem a notícia de fatos interna e externamente, com um arcabouço subjacente protetivo aos indivíduos denunciantes (*whistleblower protection program*) a fim de assegurar o funcionamento do *whistleblower program* e a fidedignidade das informações, sem prejuízo da atuação dos próprio infratores (informantes), mediante confissões sobre a prática de irregularidades ou ilícitos que se antagonizem à política de integridade.

25. Sistema Whistleblowing

As denúncias são importantes fontes de conhecimento acerca de fatos contrários à lei e aos códigos de éticas e de condutas que orientam a atuação dos agentes econômicos, principalmente quando esses fatos não são capazes de serem verificados por mecanismos ordinários de monitoramento e detecção instituídos pelo programa de *compliance*. As denúncias podem ser compreendidas como comunicações feitas por qualquer pessoa, ainda que alguns sistemas não confiram proteção aos denunciantes externos, que decide noticiar, desde preocupações com as práticas e planos negociais e falhas no programa de integridade, até mesmo práticas irregulares ou ilegais, como comportamentos antiéticos ou condutas disformes, fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro ou financiamentos às práticas ilícitas.[2]

Sobre a importância das denúncias, John C. Coffee Jr. esclarece que a barreira inicial para os processos de colarinho branco da corporação ou de seus diretores é o custo de obtenção de informações.[3] Não por outro motivo, o estudo de fraude global realizado em 2016 pela Associação de Examinadores Certificados de Fraudes (*Association of Certified Fraud Examiners – ACFE*), as denúncias são as principais fontes de conhecimento de irregularidades

[2] A Associação de Examinadores Certificados de Fraudes (*Association of Certified Fraud Examiners – ACFE*) trouxe indicativos, em estudo de fraude global realizado em 2016, de que a organização perde 5% das receitas em um determinado ano como resultado de fraude. A perda total causada pelos casos, no estudo realizado, ultrapassou U$ 6,3 bilhões (Association of Certified Fraud Examiners. *Report to the nations on occupational fraud and abuse. Global fraud study*, 2016, p. 4. Disponível em: <https://www.acfe.com/rttn2016/docs/2016-report-to-the-nations.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021)

[3] COFFEE JR., *John C. Corporate Crime and Punishment*: The Crisis of Underenforcement. Ed. Editores Berrett-Koehler. Oakland, CA. 2020, p. 162.

praticadas no âmbito corporativo, estando a frente das auditorias internas e revisões administrativas.[4]

De efeito, a conduta de denunciar, ainda que não esteja estabelecida como um dever legal[5], é uma ação ética pró-social de relevantíssima importância para a sociedade e para a empresa e que, portanto, deve ser encampada pelas políticas promocionais de integridade e de cooperação para sua consecução e/ou para cumprimento dos interesses corporativos e estatais. É nessa órbita que se destacam os sistemas de *whistleblowing*, um importante instrumento para viabilizar denúncias sobre irregularidades ou ilicitudes no âmbito corporativo.

Os sistemas de *whistleblowing* exsurgem, portanto, como um dos pilares do programa de *compliance* a fim de contribuir para a promoção do sadio ambiente corporativo, porquanto permitirá que a empresa corrija o problema e sancione os agentes responsáveis a partir das informações que foram trazidas ao seu conhecimento por indivíduos que devem ser protegidos. Trata-se de uma conduta pró-social,[6] reitera-se, que revela uma forma de cidadania organizacional, é dizer, um processo informal de comportamento em que as pessoas vão além do dever de contribuir para o bem-estar de organização e seus integrantes.[7]

A *Whistleblowing International Network*, uma rede de profissionais que trabalham para o aprimoramento de melhores práticas de governança em todo o mundo, inclusive para a defesa

---

[4] Ibidem, pp. 27/28

[5] Nesse ponto, deve-se diferenciar a denúncia do dever de informar, o qual poderá ser estabelecido normativamente para determinados setores econômicos, a exemplo do que se verifica no âmbito da Lei n. 9.613, de 1998. Esse diploma legal determina que setores obrigados definidos no seu artigo 9º – pessoas físicas ou jurídicas que desempenham certas atividade financeira, profissionais de assessoria, consultoria e auditoria; empresários de atletas e artistas, comerciantes de bens de luxo, cartórios e juntas comerciais, entre outros – deverão comunicar à Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), determinadas operações enunciadas no artigo 11, incisos II e III, em virtude do dever especial de atenção estabelecido para verificação de sérios indícios de prática de crimes previstos nesse diploma legal, ou que com eles se relacionem. O COAF, por sua vez, concluindo pela existência desses crimes, com fundamento em indícios concretos, ou pela prática de qualquer outro ilícito, informá-lo-ás às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis. Cite-se, ainda, no âmbito do mercado cambial, a Resolução BACEN nº 4859, de 23/10/2020, que estabelece, em seu artigo 1º, que as instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil têm dever de reportar qualquer fato capaz de afetar a reputação dos I - controladores e detentores de participação qualificada; e II - membros de órgãos estatutários e contratuais.

[6] De acordo com Calland (2004:2), "whistleblowing is about basic issues which lie at the heart of human activity. It covers loyalty and the question of dubious practices. It concerns communication and silence. It is about practicing what one preaches and about leadership. It focuses on responsibility toward others and the accountability of those in charge. It is where public and private interests meet". (CALLAND, R. 2004. Whistleblowing Around the World and in South Africa: Some Critical Observations. Paper read at the Institute for Directors Breakfast. 6 October 2004. Pp. 2)

[7] GREENBERG, J. and Baron, R.A. 2003. *Behaviour in Organizations.* (Eight edition). New Jersey: Prentice Hall. p. 408.

e apoio aos denunciantes, fornece as seguintes explicações do termo *whistleblowing*, *ipsis litteris*:

> Whistleblowing - [a] Bringing an activity to a sharp conclusion as if by the blast of a whistle (Oxford English Dictionary); [b] Raising a concern about malpractice within an organisation or through an independent structure associated with it (UK Committee on Standards in Public Life); [c] Giving information (usually to the authorities) about illegal or underhand practices (Chambers Dictionary); [d] Exposing to the press a malpractice or cover-up in a business or government office (US, Brewers Dictionary); [e] (origins) Police officer summoning public help to apprehend a criminal; referee stopping play after a foul in football.[8]

A seu turno, a Transparência Internacional, que é uma organização global da sociedade civil na luta contra a corrupção, atribui o seguinte conceito ao referido termo, *in verbis*:

> *Whistleblowing* é divulgação de informações relacionadas a atividades corruptas, ilegais, fraudulentas ou perigosas cometidas em ou por organizações do setor público ou privado - que preocupam ou ameaçam o interesse público - a indivíduos ou entidades que se acredita serem capazes de agir.[9]

Destarte, os programas de *whistleblowing* são sistemas específicos de controle de violações que reivindicam a instituição de canais de denúncias (*hotlines*) adequados, eficazes e atentos à facilitação das comunicações e ainda suficientemente capazes de garantir o anonimato e o sigilo do denunciante de boa-fé (*whistleblower protection*).[10] Deve também estruturar-se de modo que seja capaz de prevenir a divulgações de informações imprecisas, infundadas, prejudiciais ou imbuídas de má-fé.[11] Ademais, é imprescindível a divulgação adequada (*disclousure*) e a adoção de medidas que incentivem a notícia acerca de qualquer evento que afronte a política de *compliance*,[12] a partir de um sistema bem projetado para encorajar o relato

---

[8] DEHN, Guy. (2002). *Whistleblowing: A New Perspective*. In.: *Whistleblowing International Network*. Disponível em: https://whistleblowingnetwork.org/WIN/media/pdfs/Fruad-corruption-EUR-PCaWReport2000corruptiongdEC-2000.pdf>. *Acesso em*: 08 maio 2021.

[9] TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *International Principles for Whistleblower Legislation*. 2013. Disponível em: < https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowerPrinciples_EN.pdf>. Acesso em: 09 maio 2021.

[10] LASCURAÍN, Juan Antonio. *Compliance, debido control y unos refrescos*. *In*: El *Derecho Penal Económico* em la *era Compliance*, *org*. *Luis Arroyo Zapatero* e Andán *Nieto Martín*, Tirant lo Banch, Valência, 2013, p. 131.

[11] Destaca John C. Coffee Jr., que a investigação hoje começa não com a agência de fiscalização, mas com o denunciante. Para ter certeza, a agência de fiscalização pode se recusar a perseguir alegações que não correspondam a suas prioridades, mas o ponto de partida para a investigação começa com o denunciante externo. (COFFEE JR., op. cit., p. 163)

[12] Estudo das Nações Unidas destaca que "Corruption is a crime with far-reaching consequences, and yet most incidents of corruption go unreported and undetected. A primary reason for people's reluctance to report is the impression that authorities will not take their report seriously and that nothing will be done. Other reasons for

dos fatos antagônicos à política de integridade, inclusive valendo-se de mecanismos de proteção das informações (*protected disclosure*).[13]

Whistleblowing é, portanto, um sistema instrumental à política de conformidade estabelecida e que tem por objetivo viabilizar o recebimento e o tratamento de informações sobre irregularidades e/ou transgressões, por meio de uma investigação imparcial capaz de elucidar tais fatos, saná-los e punir os agentes que tenham contribuído para a sua prática, sem prejuízo da decisão de noticiar o resultado dessa investigação às autoridades competentes para adoção de eventuais providências legais suscetíveis de implementação. Não por outro motivo, em sede doutrinária destaca-se, *in verbis*:

> Os sistemas de whistleblowing, ao lado das investigações internas, constituem-se em instrumentos de controle e supervisão da conformidade das práticas empresariais com o Direito. Pela expressão whistleblowing se quer referir ao ato de informar o cometimento de um ilícito. Aquele que denuncia é chamado de whistleblower, isto é, a pessoa que "assopra o apito", delatando a irregularidade perpetrada. Mas o termo não é aplicável a qualquer informante, senão àquele que possui uma relação com a organização empresarial objeto das irregularidades, como, por exemplo, os empregados atuais e anteriores de uma corporação que denunciam atos ilícitos concernentes às atividades empresariais, realizados pela própria organização ou por seus membros, ante seus superiores, às autoridades ou a terceiras pessoas. Também o delator que exerce qualquer função de controle, investigação ou delação está excluído do conceito, ou seja, resta fora da classificação de whistleblower, aquele profissional que cumpre obrigação vinculada ao seu cargo de informar aos diretores da empresa que empregados da organização cometeram irregularidade.[14]

Neste ponto, verifica-se que o termo denunciante difere de informante, conquanto parte doutrina trate as expressões como sinônimas. A distinção parece adequada ao se considerar as

---

this reluctance include the lack of awareness of available reporting mechanisms and the fear of retaliation." (NAÇÕES UNIDAS, op. cit., p. 3)

[13] A Câmara Internacional de Comércio indica diretrizes sobre denúncias (guidelines on whistleblowing) para ajudar as empresas a estabelecer e implementar programas de denúncia, estabelecendo indicações práticas, que podem servir como um útil ponto de referência, atendendo, tanto quanto possível, às objeções formuladas em certos países sobre alguns aspectos de um sistema de denúncia de irregularidades. São pressupostos do programa que todos os funcionários estejam em posição de relatar ocorrências graves, sem medo de retaliação ou de ação discriminatória ou disciplinar. (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. *ICC guidelines on whistleblowing*. Disponível em: < https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021. Em sentido semelhante, a Transparency International desenvolveu o Guia de Boas Práticas para Legislação de Denúncias sobre como implementar seus Princípios Internacionais para Legislação de Denúncias na legislação nacional (Transparency International. *A BEST PRACTICE GUIDE FOR WHISTLEBLOWING LEGISLATION*. Disponível em: < https://www.transparency.org/en/publications/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation>. Acesso em 09 maio 2021.

[14] PAULINO, Hélder Lacerda. *O criminal compliance e os sistemas de whistleblowing*. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 94.

espécies plurais de contribuições individuais para a apuração de irregularidades e infrações, ora favorecendo a elucidação de fatos para os quais o denunciante não concorreu, ora objetivando apurar fatos para o qual concorreu, direta ou indiretamente, a fim de que seja favorecido com benefícios legais que impulsionam a própria decisão colaborativa do informante, inclusive qualificando-a com a delação de eventuais agentes que possam ter contribuído para o resultado.[15]

Sob esse enfoque, pode-se afirmar que denunciante é um conceito que surgiu nos anos de 1960[16] para identificar a existência de espaços existenciais no homem, no qual predomina a ética da responsabilidade ao considerar mais importante o interesse público ao revés do interesse da organização para a qual trabalha quando decide noticiar transgressões ou ilícitos. Atualmente, a expressão pode ser compreendida de forma transcendental ao ambiente corporativo para abarcar agentes que noticiam os fatos, interna ou externamente, independente de vínculo atual ou pretérito com a organização, sempre movidos pelo objetivo de que esses fatos para o qual não concorreu sejam apurados, ainda que eventualmente possam perseguir alguma recompensa.

Por sua vez, informante é o agente que atua imbuído de uma motivação precípua pessoal e que, de alguma maneira, participou da irregularidade ou ilicitude reportada e busca algum benefício previsto normativamente para beneficiar-se em sua empreitada.[17] Há um processo informacional interativo entre o indivíduo e a organização ou mesmo o Estado, num ponto que emerge outra temática que suscita acalorados debates doutrinários: os negócios jurídicos

---

[15] A distinção é feita no plano de Diretrizes de Combate à Corrupção (ação 01/2018) da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), cujo Anexo IV apontou como propostas debatidas nos eventos regionais a necessidade de "implementação padronizada de sistema informatizado criptografado e que impossibilite a identificação do informante e do **whistleblower**, com geração de um "código de retorno" para futuros benefícios e que seja direcionado a um "colegiado investigativo" formado pelos membros do Legislativo, Ministérios Públicos Federal e Estaduais, Procuradorias (União, Estados, DF e Municípios) Polícia Federal, Polícia Civil, Controladorias Gerais e Advocacias de entes públicos, com retorno de vantagens aos denunciantes." (BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. ENCCLA: Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro: Ações de 2021. Brasília: 2021. Disponível em: < http://enccla.camara.leg.br/acoes>. Acesso em: 10 maio 2021)

[16] Vladimir Passos de Freitas esclarece que "[a] palavra 'whistleblowing' começou a ser utilizada no século XIX e está ligada ao uso de um apito para comunicar ao público algo negativo, como um crime ou mesmo a violação de uma regra em um jogo. O uso de apito pelos árbitros nos jogos de futebol, certamente, advém deste hábito. Nos anos 1960 a palavra começou a ser usada por jornalistas e, nos anos 1970, ela substituiu, na área jurídica, a palavra delator, de conotação pejorativa". (FREITAS, Vladimir Passos de. *O whistleblower (informante do bem) na ordem jurídica brasileira.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-03/whistleblower-informante-bem-ordem-juridica-brasileira>. Acesso em 09 de maio de 2021.

[17] BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments*. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180>. Acesso em: 09 maio 2021.

específicos, das mais variadas natureza (administrativa, civil e penal), formalizados entre particulares e o Estado para promover soluções voluntariamente ajustadas para os ilícitos.

De efeito, o elemento volitivo do agente predicado pela pretensão de obtenção de benefícios concretamente estabelecidos para seus atos irregulares ou ilícitos é que permite diferenciar o denunciante do informante. Nessa esteira, o ato do informante transcende o ato do denunciante, ainda que o tenha como pressuposto e o qualifique, mediante confissão ou confissão acrescida de delação, num procedimento que revela atores específicos: o *whistleblower* ou denunciante ou, eventualmente, colaborador ou delator;[18] o transgressor (pessoa jurídica ou indivíduo (s), podendo ser o próprio colaborador ou delator); e a organização e/ou o ente público interessado em apurar os fatos, corrigi-los e sancioná-los para adequado controle social dos comportamentos desviados, proteção de bens jurídicos que interessam à ordem econômica e reafirmação da validade das normas estabelecidas.[19]

Destarte, o termo *whistleblower* deve ser compreendido como a atuação de indivíduos que, integrando ou não o quadro corporativo, conhece de irregularidades e as transgressões e decide noticiá-los, sem que, de qualquer modo, tenha contribuído para o resultado. O conceito transcende, portanto, o balizamento apriorístico que enfoca a definição na posição ocupada pelo indivíduo dentro da organização (*insiders*), ainda que preteritamente.[20]

Nesse sentido, identifica-se que os maiores interessados em reportarem tais condutas seriam aqueles sujeitos que percebem lucros a partir do seu interesse no capital social que eventualmente podem ser surpreendidos e prejudicados pelos comportamentos denunciados. Entretanto, podem também representar aqueles indivíduos que, não pertencendo ao quadro corporativo, conhece fatos que devem ser noticiados à pessoa jurídica ou às autoridades

[18] Como bem destacado pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Penal nº 470, "Robert Cooter e Thomas Ulen, na clássica obra Law and Economics (3ª ed. Addison Wesley Longman, 2000. p. 34 e ss.), explicam que a economia pode ajudar a encontrar a solução mais otimizada em situações nas quais se façam presentes diversos atores, detentores do poder de escolha entre várias alternativas possíveis, e onde a escolha de um influa diretamente na melhor saída para os interesses do outro." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal 470 de Minas Gerais. Plenário. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=220033>. Acesso em 09 maio 2021.

[19] Lascuraín, *op. cit.*, p. 131.

[20] Nesse sentido, o sítio eletrônico da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) esclarece que, "[n]a grande maioria dos casos, o reportante é apenas um cidadão honesto que, não tendo participado dos fatos que relata, deseja que a autoridade pública tenha conhecimento e apure as irregularidades". (BRASIL. ENCCLA: Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro: Ações de 2021, op. cit.)

públicas. Trata-se de denúncias internas e externas para a eficiência da política de combate às irregularidades e transgressões, nas suas mais variadas vertentes.

De efeito, o termo não de imbrica com a definição de *gatekeepers*, em que pese a utilização dessa expressão não revele uma significação unívoca. *Gatekeeper model* pode ser compreendido como uma estratégia de inserção de terceiro, profissional independente com maior suscetibilidade de fiscalizar e reportar irregularidades[21] São, portanto, aqueles profissionais independentes incumbidos da função específica de fiscalizar e noticiar fatos no âmbito de um programa de integridade instituído em determinada corporação. Trata-se de um agente com deveres específicos inerentes a função desempenhada, seja fora quadro estrutural da organização, ou dentro dessa estrutura organizacional, como advogados e auditores, sempre com o objetivo precípuo de proteger os interesses de investidores e acionistas.

25.1 Os Programas de Recompensas

A instituição de incentivos para encorajar denúncias é dos pontos primordiais para eficácia do *whistleblower program*. John C. Coffee Jr. destaca que a maneira mais simples de coletar informações críticas é mediante o oferecimento de vantagens patrimoniais. Isso, porque algum funcionário em algum lugar da organização saberá onde as *smoking guns* estão escondidas. São os incentivos oferecidos que levarão esses indivíduos a fornecerem as informações voluntariamente, suplantando o medo ou simplesmente a lealdade à organização. Assim, barganhas com descontos nas sentenças têm sido o principal incentivo oferecido por promotores no direito norte-americano, ao lado de porcentagens sobre os valores obtidos a título de multas ou sobre os valores recuperados pelo governo.[22]

---

[21] Sobre o tema, John C. Coffee Jr. destaca, *ipsis litteris*: "It is now commonplace to speak of underwriters, auditors, attorneys and certain others as 'gatekeepers.' But not everyone who uses this term has the same meaning in mind. Essentially, the gatekeeper model is a third party enforcement strategy that relies on the fact that it may be easier to deter a third party who has little to gain than an entrepreneur who has a significant stake in a questionable transaction. Given such a stake, the entrepreneur may misrepresent or omit material facts about that transaction, even in the face of high legal liability. Yet, if the law conditions the entrepreneur's ability to consummate the planned transaction on some form of certification by an independent professional that the entrepreneur has complied with the law, it may be easier for the law to deter this third party and cause it to report non-compliance than it is to deter the entrepreneur." (COFFEE JR., John C. *The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries*, Auditor Independence the Governance of Accounting. Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Working Paper nº 191, May 21, 2001. Disponível em: < https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=615100008007026086111083125068028068034059093093031010095071004092121103052011119002054001118070091081118094097105012087044092003104097102027065121089067124036044014001105002127010116026083068085022012007009107066087025107003117119116072066113&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em 09 maio 2021.

[22] Coffee Jr., *op. cit.*, p. 162.

Por isso, muitos países adotaram sistemas de recompensas, incluindo pagamentos monetários, que não trazem custos financeiros para a sociedades quando fundada em recursos percebidos como resultado das informações prestadas. De efeito, defende-se a proposta de generalização do *whistleblower program*, principalmente considerando experiência bem-sucedida evidenciada no direito norte-americanos com as agências *Internal Revenue Service* (IRS), *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) e *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC), o que revelou ser um meio lucrativo para o governo federal. [23]

Sobre o bem sucedido programa de recompensas, o plano de ação de luta contra a corrupção do G20 destaca, *in verbis*:

> To encourage whistleblowing, some G20 countries have adopted rewards systems, including monetary rewards. In the U.S., for example, the False Claims Act, allows individuals to sue on behalf of the government in order to recover lost or misspent money, and can receive up to 30 percent of the amount recovered. The Dodd-Frank Act also authorizes the SEC to pay rewards to individuals who provide the Commission with original information that leads to successful SEC enforcement actions (and certain related actions). Rewards may range from 10 percent to 30 percent of the funds recovered. Korean law also provides monetary rewards for whistleblowers who disclose acts of corruption. The ACRC may provide whistleblowers with rewards of up to USD 2 million if their report has contributed directly to recovering or increasing revenues or reducing expenditures for public agencies. The ACRC may also grant or recommend awards if the whistleblowing has served the public interest. Indonesian law also makes provision for the granting of "tokens of appreciation" to whistleblowers who have assisted efforts to prevent and combat corruption.[24]

Portanto, o programa de recompensas potencializa a possibilidade de que comportamento ilícitos sejam conhecidos, apurados e sancionados, recompondo o estado de coisas pretérito à ilicitude, segundo um programa predicado por variadas formas de benefícios suscetíveis de adoção como beneplácito ao denunciante pela efetividade de sua contribuição. O fim último perseguido pelo *whistleblower program* não impõe, pragmática e empiricamente, questionamentos acerca dos contornos do comportamento positivo do denunciante que tenha atuado imbuído de pretensões ou motivações pessoais.

---

[23] Coffee Jr., *op. cit.*, p. 162. O autor destca que outras agências que poderiam ser incluídas são a *Federal Trade Commission*, a *Antitrust Division*, a *Environmental Protection Agency*, a *Consumer Financial Protection Bureau* e outras. (*ibid.*)

[24] OECD. *G20 Anti-Corruption Action Plan*. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. Disponível em: < https://www.oecd.org/corruption/48972967.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

A dificuldades de apurar transgressões ou irregularidades no âmbito corporativo, sobremaneira as infrações de colarinho branco, a facilidade dos indivíduos, funcionário ou ex-funcionários, em conhecer esses fatos, justificam a contento a ação do denunciante e o recebimento de prêmio legal, não parecendo razoável a assertiva de que poderia haver o comprometimento da espontaneidade do ato de reportar e do seu caráter altruísta, ou mesmo um pretenso incentivo a conduta de "caçadores de recompensas" (*bounty hunters*), em detrimento da própria função exercida internamente por alguns agentes.

Atualmente, ganha dimensão argumentos que defendem até mesmo a criação de fundos para custear as recompensas a fim de estimular a denúncia e a cultura pró-social, inibindo comportamento que poderiam ficar à margem do monitoramento ínsito ao programa de *compliance*. Entretanto, há questionamentos que podem ser suscitados no caso de instituição de programa de recompensas para os *whistleblowers*, quando a fonte de custeio dessas recompensas não deflui de multas e das penalidades pagas pelo infrator.

No Brasil, o tratamento da matéria ainda se faz de forma tímida. A Lei n. 13.608, de 2018, que dispôs sobre serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais, autoriza o pagamento feito pelos entes federados, no âmbito de suas competências, de valores em espécie como recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos.

A matéria recebeu novas cores e matizes. Com a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi inserido o artigo 4º-C, § 3º, na Lei n. 13.608, de 2018, para estabelecer que o denunciante será recompensado em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado quando as informações prestadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública. A proposição inspira-se, principalmente, no direito norte-americano, que regulamentou o *whistleblower program* no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários dos EUA (*U.S. Securities and Exchange Commission* – SEC), sem olvidar outras normatizações em âmbito estadual e federal, como o disposto no *Internal Revenue Code* (IRC).

Entretanto, a regulação é bastante tímida, conquanto tramite, no Congresso, diversas proposições legislativas tratando do tema *whistleblower*, como o Projeto de Lei nº 13/2019, que institui o Programa de Incentivo a Relatos de Informações de Interesse Público e de Proteção ao Reportante, a Ação de Extinção de Domínio, e modifica o Código Penal, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei dos Partidos Políticos, o Código

Eleitoral, a Lei de Lavagem de Capitais e a Lei das Eleições para estabelecer medidas de combate à corrupção e à impunidade; Projeto de Lei nº 65/2019, que institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público; o Projeto de Lei nº 3906/2019 , que dispõe sobre direitos e garantias dos agentes públicos quando da colaboração com informações sobre a prática de crimes, atos de improbidade ou infrações; além de diversas outras proposições semelhantes a exemplo dos Projetos de Leis nº 9167/2017; 3.165/2015 1701/2011, etc.

25.2 O Sistema de Proteção (whistleblower protection program)

O papel essencial desempenhado pelos denunciantes na exposição de corrupção, fraude, má gestão e outras irregularidades, tem revelado esforços globais para estimular a política de denúncias e proteção aos indivíduos que noticiam os fatos. Muitos países assumiram o compromisso, por meio de documentos internacionais, de editar leis de incentivo a relatos de suspeitas de irregularidades e de proteção ao denunciante.[25]

De acordo com a Associação de Examinadores Certificados de Fraudes (*Association of Certified Fraud Examiners – ACFE*), em relatório de estudo de fraude global apresentado em 2016, a presença de linhas diretas é uma importante fonte de detecção de fraude e os canais de denúncia (*hotlines*) são os mecanismos mais utilizados para essa finalidade (39,5%), sucedido do e-mail (34,1%), *web-site* ou formulário *on-line* (23,5%), carta ou formulário enviado (16,7%), outros (9,8%) e fax (1,5%).[26]

Portanto, a atuação do denunciante em prol do interesse do ente coletivo capaz de tutelar, por corolário, o interesse público não pode ser alvo de nenhuma retaliação. De efeito, o procedimento de denúncias (*whistleblower procedures*) estabelecido pela empresa deve conferir uma proteção adequada ao denunciante contra todas as formas de retaliação a fim de encorajar os reportantes, assegurar o seu próprio funcionamento e a fidedignidade das

[25] Transparency International, 2013, op. cit.
[26] Association of Certified Fraud Examiners, op. cit., p. 28.

informações[27], inclusive valendo-se de *hotlines* anônimas para *whistleblowers* estruturada para permitir comunicações internas e externas.[28]

O Código da Receita Federal *dos Estados Unidos (Internal Revenue Code* – IRC), que é uma consolidação e codificação de leis tributárias federais, com execução a cargo da *Internal Revenue Service* (IRS), por meio de seus Regulamentos do Tesouro e Regras de Receita, no Título 26 (Subtítulos "A" a "K"), concebe medidas de proteção ao denunciante e possibilita a concessão de prêmios em caso de denúncias de evasão fiscal, exigindo-se que essas denúncias sejam assinadas e enviadas sob pena de perjúrio e que estejam relacionadas a uma ação contra indivíduo cuja renda bruta exceda a US $ 200.000 ou a qualquer ação cujo produto da disputa exceda a US $ 2 milhões, além da necessária observância de outras condições. Há possibilidade de se conceder benefício legal até mesmo nos casos de contribuição menos substancial (*Subtítulo F – Procedimento e administração –, Capítulo 78,* Subcapítulo B – Poderes e Deveres Gerais –, *Seção 7623, "b")*.

De efeito, o *Internal Revenue Code* (IRC) estabelece que nenhum empregador, ou qualquer dirigente, empregado, contratado, subcontratado ou agente de tal empregador, pode demitir, rebaixar, suspender, ameaçar, assediar ou de qualquer outra forma discriminar um empregado nos termos e condições de emprego (incluindo por meio de um agir no curso normal das funções de tal funcionário) em represália por qualquer ato legal praticado pelo funcionário (*Subtítulo F – Procedimento e administração –, Capítulo 78,* Subcapítulo B – Poderes e Deveres Gerais –, *Seção 7623, "d").*

[27] Juan Antonio Lascuraín esclarece que "La Agencia Española de Protección de Datos considera que "debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de los sistemas de 'whistleblowing', de forma que se evite la existência de denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas. La garantía de la confidencialidad debería manifestarse a través del hecho de que la persona denunciada no pudiera acceder a los datos identificativos de la persona denunciante". Más tajantemente, concluye "deberá exigirse que el sistema unicamente acepte la inclusión de denuncias en que aparezca identificado el denunciante, sin perjuicio de las salvaguardias que se han señalado para garantizar la confidencialidad de sus datos de carácter personal, no bastando el establecimiento de un primer filtro de confidencialidade y una posible alegación última del anonimato para el funcionamiento del sistema. En cambio el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas recomenda "establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de especial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa" (50.1.d). El Código afirma expresamente que parte de que "tales mecanismos respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal".". (Lascuraín, op. cit., pp. 131/132)

[28] Ibidem, p. 72.

Vale destacar ainda que todos os registros administrativos cobertos pelo Título 26, sujeitam-se ao princípio da privacidade, de modo que se protege a privacidade dos denunciantes e seus dados. Há procedimentos específicos de prevenção de divulgação de nomes, endereço, números de previdência social ou números de telefone. As informações coletadas são usadas apenas para determinados fins elencados no Título 13.

No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários dos EUA (*U.S. Securities and Exchange Commission* – SEC), há a previsão de *whistleblower program* para fornecer incentivos monetários para que indivíduos, independente do vínculo com a empresa, relatem, voluntariamente (antes que uma solicitação, investigação ou demanda relacionada ao mesmo assunto seja inaugurada), possíveis violações das leis de valores mobiliários federais à SEC. De acordo com o programa, os denunciantes qualificados têm direito a uma concessão entre 10% e 30% das sanções monetárias cobradas em ações impetradas pela SEC e ações relacionadas impetradas por outras autoridades regulatórias e de aplicação da lei. O Programa também proíbe retaliação por parte de empregadores contra funcionários que fornecem informações sobre possíveis violações de valores mobiliários.

Em relatório para o Congresso elaborado pela *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), referente ao ano fiscal de 2020, destacou-se a importância do *whistleblower program* sob a vigência do Dodd-Frank Act de 2010. Foram enaltecidas inúmeras conquistas recordes em termos de indivíduos e prêmios concedidos, reclamações processadas e denúncias recebidas, principalmente quando comparado com o ano anterior em que o número de denúncias parecia estabilizar. Os prêmios totais de denúncias no programa ultrapassaram a marca de US $ 500 milhões, desde o início do programa. US $ 175 milhões foram concedidos apenas no ano fiscal de 2020. A quantidade de denúncias ultrapassou o montante de 6.900; o maior número em um determinado ano. Esse número reflete um aumento de 31% em relação a 2018 – o segundo ano com maior índice – e um aumento de 130% desde o início do programa.[29]

[29] Não obstante o demonstrativo positivo do relatório elaborado pela *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), John C. Coffee Jr. destaca que a Comissão enfrentou tempos de incapacidade nos esforções de investigação, o que levou o Congresso a criar um sistema de recompensas para complementar os próprios esforços de investigação da SEC, além de instituir fortes incentivos econômicos para informar os cidadãos privados (normalmente funcionários atuais ou ex-funcionários) a voluntariamente fornecerem "informações originais" que resultam na obtenção de sanções monetárias pela SEC de mais de US $ 1 milhão (seção 21F do Securities Exchange Act). O autor esclarece também que há uma disparidade entre o número de denúncias (mais de 18.000, no ano fiscal de 2018) e o número de destinatários dos incentivos (59). Com base nisso, conclui que apenas 1 em cada 305 denunciantes parece ser recompensado, o que levanta a possibilidade de que a SEC não seja capaz ou não queira processar ou verificar todo o material e informações confiáveis que recebe. Nesse sentido, entre 2012 e 2016, a SEC recebeu cerca 99 denúncias, mas rejeitou sessenta e quatro delas

O ano fiscal de 2020 também trouxe o maior número de ganhadores de prêmios na história do programa: 39 pessoas, entre elas funcionários atuais e ex-funcionários de empresas que tiveram conhecimento da conduta ilegal; pessoas de fora da empresa (*outsiders*) que forneceram análises detalhadas de irregularidades; estrangeiros que aclararam fraudes ocorridas no exterior de difícil detecção, mas impactando os investidores dos EUA e o mercado; e investidores que perderam dinheiro nas mãos de fraudadores. O maior prêmio individual do ano fiscal foi de U$ 50 milhões, em 4 de junho de 2020, em que pese tenha sido concedido, em 22 de outubro de 2020, após o ano fiscal de 2020, o maior prêmio da história do programa: U$ 114 milhões.

O relatório destaca ainda que, desde o início do programa até o final do ano fiscal de 2020, a execução de questões trazidas com informações de denunciantes resultou em pedidos de mais de US $ 2,7 bilhões em total de sanções monetárias, incluindo mais de US $ 1,5 bilhão em devolução de ganhos ilícitos, sendo que mais de US $ 850 milhões foram ou estão programados para serem devolvidos a investidores prejudicados. Ademais, oportuno destacar que a Comissão adotou emendas à regra de denúncias, que foram propostas em junho de 2018, com o objetivo de proporcionar maior transparência, eficiência e clareza, além de pretender fortalecer e reforçar o programa.[30]

Outra importante agência independente do governo dos Estados Unidos, que apresenta um *whistleblower program* estruturado, é a Comissão de Negociação de Contratos Futuros de Commodities (*Commodity Futures Trading Commission* – CFTC). John C. Coffee Jr. esclarece que a CFTC tem se comportado de maneira distinta da SEC, porquanto tem distribuído "alertas" para a comunidade de investidores e da indústria de valores mobiliários, exaltando sua prontidão em pagar recompensas por informações, inclusive em campos bem fora de seu domínio normal, como lavagem de dinheiro, práticas estrangeiras de corrupção, informações privilegiadas e fraude de criptomoeda, não obstante também tenha agido com muita cautela no processamento de denúncias e pagamento de prêmios.[31]

(cerca de dois terços). Isso pode significar que muitos pedidos de indenização foram frívolos ou que a SEC resiste em compartilhar o crédito com pessoas de fora. (COFFEE JR., *op. cit.*, pp. 163/164)

[30] U.S. Securities and Exchange Commission (SEC). 2020 *ANNUAL REPORT TO CONGRESS*: Whistleblower Program. Disponível em: <https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report_0.pdf?fbclid=IwAR3t2w0_IIW4IOpFKaKn2WTciVE3nKMVc-KJgwiS7flTFC9Cx01eOyfq2i4>. Acesso em: 11 maio de 2021.

[31] (COFFEE JR., *op. cit.*, pp. 167).

Por sua vez, a Lei Sarbanes-Oxley Act (SOX) estadunidense de 2002 editada com o propósito de proteger investidores de empresas atuantes do mercado norte-americano, favorecendo a confiabilidade das divulgações feitas pelas corporações, incentiva a criação de canais de comunicação anônima e estimula a política de denúncias, inclusive mediante adoção de medidas protetivas para os denunciantes contra investidas ilegais dos empregadores. A seção 806 da SOX autoriza o *Department of Labor* a proteger o trabalhador denunciante e a acusar criminalmente os responsáveis por eventual retaliação. A seção 1107 da SOX considera crime uma pessoa retaliar intencionalmente um denunciante por divulgar informações verdadeiras a um policial a respeito de um suposto delito federal.

Encerrando o rol exemplificativo do sistema no modelo estadunidense, o qual evidencia uma cultura de difusão do sistema de *whistleblowing*, com excelentes resultados, merece destaque também o a *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA) sancionada em 2012 para estabelecer proteções para funcionários federais que divulgam evidências de perdas, fraudes e abusos no âmbito do governo federal, fortalecendo e transcendendo a previsão estabelecida pela *Whistleblower Protection Act* de 1989. Assim, expandiu a proteção ao denunciante, previu a designação de uma Ouvidoria de Proteção de Denunciantes e estabeleceu que qualquer política, formulário ou acordo de não divulgação (conhecido como NDA) deverá ser celebrado por meio de declaração pré-formulada, além de outras disposições normativas.

A exemplo das disposições legais elencadas acimas, diversos outros países e blocos econômicos criaram seus próprios programas de denúncias (*whistleblower program*), exortando a preocupação em proteger o denunciante. Nesse sentido, no âmbito da *Australian Securities and Investments Commission* (ASIC), a *Corporations Act 2001* (*Corporations Act*) confere proteção a certas pessoas a fim de que seja incentivadas as denúncias. As proteções aos denunciantes foram, inclusive, ampliadas a partir de 1º de julho de 2019, incluindo a exigência de que as empresas públicas, grandes empresas proprietárias e administradores corporativos de entidades de previdência regulamentadas pela APRA-regulated tenham uma política de denúncias a partir de 01/01/2020.

No âmbito da União Europeia (UE), como medidas legítimas para proteger os denunciantes que agem no interesse público, o Parlamento Europeu reconhece a denúncia de irregularidades como um aspeto fundamental da liberdade de expressão e de informação, direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, cuja observância e aplicação devem ser asseguradas, inclusive mediante a proteção dos trabalhadores.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.007 | ISSN: 2764-1899

Nesse maior Bloco Econômico mundial, pode-se citar como exemplos de documentos sobre a temática a Resolução de 24 de 2017, sobre as medidas legítimas para proteger os denunciantes que agem no interesse público ao divulgarem informações confidenciais de empresas e organismos públicos; a Resolução 1729, de 2010, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a proteção dos autores de denúncias; a Resolução 2060, de 2015, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a melhoria da proteção dos autores de denúncias; a Recomendação CM/Rec, de 2014, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 30 de abril de 2014, sobre a proteção dos autores de denúncias, assim como o respetivo guia sucinto para a aplicação do quadro nacional, de janeiro de 2015; a Resolução 2171 de 2017 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 27 de junho de 2017, que exorta os Parlamentos nacionais a reconhecerem o direito de denunciar irregularidades; e o Relatório de iniciativa, de 14 de fevereiro de 2017, sobre o papel dos autores de denúncias na proteção dos interesses financeiros da União Europeia.

Acrescente-se, ainda, outros importantes documentos sobre o tema. O plano de ação de luta contra a corrupção do G20, nomeadamente o respectivo guia sobre uma legislação destinada a proteger os autores de denúncias; o relatório da OCDE, de março de 2016 sobre uma proteção eficaz dos autores de denúncias; os *Guidelines on Whistleblowing* da Câmara Internacional do Comércio de 2008; e os *Recomended Principles for Whistleblowing* da Transparência Internacional de 2009. No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), outros documentos enfatizam a necessidade de instituição desses programas.

De acordo com a OCDE, com uma série de escândalos evitáveis que varreram muitos países membros desde 2000, a proteção de denunciantes tem sido cada vez mais reconhecida como uma ferramenta importante para detectar e prevenir a ocorrência de ocorrências de irregularidades. O ímpeto para promulgar leis de proteção de denunciantes entre os países da OCDE foi ainda mais fortalecido pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) em 2005, a adoção das disposições da Recomendação Antissuborno da OCDE de 2009 sobre proteção de denunciantes dos setores público e privado, seguindo o Plano de Ação Anticorrupção do G20, elaborado em Seul em 2010.

Ademais, a OCDE, em suas recomendações para combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, destaca ainda a necessidade de adoção de disposições e medidas para garantir a denúncia de suborno estrangeiro, de acordo

com a seção IX dessa Recomendação, a qual recomenda que os canais sejam de fácil acesso; que medidas apropriadas estejam em vigor para facilitar o relato de funcionários públicos, em particular aqueles postados no exterior, direta ou indiretamente por meio de um mecanismo interno, bem como para proteger o denunciante de boa-fé contra ações discriminatórias ou disciplinares.[32]

Acerca da referida Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2003, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, deve-se destacar que seu artigo 33 estabelece que os Estados Partes devem considerar a possibilidade de "incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis", quando relacionados aos delitos nela previstos, como lavagem de dinheiro, suborno de funcionários públicos, malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público, além de outras formas mandamentais de criminalização.

No mesmo norte, o Brasil é também signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 4.410, de 7 de outubro de 2002. Essa Convenção dispõe em seu artigo 3º, §8º, que os Estados Partes devem estabelecer e zelar por sistemas de proteção aos funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive com a proteção de sua identidade.

A seu turno, a Convenção de Palermo impõe aos Estados-Partes, inclusive ao Brasil (*ex vi* do Decreto n. 5.015, de 2004), no seu artigo 8º, n. 1, "a", a obrigação de instituição de regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de serem utilizados para a lavagem de dinheiro, com o objetivo de que se identifique o cliente, registre as operações e viabilize a denúncia de operações suspeitas.

Em âmbito doméstico, a proteção ao denunciante é ainda bastante incipiente. A título de exemplo, a Lei nº 8.429/92 proíbe que o funcionário público divulgue fato ou circunstância

[32] OECD. Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: < https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso em 10 maio. 2021.

de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo (artigo 11, inciso III). O Código Penal, no artigo 154, tipifica a violação do segredo profissional, é dizer, a conduta de revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Por sua vez, a Lei nº 8.112, de 1990, com a alteração promovida pela Lei nº 12.527, de 2011, estabelece que não poderá subsistir responsabilizado civil, penal ou administrativa de servidor que dê ciência à autoridade superior ou à outra autoridade, quando houver suspeita de envolvimento desta, acerca de informação sobre a prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública (artigo 126-A).

Neste ponto, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também promoveu importantes alterações na temática. A lei previu que a possibilidade de o informante não se identificar e, caso o faça, terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados. Por conseguinte, foi acrescentado o artigo 4º-C e § 1º, produto da Lei nº 13.964/2019, para prever que se assegura ao denunciante as medidas de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como a proteção contra eventuais condutas comissivas ou omissivas praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, a exemplo de demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, entre outras. Ademais, a prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configura falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.

Assegura-se ainda ao informante o direito subjetivo de ser ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais, desde que atua de boa-fé fé (“reportante do bem”). Nesse caso, haverá isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato. Se o denunciante apresentar, de modo consciente, informações ou provas falsas, poderá responsabilidade.

De efeito, confere-se maior dimensionamento aos sistemas de whistleblowing, no Brasil, determinou que deverá ser assegurado ao denunciante de boa-fé proteção integral contra retaliações, preservando-se a sua identidade, desde que não subsista relevante interesse público ou interesse concreto na apuração dos fatos. Estabelceu o legislador ainda o direito à indenização correspondente ao dobro dos danos material no caso de retaliações, sem prejuízo dos danos morais.

Por fim, deve-se destacar que o denunciante tem direito à preservação de seus dados para tutela dos direitos à privacidade e à intimidade quando age no regular exercício do seu direito. Entretanto, não subsistirá direito ao sigilo quando extrapola os limites estabelecidos para que denúncias sejam reportadas. Nesse caso, a preservação de sua identidade e de seus dados cede ante o interesse público ou mesmo ao interesse concreto para a apuração dos fatos e eventual responsabilização do denunciante que agiu de má-fé. Admitir-se-á, portanto, o tratamento desses dados para o exercício regular de direitos em sede judicial, consoante disposição explícita do artigo 7º, inciso VI, da Lei nº 13.709, de 2018.

26. O programa de reportantes para enfrentamento à corrupção no Brasil

No Brasil, especificamente no âmbito do mercado de capitais, a instituição de meios para receber denúncias, inclusive sigilosas, internas e externas à companhia, em matérias relacionadas ao escopo das atividades da Comitê de Auditoria Estatutário (CAE) é estabelecido pelo artigo 31-B, da instrução CVM nº 308, de 14 de maio de 1999, com as alterações introduzidas pelas instruções CVM nº 509/2011.

No amito do mercado cambial, outro segmento do mercado financeiro, dispõe a Resolução BACEN nº 4859, de 23/10/2020 estabelece, em seu artigo 2º, que as instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem "disponibilizar canal de comunicação por meio do qual funcionários, colaboradores, clientes, usuários, parceiros ou fornecedores possam comunicar, sem necessidade de se identificarem, situações com indícios de ilicitude de qualquer natureza, relacionadas com as atividades da instituição".

A Lei Anticorrupção (Lei Federal n. 12.846/2013), entrementes, pode ser considerada o marco legislativo dos canais de denúncia, no ordenamento pátrio, ante a amplitude que o tema alcançou. Ao estabelecer novas regras de observância obrigatória no âmbito de um programa *de compliance*, elenca esse programa como fator atenuante de aplicação de sanção por eventual infração administrativa, desde que existam efetivos mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

No âmbito de sua norma regulamentadora, o Decreto Federal n. 8.420/2015, há expressa referência aos canais de denúncias como instrumentos parâmetro para avaliação da efetividade

de um programa de compliance. Segundo o artigo 42, inciso X, desse Decreto, é também parâmetro de avaliação a existência ou não de "canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé".

Essa mesma normatividade é refletida na Lei 7.753/17 do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que celebrarem alguma espécie de ajuste com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro, quando o seu valor for superior a R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

A exigência de existência de canais de denúncia no âmbito de programas de compliance, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, é imposta também para pedidos de inventivos fiscais. Segundo a Portaria nº 005/2019, da Companhia de Desenvolvimento Industrial do Estado do Rio de Janeiro (Codin), as sociedades empresárias, exceto microempresas e empresa de pequeno porte com faturamento anual inferior a R$ 4.800.000,00, que apresentem Carta Consulta à Codin devem possuir um programa de integridade em funcionamento que contem com a existência de canal de denúncia (artigo 3º, II).

A Lei Federal das estatais, Lei n. 13.303/2016, também faz menção ao canal de denúncia como produto de um código de conduta e de integridade "que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais" (artigo 9º, § 1º).

No âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), o Referencial de combate à fraude e corrupção, aplicável a órgãos e entidades da. Administração Pública, estabelece que a política de combate à fraude e corrupção deve prever "garantias de sigilo e de não retaliação ao denunciante, além de diretrizes de como denúncias devem ser apuradas", inclusive incentivando terceiros a registrarem, por meio de canais de denúncias, "indicações de condutas fraudulentas ou corruptas envolvendo a organização ou pessoa relacionada a ela." Ademais, registra que:

> A organização deve tomar medidas para assegurar que os denunciantes se sintam confortáveis em denunciar, proporcionando a eles a oportunidade do anonimato, se preferirem. A facilidade em denunciar é ponto-chave na eficiência e eficácia do canal de denúncias. No caso do recebimento de uma denúncia anônima, a organização deve, preliminarmente e em caráter sigiloso, antes de instaurar um processo formal, adotar

> medidas informais tendentes a apurar a verossimilhança dos fatos denunciados. Após essa apuração preliminar e sumária, caso a organização se convença de que há uma razoável probabilidade de serem verdade os fatos denunciados, deve então instaurar, de ofício, um processo formal de investigação, totalmente desvinculado da denúncia.[33]

Outro importante programa de denúncia estatal, sem prejuízo da comunicação formalmente endereçada à própria pessoa jurídica, é disciplinado na Lei nº 13.608/2018, que estabeleceu que os "Estados são autorizados a estabelecer serviço de recepção de denúncias por telefone, preferencialmente gratuito, que também poderá ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio" (artigo 2º), bem como poderão ser concebidas formas de "recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos" (artigo 4º), assegurando-se o sigilo dos dados do informante (artigo 3º).

Mais recentemente, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 ampliou as proposições desses sistemas de *whistleblowing*. Doravante, impõe-se a instituição desse sistema não apenas para a administração direta, mas também para administração indireta – autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia –, que deverão manter "unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público" (artigo 4º-A, *caput*, inserido pela Lei n. 13.608/2018).

Importante fazer referência, ainda, aos trabalhos desenvolvidos pela Estratégia Nacional de Combate a Corrupção – ENCCLA –, que é considerada o maior arranjo de agentes privados, de órgãos, de entidades e de instituições públicas de todos os Poderes para combate aos crimes de colarinho branco no país, por meio de diversas ações e metas elaboradas, consensual e anualmente, para capacitação de agente, instituição de medidas e instrumentos e difusão de informações de inteligência e de racionalização das atividades investigativas.

Na XVIII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, realizada em Brasília/DF, de 1º a 04 de dezembro de 2020, editou-se a recomendação de que seja disponibilizado "canais efetivos a agentes públicos e à população em

[33] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública Disponível em < https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F73726BE9017446E3F3D55DC5>. Acesso em: 09 maio 2021.

geral, para denúncias de irregularidades, com a correspondente manutenção de órgãos encarregados das providências necessárias".[34]

Cite-se também a ação nº 4, do ano de 2016, que estabelece, como estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, a necessidade de elaboração de diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*. Acerca dessa ação, o coordenador da Ação nº 4, no ano 2016, elaborou estudo complementar no qual destacou que o sistema jurídico brasileiro não apresenta codificada a figura do *whistleblower*, como ocorre em outros países. Ademais, o próprio conceito enfrenta dificuldades, "que se iniciam com a própria tradução do termo, e que vão ao final desafiar o legislador na construção de um "programa de whistleblower", ao qual deve interessar apenas fatos relevantes, ou seja, violações importantes de uma determinada norma, identificáveis a partir de informações lógicas que permitam, sob um juízo critico, a conclusão provisória de que há interesse público suficiente para investigação ou procedimento de esclarecimento dos fatos.[35]

27. O tratamento dos dados pessoais

Os dados do denunciante e do denunciado estão sujeitos a proteção porque são conteúdos imanentes aos direitos à privacidade, à intimidade e ao sigilo de dados (artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição da República). Assim, as empresas devem possuir regras que assegurem a proteção de dados do denunciante que reportou a irregularidade ou ilicitude, porquanto necessária para o próprio êxito do objeto da investigação, bem como devem assegurar a proteção dos dados também do denunciado quando do trata-los para atender aos interesses legítimos.

Expor tais sujeitos não é apenas violar o núcleo material dos referidos direitos fundamentais, mas também comprometer a efetividade do programa ao obstaculizar a detecção e a investigação dos fatos reportados, porquanto o receio de retaliação poderá inibir o denunciante de agir, principalmente quando o denunciado é pessoa próxima a ele ou até mesmo um superior no âmbito interno corporativo.

[34] BRASIL. ENCCLA: Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro: Ações de 2021, op. cit.
[35] Ibidem – Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil, ROCHA, Márcio Antonio. 2016, p. 3.

O tratamento, por qualquer meio, dos dados relacionados a pessoas físicas está regulado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD – (Lei n. 13.709, de 2018). Esse diploma segue as pautas de proteção de dados, nos meios digitais, estabelecidas no Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – GDPR) da União Europeia, que substituiu a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais n. 95/46/EC, para estabelecer as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (artigo 1º).[36]

A LGPD determina que qualquer pessoa – natural ou jurídica, de direito público ou privado – que realize qualquer operação com dado de pessoa física identificada ou identificável deve observar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, submetendo-se a um novo rol de deveres para proteção de dados pessoais.

A LGPD é aplicável, segundo o artigo 3º da LGPD, às operações de tratamento de dados realizadas no território brasileiro e àquelas ocorridas fora do território nacional quando tiver por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais disserem respeito à pessoa que se encontre no Brasil no momento da coleta.

A nova disciplina legal insere, ainda, ao catálogo de deveres de conformidade a necessidade de observância do adequado tratamento dos dados pessoais, com a revisitação da disciplina inserida nos códigos de éticas e nos regulamentos internos e a capacitação dos funcionários, bem como o comprometimento da alta gestão e da pessoa a quem compete essa função de tratamento dos dados pessoais dentro da empresa, inclusive para revisar contratos ou procedimentos em curso que envolvam dados pessoais.

O operador de dados pessoais deve provar que o consentimento para tratamento de dados foi obtido em conformidade com o disposto na LGPD (artigo 8º, §2º, da LGPD). Ademais, o compartilhamento de dados pessoais com outros controladores exige o consentimento específico do titular, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na LGPD (artigo 7º, §5º, da LGPD). O controlador deve atender a solicitação da autoridade nacional para elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais – semelhante à *Data Privacy Impact Assessment* da GDPR (artigo 4º, §3º; artigo 10º, §3º; artigo 38 da LGPD), bem como deve informar previamente ao titular sobre as

[36] Vale destacar que a proteção de dados é assunto constante de debate em diversos segmentos da comunidade internacional. Nesse sentido, a Organização dos Estados Americanos também trabalha o tema da proteção de dados pessoais e possui documentos sobre o assunto.

mudanças de finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações (artigo 9º, §2º, da LGPD), sem prejuízo das demais obrigações dispostas na LGPD.

A LGPD, com a alteração promovida pela Lei nº 13.853, de 2019, estabeleceu uma Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade que seguirá diretrizes da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, que detém autonomia técnica e decisória para exercer as competências do artigo 55-J da LGPD, inclusive para fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; e editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei.

Entretanto, vale destacar que o tratamento de dado pessoal – a LGPD define dado pessoal como "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;" – poderá ser realizado não apenas no caso de fornecimento de consentimento pelo titular, mas também nas demais hipóteses explicitadas pelo artigo 7º, da LGPD, como para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. Em todo caso, as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios enunciados no artigo 6º da LGPD.

De efeito, no âmbito de um sistema de *whistleblowing* capaz de resultar na coleta e necessário tratamento de dados, seja no âmbito interno do agente econômico em decorrência do funcionamento de um programa de *compliance*, seja na seara pública para responsabilização do agente nas mais variadas esferas, devem ser protegidos os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, observando-se à disciplina jurídica trazida pela LGPD.

Entretanto, as operações realizadas com dados pessoais e imprescindíveis para esse sistema de *whistleblowing*, estarão legitimadas, nos termos do artigo 7º, IX, da LGPD, porquanto o tratamento desses dados ocorrerá no interesse legítimo do controlador (pessoa natural ou

jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) ou de terceiro, hipótese em que não subsiste direito ou liberdade fundamental do titular cuja proteção prepondere sobre direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados.

Como destaca o artigo 10 da LGPD, o legítimo interesse do controlador poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam ao apoio e promoção de atividades do controlador; e à proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

Não se olvide ainda que, se o programa de denúncias for produto de um programa de integridade instituído em virtude de uma política autorregulatória (ou corregulatória) ou metarregulatória, no qual o Estado condiciona certas operações à instituição do programa ou impõe à sua instituição por meio de normas jurídicas a serem observadas, invariavelmente, o tratamento de dados pessoais, inclusive os sensíveis, estará legitimado por força do disposto nos artigos 7º, II, e 11, inciso II, a, da LGPD, que são expressos ao admitir esse tratamento para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, o que permite também a conservação dos dados mesmo após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades (artigo 16 da LGPD).

Ademais, o tratamento de dados pessoais pode ser realizado pela administração pública, para uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições da LGPD acerca do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, consoante artigo 7, III, da LGPD.

Nota-se que o próprio Poder Público, conquanto não possa transferir às entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, poderá fazê-lo quando "a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades" (artigo 26, §1º, V, da LGPD).

Não obstante essa legitimidade, deve-se destacar, por fim, que o tratamento de dados baseado no legítimo interesse do controlador restringe-se apenas aos dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida. Ademais, o controlador deverá adotar

medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse, facultando-se à autoridade nacional a solicitação de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

28. Conclusão

Os sistemas de *whistleblowing* são produtos da política globalizada de integridade empresarial estabelecida para assegurar a transparência e a segurança no ambiente público e econômico privado, além de conferir préstimos ao fortalecimento da governança corporativa (*corporate governance*). São, portanto, resultado de um compromisso ético-normativo concebido para dar concretude aos objetivos internos da empresa e também para conferir confiança ao mercado, à própria sociedade, aos parceiros contratantes e às partes interessadas (*stakeholders*).

Esses sistemas atuam para fortalecer os mecanismos de controles internos de monitoramento de *compliance* para detecção de irregularidades, correção dos fatores que possam ter contribuído para sua ocorrência e adoção de providências para mitigação de danos à imagem, às operações e ao patrimônio empresarial, bem como para sancionamento dos responsáveis pelas transgressões, irregularidades ou ilícitos. O adequado funcionamento exige uma política capaz de estimular as denúncias, internas ou externas, predicando o comportamento como imprescindível para o ambiente empresarial e para a consecução dos interesses do Estado, sem qualquer pecha de um comportamento desleal.

Nessa esteira, o procedimento de denúncias (*whistleblower procedures*) deve elencar diretrizes que denotem a concretude da política para denunciantes, mediante um programa institucionalizado bem divulgado (*disclosure*) de contribuição plural de reportantes, com previsões acerca de recompensas e de proteção da privacidade e intimidade do reprotante, além dos meios de recepção e tratamento seguros das informações recebidas, inclusive que favoreçam eventuais confissões sobre a prática de irregularidades ou atos ilícitos, sem olvidar a necessidade de estabelecer filtros para as divulgações de informações imprecisas, infundadas, prejudiciais ou imbuídas de má-fé.

No âmbito privado, a instituição de *whistleblower program* é uma necessidade imanente ao programa de *compliance* para realização de sua finalidade repressiva, tendente a apurar fato detectado, corrigi-lo e sancionar os responsáveis. Não se concebe um ambiente corporativo

ético e íntegro sem o imprescindível espaço para recebimento de denúncias, os canais de denúncias (*hotlines*), sobre os mais variados fatos que se antagonizem aos códigos de éticas e de condutas, bem como às disposições normativas às quais se submete o agente econômico. A inexistência ou o mau funcionamento de canais abertos e bem estruturados para denúncias compromete o programa de integridade, assumindo feições de um programa de fachada ou de ambiente de *non-compliance*, comprometendo a boa governança.

No setor público, verifica-se um movimento global de exortação e instituição *whistleblower program* para que irregularidades e/ou ilícitos sejam descobertos apurados, a exemplo das agências norte-americanas *Internal Revenue Service* (IRS), *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) e *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC). Em cenário internacional, edificaram-se, inclusive, *guidelines on whistleblowing* aplicados ao ambiente público e privado para ajudar as empresas a estabelecer e implementar programas de denúncia efetivos, com abertura a todos os funcionários que estejam em posição de relatar ocorrências graves, sem medo de retaliação ou de ação discriminatória ou disciplinar.

Nessa esteira, a proteção ao denunciante é um pressuposto essencial ao funcionamento *whistleblower program*, observando-se todas as enunciações internacionais de *soft law* e *hard law* sobre o tema a fim de assegurar o funcionamento do programa. Assegura-se, nessa ordem de ideias, a privacidade ao denunciante do bem, por meio da proteção de seus dados, que somente poderão ser utilizados em hipóteses excepcionais, bem como confere-lhe direito à proteção trabalhista ou funcional, a reparação por eventuais danos materiais ou morais e outras medidas tendentes a fazer cessar ou inibir outras retaliações.

29. Referências Bibliográfica

Association of Certified Fraud Examiners. *Report to the nations on occupational fraud and abuse. Global fraud study*, 2016, p. 4. Disponível em: <https://www.acfe.com/rttn2016/docs/2016-report-to-the-nations.pdf>.

BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180>.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. ENCCLA:

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro: Ações de 2021. Brasília: 2021. Disponível em: < http://enccla.camara.leg.br/acoes>.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal 470 de Minas Gerais. Plenário. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=220033>.

_____. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. Disponível em < https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F73726BE9017446E3F3D55DC5>.

_____. Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. ENCCLA: Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro: Ações de 2021. Brasília: 2021. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes>. Acesso em: 10 de maio 2021.

_____. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil, ROCHA, Márcio Antonio. 2016, p. 3.

CALLAND, R. 2004. Whistleblowing Around the World and in South Africa: Some Critical Observations. Paper read at the Institute for Directors Breakfast. 6 October 2004.

COFFEE JR., *John C. Corporate Crime and Punishment*: The Crisis of Underenforcement. Ed. Editores Berrett-Koehler. Oakland, CA. 2020.

_____. *The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries*, Auditor Independence the Governance of Accounting. Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Working Paper nº 191, May 21, 2001.

DEHN, Guy. (2002). *Whistleblowing: A New Perspective*. In.: *Whistleblowing International Network.* Disponível em: https://whistleblowingnetwork.org/WIN/media/pdfs/Fruad-corruption-EUR-PCaWReport2000corruptiongdEC-2000.pdf>.

FREITAS, Vladimir Passos de. *O whistleblower (informante do bem) na ordem jurídica brasileira.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-03/whistleblower-informante-bem-ordem-juridica-brasileira>.

GREENBERG, J. and Baron, R.A. 2003. *Behaviour in Organizations.* (Eight edition). New Jersey: Prentice Hall.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. *ICC guidelines on whistleblowing*. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf>.

LASCURAÍN, Juan Antonio. *Compliance, debido control y unos refrescos*. *In*: El *Derecho Penal Económico* em la *era Compliance*, *org*. *Luis Arroyo Zapatero* e Andán *Nieto Martín*, Tirant lo Banch, Valência, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. *The United Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons*. p. 1. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/1504741PersonGuideeBook.pdf.>

OECD. *G20 Anti-Corruption Action Plan*. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. Disponível em: < https://www.oecd.org/corruption/48972967.pdf>.

_____. Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: < https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>.

PAULINO, Hélder Lacerda. *O criminal compliance e os sistemas de whistleblowing*. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. São Paulo: LiberArs, 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *International Principles for Whistleblower Legislation*. 2013. Disponível em: < https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowerPrinciples_EN.pdf>.

_____. *A BEST PRACTICE GUIDE FOR WHISTLEBLOWING LEGISLATION*. 2018. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation>.

U.S. Securities and Exchange Commission (SEC). 2020 *ANNUAL REPORT TO CONGRESS*: Whistleblower Program. Disponível em: <https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report_0.pdf?fbclid=IwAR3t2w0_IIW4IOpFKaKn2WTciVE3nKMVc-KJgwiS7flTFC9Cx01eOyfq2i4>.

Whistlebower e o Processo Penal Brasileiro

Fauzi Hassan Choukr[1]

Resumo: A figura do informante anônimo (*whistleblower*) ganha espaço considerável com o incremento de políticas criminais incidentes nas atividades corporativas. Neste sentido incorpora-se progressivamente como instrumento interno fiscalizador ao lado dos mecanismos de conformidade (*Compliance*) ambos alçados como estratégias indispensáveis para o aperfeiçoamento da boa governança corporativa e com aptidão para prevenir práticas ilícitas empresariais. Observados de uma forma mais ampla, constituem-se na face jurídica de um determinado modelo econômico e social preponderante neste momento Histórico.

Palavras-chave: informante anônimo – integridade corporativa – crimes empresariais – processo penal

Abstract: The figure of the anonymous informant (whistleblower) gains considerable space with the increase in criminal policies affecting corporate activities. In this sense, it is gradually incorporated as an internal supervisory instrument alongside the *compliance* mechanisms (*Compliance*), both considered essential strategies for the improvement of good corporate governance and capable of preventing illicit business practices. Observed in a broader way, they constitute the legal face of a determined economic and social model that prevails in this historical moment.

Keywords: whistleblower – corporative integrity - corporate crime – criminal procedure

[1] Pós doutor pela Universidade de Coimbra (2013) . Doutor (1999) e Mestre (1994) em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford – New College (1996). Especializado em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla La Mancha – Espanha (2007). Coordenador do PPGD da Facamp – Faculdades de Campinas. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. São Paulo. Brasil.

30. Problematização: o papel do informante anônimo no processo penal brasileiro, observada sua incidência na criminalidade corporativa.

O presente trabalho foi produzido no contexto do Seminário Internacional "Whistleblowers e Justiça Negociada" promovido pela parceria entre o Fórum Permanente de Direito Penal e Processual Penal da EMERJ; a Université du Luxembourg; a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP); o Instituto *Compliance* Rio; o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); e a Universidade Estácio de Sá, em 02 de outubro de 2019, na sede da EMERJ, na cidade do Rio de Janeiro[1] para o qual fui gentilmente convidado pelo seu organizador, Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

A abordagem no evento focou a dimensão do informante anônimo no macrocenário internacional de expansão do sistema penal sobre as atividades empresariais e econômicas, colocando em pauta sua efetiva repercussão no campo processual penal brasileiro, em particular a sua vinculação a um sistema de justiça penal negociada, ao mesmo tempo em que foi pontuada sua projeção nos aspectos técnicos como a dimensão probatória.

É no espaço do seu emprego nas atividades econômicas-empresariais penalmente ilícitas que se coloca a questão fundamental do presente texto a fim de refletir sobre sua verdadeira dimensão e praticidade diante da base de direito penal material existente no Brasil, a qual prevê a criminalização de condutas empresariais apenas ligadas aos ilícitos ambientais, deixando de lado, portanto, praticamente todo o restante das relações sociais nas quais intervém a atuação empresarial.

Sendo o emprego desse "informante" reduzido no que toca ao processo penal que tem a pessoa jurídica como ré, não o é, da mesma forma, na fiscalização das atividades desenvolvidas por empresas públicas ou órgãos autárquicos, sobretudo após o advento da Lei 13.964/2019, com a qual essa figura de longa história na persecução penal, e agora repaginada, é alçada a uma posição de protagonismo, reavivando discussões éticas e legais a respeito do denuncismo.

[1] Informações em http://emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/2019/Professores-e-Operadores-do-Direito-debatem-Whistleblowers-e-Justica-Negociada-no-segundo-dia-do-seminario.html

31. Contextualização do informante anônimo no campo político-criminal de expansão do sistema penal na atividade econômica

Globalização econômica como uma das possíveis faces do neoliberalismo são terminologias empregadas com uma carga de dificuldade semântica e substancial que não é possível enfrentar e, menos ainda, buscar superar no presente texto[2].

Assume-se, aqui, o termo "globalização" focado no seu aspecto econômico diante do objeto primário do presente trabalho e, "neoliberalismo" como um modelo social (e não apenas econômico) que

> "propugna a redução do intervencionismo estatal e do raio de ação da política, ao criar interferências contrárias à liberdade individual e ser uma fonte de corrupção. Na ordem nacional, o desideratum se finca em conseguir o funcionamento automático da economia e dos mercados, livres de toda distorção governamental ou de cidadãos organizados coletivamente. E, na ordem internacional, concebe-se a globalização como o processo capaz de instaurar a ordem cosmopolita (economicamente eficiente), além da política, como se isso fosse possível."[3]

Se a redução do intervencionismo estatal é uma das manifestações primárias no discurso neoliberal como aponta o trecho citado, essa redução é seletiva, e não necessariamente completa, pois há, ainda, um ramo público do qual as políticas neoliberais[4] não podem abrir mão: o sistema penal.[5]

Com efeito, o sistema penal é necessariamente invocado para enfrentar as crises sociais inevitáveis que advêm da diminuição – senão eliminação – das políticas sociais minimamente introdutoras de mecanismos de compensação das profundas desigualdades sociais decorrentes

---

[2] A este respeito ver, dentre outros, IANNI, Octavio. Globalização e neoliberalismo. São Paulo em perspectiva, v. 12, n. 2, p. 27-44, 1998.

[3] IBARRA, David. O neoliberalismo na America Latina. Rev. Econ. Polit., São Paulo , v. 31, n. 2, p. 238-248, June 2011 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 01 Feb. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004, p. 239

[4] Na linha do quanto reiterado por DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. Boitempo Editorial, 2017, de que o neoliberalismo é uma nova razão nas relações sociais e não apenas um modelo econômico. Neste sentido: "A tese defendida por esta obra é precisamente que o neoliberalismo, antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma racionalidade e, como tal, tende a tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. A racionalidade neoliberal tem como característica principal a generalização da concorrência…"

[5] A ênfase dada aqui ao sistema penal não diminui a clara percepção que a ordem neoliberal necessita de um Estado regulador e intervencionista para controle dos mecanismos de competitividade. Neste sentido, WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. Revista Transgressões, v. 3, n. 1, p. 5-22, 2015.

de um modelo econômico que enxerga a competitividade interindividual como uma manifestação natural da própria existência humana.

Além desse aspecto, é o sistema penal naturalmente invocado para criar mecanismos sancionatórios primários para que a concorrência naturalmente existente nessa racionalidade se mantenha em patamares de aparente equilíbrio entre os atores privados e não sofra sobressaltos advindos de relações entre estes atores privados e agentes públicos.

No primeiro caso, as relações neoliberais desembocarão em punição a esferas de atividades econômicas privadas, com a expansão de mecanismos sancionatórios cada vez mais apelativos para a *soft law*, enquanto no segundo caso surgirá, com uma força particularmente incomum nesta quadra histórica, o discurso da necessidade de combater-se a corrupção pública[6], fazendo-o de uma forma como se atividade privada não se relacionasse diretamente a este comportamento espúrio.

Um desdobramento *processual penal* desse movimento é o chamamento do Poder Judiciário, inafastável para apreciação do *caso penal*, mas agora emulado a aceitar um papel de baixa densidade na certificação desses *casos* em detrimento da crescente adoção de mecanismos transacionais que tendem a ser vistos como negócios privados na esfera pública.

Nesse sentido, a persecução penal perde, progressivamente, seu grau de oficialidade e legalidade estrita para ganhar contornos fluídos, de baixa densidade de controle e publicidade, acarretando um papel meramente homologatório do Poder Judiciário[7]. E essa persecução acaba por vestir esse figurino tanto para pessoas físicas como, igualmente, para as pessoas jurídicas. Mas, mecanismos negociais penais concebidos como verdadeiros negócios privados perante a esfera pública não parecem, contudo, ser suficientes.

É necessário, também, estimular mecanismos de fiscalização privada e, para tanto, (re)surge a histórica figura do informante anônimo, agora atualizado como um instrumento ético na atividade empresarial[8] (e também no serviço público) que, não raras vezes, completa o

---

[6] Visão que vem sendo aceita por sucessivas gerações de operadores do Direito. A ver, por exemplo, PILATTI, Vitor Hugo. Corrupção e a violação do princípio da livre concorrência. Revista Jurídica, v. 2, n. 4, p. 323-349, 2019.

[7] A propósito do perfil do Judiciário nesse movimento ver ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. Revista Katálysis, v. 9, n. 1, p. 11-14, 2006.

[8] Como largamente se vê em HASSINK, Harold; DE VRIES, Meinderd; BOLLEN, Laury. A content analysis of whistleblowing policies of leading European companies. Journal of Business Ethics, v. 75, n. 1, p. 25-44, 2007. Também, MACEY, Jonathan. Getting the word out about fraud: a theoretical analysis of whistleblowing and insider trading. Mich. L. Rev., v. 105, p. 1899, 2006. E, de forma incisiva, DHAMIJA, Sanjay. Whistleblower Policy—Time to Make It Mandatory. Global Business Review, v. 15, n. 4, p. 833-846, 2014. Ou, de forma

guia comportamental do momento para empresas (*Compliance*), a dizer, as regras de conformação ou integridade que induzem à necessária "boa governança"[9].

Certo, a idolatria aos informantes anônimos é dominante, a ser observada em afirmações como

> "And yet, in the modern age of institutions, whistleblowing is now established as one of the most important processes – if not *the* single most important process – by which governments and corporations are kept accountable to the societies they are meant to serve and service" (grifo no original)[10]

e faz com que, em diferentes ordenamentos – nada obstante da mesma "família jurídica" – haja uma regulamentação de larga semelhança[11], algo sem dúvida também inspirado pelo contexto internacional de esforço para a introdução desse tipo de mecanismo.[12]

Nada obstante, comporta exceções que têm como base uma discussão mais aguda sobre seu papel ético[13]. Com efeito, contornando o viés dominante, é registrado na literatura a advertência dos antecedentes negativos do denuncismo[14], mas, ao mesmo tempo, é igualmente destacado que esse viés negativo do denuncismo e do denunciante perde essa conotação mesmo em países tradicionalmente refratários ao estímulo dessa prática[15].

---

mais entusiasta, de preservação da própria "função social da empresa": ALMEIDA, Thais Prazeres de. O Whistleblowing como instrumento de preservação da função social da empresa. 2019. SP. Trabalho de finalização de

[9] No campo da vastíssima literatura a respeito ver, por exemplo, VANDEKERCKHOVE, Wim. Whistleblowing and organizational social responsibility: A global assessment. Routledge, 2016.

[10] LEWIS, David; BROWN, Arthur J.; MOBERLY, Richard. Whistleblowing, its importance and the state of the research. In: International handbook on whistleblowing research. Edward Elgar Publishing, 2014.

[11] "Deep analogies are found between the UK Public Interest Disclosure Act (1999), the UK Combined Code on Corporate Governance (2003), the US Sarbanes-Oxley Act (2002), the US Federal Sentencing Guidelines and US Qui Tam Suits, and the Australian Whistleblower Protection Act". In KATZ, Gregory; LENGLET, Marc. Whistleblowing in French corporations: Anatomy of a national taboo. Philosophy of Management, v. 9, n. 1, p. 103-122, 2010. Recorde-se, também, o False Claim Act (US, 1863), the Whistle-blower Protection Act (US, 1989), e o Dodd Frank Act (US 2010).

[12] Entre textos internacionais de referência ver a Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada a 29 de março de 1996, art. 3, n.º 8; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC - Convenção de Mérida), art. 8, n. 4; OCDE, "Recomendação de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais" Disponível em http://www.oecd.org/daf/antibribery/44176910.pdf

[13] A ver, por exemplo, em KATZ, Gregory; LENGLET, Marc. Whistleblowing in French corporations: Anatomy of a national taboo. Philosophy of Management, v. 9, n. 1, p. 103-122, 2010.

[14] "The Vichy regime and Catholicism have been marred by the vilification of denunciation. The denunciation of illegal acts by whistle-blowers, class action and lobbying, strongly anchored in Anglo-Saxon countries, has been met with reluctance from the French due to historical, cultural and sociological reasons". DEVILLIER, Nathalie. Whistleblowing Policy and Corporate Governance Strategy. In: International OFEL Conference on Governance, Management and Entrepreneurship. Centar za istrazivanje i razvoj upravljanja doo, 2016. p. 42.

[15] "Denunciation is becoming legitimate, it's a mode of social regulation and that has detached itself from its very negative connotation that was previously attached to it in French culture.". DEVILLIER, op cit..

Nada obstante, uma crítica substancial parece ser apropriada na medida em que não argumenta com a polarização "informante do bem x informante do mal", nem se situa numa zona limítrofe da ética empresarial: a que evidencia que esse papel do provedor anônimo de informações não pode ser alçado à condição de política primordial para a garantia do serviço público (e nem mesmo para a ética corporativa privada, acrescente-se). Observação antiga a este respeito desta que

> Insofar as they can trigger existing *accountability* mechanisms that otherwise might not have uncovered or pursued administrative wrongdoing, whistleblowers can promote a more responsible public service. It would be both unwise and unfair, however, to rely on whistleblowers as a primary means by which to shore up a flawed system of bureaucratic *accountability*. The costs to the whistleblower and to the organization are substantial, and whistleblowing may reinforce one of the most significant shortcomings of existing mechanisms of *accountability*: the preoccupation with uncovering past misdeeds and the inability to promote the kind of ethical sensitivity and reflection necessary to reduce the incidence of organizational wrongdoing. When whistleblowers trigger external review, demands for *accountability* are as likely to promote rigidity and rationalization as they are to promote greater sensitivity to future ethical issues.[16]

Ademais, um questionamento permanece relevante nesta quadra histórica de franco incentivo a este denuncismo "positivo": se deve ele ser considerado como um ato pessoal e voluntário calcado em um ideal de justiça ou, antes, deve ser concebido como algo obrigatório e essencial em estruturas corporativas privadas ou no âmbito do serviço público.[17]

Trata-se de uma necessária tomada de posição para a construção de políticas públicas, em particular quando se observa, sobretudo em países de alto grau de comprometimento ético de suas instituições oficiais que "In public debate, 'whistleblowers' are variously portrayed as 'heroes' standing up against a morally corrupt system or as 'traitors' who threaten the moral integrity of this very same system"[18]

Seja qual for o caminho seguido, este denuncismo ético contemporâneo insere-se no intricado fluxo de poder existente nas organizações, poder este que não se encontra "acima"

[16] JOS, Philip H. The nature and limits of the whistleblower's contribution to administrative responsibility. The American Review of Public Administration, v. 21, n. 2, p. 105-118, 1991.
[17] Esta a questão colocada por CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. Is whistleblowing a duty?. John Wiley & Sons, 2019.
[18] WEISKOPF, Richard; TOBIAS-MIERSCH, Yvonne. Whistleblowing, parrhesia and the contestation of truth in the workplace. Organization Studies, v. 37, n. 11, p. 1621-1640, 2016.

dessas estruturas, mas circula *dentro* delas[19], sendo certo que "the alarm of the whistleblower is meant to disrupt the status quo: to pierce the background noise, perhaps the false harmony, or the imposed silence of "business as usual."[20]

Para o campo primário de abordagem do presente texto, este fluxo de poder rompido está intimamente ligado à "revelação da verdade", não no sentido limitado e superado do discurso da "verdade real" que ainda anima articulista e opinantes na seara do processo penal (brasileiro, aqui restringindo-se a afirmação), mas de revelação da verdade em relações de poderes assimétricos, como é a posição do *whistleblower* levando a um dissenso e descontinuidade do fluxo convencional do poder. No campo processual penal essa posição de ruptura e poder será particularmente relevante no aspecto probatório.

Dominante no tempo presente, esse "denuncismo positivo", justificado em valores éticos e de otimização da transparência no ambiente corporativo, vê-se, assim, como de larga adoção nos ordenamentos nacionais, entre eles, o brasileiro que verdadeiramente ainda está por ser construída quando se pensa na responsabilidade penal empresarial.

Antes, porém, da abordagem local, cabe ressalvar e destacar alguns conceitos quando se fala desse denuncismo contemporâneo.

32. Aportes conceituais para compreensão da expansão de mecanismos de denuncismo

Certamente a correta disciplina jurídica sobre o informante anônimo passa pela sua adequada conceituação, sendo corrente a afirmação que "A whistleblower is fundamentally an organizational or institutional 'insider' who reveals wrongdoing within or by that organization or institution, to someone else, with the intention or effect that action should then be taken to address it."[21].

[19] "Symmetrically negotiated consensus. In other words, practices are infused with relations of power. Power is not above or beyond practices; rather, it circulates through complex webs of possible actions. The way power circulates through these webs has effects that are contingent and indeterminate.". WEISKOPF, Richard; TOBIAS-MIERSCH, Yvonne, op cit.

[20] Idem, ibidem.

[21] LEWIS, David; BROWN, Arthur J.; MOBERLY, Richard. Whistleblowing, its importance and the state of the research. In: International handbook on whistleblowing research. Edward Elgar Publishing, 2014.

Mas, para além da posição interna que esse informante ocupa, há de ser diferenciada sua posição em relação ao quadro geral dos facilitadores da informação, como faz ARAS[22], alocando o informante como "gênero" que se subdivide em "informante do juízo", o suspeito ou acusado "colaborador" e o *whistleblower* propriamente dita relevando, inclusive, que esse informante pode permanecer anônimo ou ter sua identidade revelada.

De forma mais ampla, trata-se de dividir a procedência da informação anônima de acordo com os seguintes parâmetros possíveis:

a) Quanto à posição do provedor da informação em relação ao órgão público ou corporação privada: interno ou externo;
b) Se "interno", em relação ao seu grau de vínculo com o órgão público ou corporação privada: com vínculo formal (obrigatoriamente) ou sem vínculo formal;
c) Com relação à obrigação de revelar a identidade do provedor nos casos de ilícitos de corporação privada: revelação necessária ou desnecessária;
d) Com relação à obrigação de revelar a identidade do provedor da informação no âmbito público: revelação necessária ou desnecessária;
e) Com relação à concessão de salvaguardas ao provedor para fornecimento das informações: salvaguardas existentes e atuantes obrigatoriamente; salvaguardas inexistentes;
f) Com relação a incentivos materiais ou imateriais para prover a informações: previsão de concessão de incentivos ou sem concessão de incentivos.

Tomados esses aspectos, a figura do *whistleblower* é, no âmbito da criminalidade corporativa privada ou no campo dos ilícitos no setor público, um provedor de informações *interno* aos quadros funcionais, não se exigindo a publicização de sua identicidade e abraçado por mecanismos de salvaguarda funcional. A existência de incentivos materiais ao denuncismo praticado pelo *whistleblower* não é um requisito obrigatório na esfera privada ou pública, nada obstante historicamente esteja na raiz de provisões sobre o tema no modelo estadunidense.[23]

---

[22] ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes. Coordenação de Viviana Damiani ZANELLATO. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103807. Acesso em: 4 fev. 2020. p. 359-407

[23] "An early effort to encourage WB occurred in 1863 when Congress passed the False Claims Act, which allows individuals who are not affiliated with the government to initiate actions against federal contractors who defraud the government. These qui tam lawsuits, if successful, allow whistleblowers to receive between 15% and 30% of any award or settlement amount". STUBBEN, Stephen; WELCH, Kyle. Evidence on the use and efficacy of internal whistleblowing systems. Available at SSRN 3273589, 2019.

Isto não se confunde com o provedor *externo* de informações, que continua existir, por certo, mas que tende a escapar da conceituação restrita que se pretende dar ao *whistleblower*.

Nesse sentido pode-se afirmar, então, que o principal traço distintivo desse provedor de informações em relação aos demais é o seu *locus* interno ao ambiente organizacional e que lhe possibilita o acesso a informações privilegiadas que serão destinadas ao órgão apuratório com atribuição (e não a qualquer destinatário) para fazê-lo[24]. Todas as demais características que possui podem ser variáveis de acordo com opções legislativas de momento e variáveis de ordenamento a ordenamento.

33. Tratamento do informante anônimo no ordenamento brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro não passou ao largo do movimento acima descrito de incremento da utilização do informante anônimo,[25] mesmo porque o Estado brasileiro se comprometeu com inúmeros compromissos internacionais a fazê-lo.

A questão que se coloca aqui é que, observado o âmbito da criminalidade corporativa *privada*, sua adoção tem eficácia restrita ao âmbito da penalização da pessoa jurídica no direito brasileiro, que é, apenas e tão somete, a criminalidade ambiental. Certo, sua adoção pode servir a situações de penalização não criminal, como a denominada lei anticorrupção que, não sendo uma lei penal, escapa da presente abordagem.

Sendo assim, o provedor de informações na forma aqui tratada pela nomenclatura de *whistleblower* restringe-se ao cenário público onde o incentivo ao "denuncismo do bem" cresce na mesma proporção da literatura de enfrentamento à corrupção.

Assim, na Lei de Acesso à informação – Lei 12.527/2011[26] que em seu artigo 44 prevê ""Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar

[24] Aqui, por exemplo, distinguindo-se o *whistleblower* do mero divulgador público de informações (também denominado de "bell ringer). Para tanto ver MICELI, Marcia P.; DREYFUS, Suelette; NEAR, Janet P. Outsider 'whistleblowers': Conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing'behavior. In: International handbook on whistleblowing research. Edward Elgar Publishing, 2014: "we propose that when perceived organizational wrongdoing is reported by individuals who are not now and never were members of that organization (i.e., the focal organization), especially if seeking widespread dissemination of information about the perceived wrongdoing, then the antecedents of reporting, the process for reporting and the outcomes of reporting may be different than for whistleblowers. We propose the term 'bell-ringers', to distinguish these individuals from whistleblowers."

[25] Com expressos incentivos à sua adoção e ampliação de atuação. Ver, entre outros, ROCHA, Márcio Antônio. Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 75, dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao075/Marcio_Rocha.html>

[26] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública" observa-se a adoção de parâmetros protetivos ao provedor de informações no serviço público.

Posteriormente, a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018 (que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais) havia previsto a adoção de prêmios a informantes -sem restrição da condição de pertencente aos quadros funcionais - de práticas ilícitas no âmbito administrativo[27].

Nada obstante não se limitar à figura jurídica do *whistleblower* na forma preconizada no presente artigo – mas a ele poder contemplar como foi considerado em respeitados âmbitos acadêmicos[28] - a estrutura delimitada naquela legislação veio a ser consolidada com a Lei 13964 de 2019 que disciplinou a forma de recompensar o provedor da informação, possibilitando sua preservação funcional funcionário público além da preservação da sua identidade e demais tópicos protetivos já previsto na legislação brasileira de proteção a vítima e testemunhas. [29]

Assim, numa interpretação sistemática da norma modificada, está-se no âmbito da tutela da Administração Pública, em qualquer de seus níveis e o destinatário primordial da proteção é

[27] Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie.

[28] DE ALMEIDA MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPÍNOLA, Luíza Moura Costa. O WHISTLEBLOWING COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 1, 2020.

[29] Agora com a disciplina a seguir, mantida a redação original do "caput": Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas." "Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal." "Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas. § 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público. § 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais. § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado."

o funcionário informante nada obstante a lei seja clara desde a redação original em destacar que *qualquer pessoa* poderá prover a informação.

Neste ponto merece particular atenção o fato que este informante, ao ter sua identidade preservada, não será arrolado como testemunha no processo judicial ou, se o for, deverá ter sua identidade mantida em sigilo, algo que do ponto de vista prático será muito difícil de ser preservado, mormente se a ele for conferida a proteção de mudança de endereço ou de dados pessoais, o que o tornará praticamente identificável.

34. Conclusões sobre o estado atual da legislação brasileira

Observada a reformada legislação brasileira que pode incidir sobre o tema, estão previstas na norma tanto a figura do informante em sentido amplo como a do *whistleblower* na forma aqui discutida e sem qualquer previsão legal a figura do *whistleblower* na esfera privada, ainda que restrita a incidência da responsabilização penal da pessoa jurídica. Porém, essa incompletude legislativa deixa em aberto a proteção de informantes internos de empresas privadas que poderiam, e muito, auxiliar na apuração dos ilícitos não penais previstos na denominada lei anticorrupção. Assim, um funcionário privado que queira denunciar a má administração da empresa pelo cometimento de condutas ilícitas terá muito menos estímulo que o funcionário público.

35. Referências

ALMEIDA, Thais Prazeres de. O Whistleblowing como instrumento de preservação da função social da empresa. 2019. SP.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. Revista Katálysis, v. 9, n. 1, p. 11-14, 2006.

ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes. Coordenação de Viviana Damiani ZANELLATO Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103807. Acesso em: 4 fev. 2020. p. 359-407

CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. Is whistleblowing a duty?. John Wiley & Sons, 2019.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. Boitempo Editorial, 2017

DE ALMEIDA MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPÍNOLA, Luíza Moura Costa. O WHISTLEBLOWING COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 1, 2020.

DEVILLIER, Nathalie. Whistleblowing Policy and Corporate Governance Strategy. In: International OFEL Conference on Governance, Management and Entrepreneurship. Centar za istrazivanje i razvoj upravljanja doo, 2016. p. 42.

DHAMIJA, Sanjay. Whistleblower Policy—Time to Make It Mandatory. Global Business Review, v. 15, n. 4, p. 833-846, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

HASSINK, Harold; DE VRIES, Meinderd; BOLLEN, Laury. A content analysis of whistleblowing policies of leading European companies. Journal of Business Ethics, v. 75, n. 1, p. 25-44, 2007.

IANNI, Octavio. Globalização e neoliberalismo. São Paulo em perspectiva, v. 12, n. 2, p. 27-44, 1998.

IBARRA, David. O neoliberalismo na America Latina. Rev. Econ. Polit., São Paulo , v. 31, n. 2, p. 238-248, June 2011. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 01 Feb. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004, p. 239.

JOS, Philip H. The nature and limits of the whistleblower's contribution to administrative responsibility. The American Review of Public Administration, v. 21, n. 2, p. 105-118, 1991.

KATZ, Gregory; LENGLET, Marc. Whistleblowing in French corporations: Anatomy of a national taboo. Philosophy of Management, v. 9, n. 1, p. 103-122, 2010.

LEWIS, David; BROWN, Arthur J.; MOBERLY, Richard. Whistleblowing, its importance and the state of the research. In: International handbook on whistleblowing research. Edward Elgar Publishing, 2014.

MACEY, Jonathan. Getting the word out about fraud: a theoretical analysis of whistleblowing and insider trading. Mich. L. Rev., v. 105, p. 1899, 2006.

MICELI, Marcia P.; DREYFUS, Suelette; NEAR, Janet P. Outsider 'whistleblowers': Conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing'behavior. In: International handbook on whistleblowing research. Edward Elgar Publishing, 2014.

PILATTI, Vitor Hugo. Corrupção e a violação do princípio da livre concorrência. Revista Jurídica, v. 2, n. 4, p. 323-349, 2019.

ROCHA, Márcio Antônio. Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 75, dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao075/Marcio_Rocha.html>

STUBBEN, Stephen; WELCH, Kyle. Evidence on the use and efficacy of internal whistleblowing systems. Available at SSRN 3273589, 2019.

VANDEKERCKHOVE, Wim. Whistleblowing and organizational social responsibility: A global assessment. Routledge, 2016.

WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. Revista Transgressões, v. 3, n. 1, p. 5-22, 2015.

WEISKOPF, Richard; TOBIAS-MIERSCH, Yvonne. Whistleblowing, parrhesia and the contestation of truth in the workplace. Organization Studies, v. 37, n. 11, p. 1621-1640, 2016.

A proteção do whistleblower:
Uma análise a partir dos panoramas jurídicos na Europa e no Brasil

Whistleblower protection:
An analyses from the legal frameworks in Europe and Brazil

Humberto Souza Santos[1]

Janice Santin[2]

Rodrigo Amaral[3]

Resumo: O *whistleblower* tem exercido um papel importante na investigação de crimes econômicos. Nos países da *civil law*, contudo, apenas recentemente é que foram reforçadas as leis para a proteção daquele que, interna, externa ou publicamente, informa a ocorrência ou o perigo de ocorrência de violações ao interesse público. Esse artigo trata da situação jurídica acerca da proteção do informante em alguns países europeus antes da adoção da Diretiva n.° 2019/1937, das regras de direito comum europeu sobrevindas com referida normativa e, por fim, suas semelhanças e diferenças com o tratamento jurídico dado à proteção do *whistleblower* no Brasil. Em conclusão, faz-se uma análise crítica das normas vigentes, especialmente quanto suas implicações práticas em questões como violação de segredo e imunidade penal.

Palavras-chave: whistleblower; compliance; direito penal; processo penal; direito europeu.

Abstract: The *whistleblower* has played a significant role in the investigation of economic crimes. Nevertheless, only recently the countries of *civil law* have strengthened their laws about the protection of whistleblower. This paper deals with the legal situation of the *whistleblower* protection in some EU countries prior to the implementation of the European Union's Directive 2019/1937, the rules of common European law implemented by that Directive and their similarities and differences with the Brazilian law. In conclusion, there is a

[1] Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
[2] Mestra em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
[3] Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

critical analysis of the laws in force, specially about their practical implications on issues such as violation of secrets and immunity of criminal prosecution.

Keywords: whistleblower; compliance; criminal law; law of criminal procedure; European law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Diretiva (UE) n.° 2019/1937 do Parlamento e do Conselho da União Europeia. 3. A proteção do *whistleblower* no ordenamento interno dos países europeus. 4. A proteção do *whistleblower* na legislação brasileira. 5. Pontos críticos da proteção do *whistleblower* no Brasil. 6. Conclusões. Referências.

---

36. Introdução

Whistleblowing – "soprar o apito" em tradução literal para o português – é uma expressão metafórica que, no contexto aqui tratado, significa divulgar informações, obtidas dentro do ambiente organizacional, sobre violações ou perigo de violações de interesse público[1]. Refere-se a um jogar ao vento – ou no ventilador, em expressão "*abrasileirada*" – as más-práticas das quais se tomou conhecimento no ambiente de trabalho[2] [3]. Não por menos, exerce um papel essencial para o descobrimento da prática de ilícitos que ocorrem às portas fechadas e que não seriam conhecidas sem a ajuda do informante. A revelação de "informações privilegiadas", conquanto possa ser considerada elogiável pelo grande público, geralmente implica em certo sentimento de "traição" do ponto de vista daqueles que são denunciados; por essa razão, é atual a preocupação com o desenvolvimento de normas voltadas à proteção do *whistleblower* contra diversas formas de retaliação, a fim de que o medo e os riscos não superem a coragem de informar.

---

[1] SANTORO, Daniele; KUMAR, Manohar. *Speaking Truth to Power*: A Theory of Whistleblowing. Switzerland: Springer, 2018, p. 1.

[2] É ser o guardião do jogo limpo, garantindo a conformidade com as regras do jogo. Cf. SANTONO; KUMAR, 2018, p. 9-10.

[3] Não se enquadram no conceito de *whistleblowers* aqueles que exercem o papel específico de controle e investigação dentro da empresa, porque a esses se atribui um *dever* de informar. Assim, MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPÍNOLA, Luíza Moura Costa. *Whistleblowing* como meio de obtenção de prova no direito processual penal brasileiro. *In*: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 14, vol. 21, n. 1, jan.-abr.2020, p. 277.

Nesse estudo, buscamos atualizar o leitor sobre o panorama atual da proteção do *whistleblower*. Num primeiro momento, apresentaremos o conteúdo da recente Diretiva n. 2019/1937, adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, que representa um desafio de uniformização aos Estados-membros; após, exporemos o tratamento interno pré-Diretiva da figura do *whistleblower* em alguns países da União Europeia; e, ao final, confrontaremos criticamente as diferentes abordagens com a situação atual da legislação brasileira sobre o papel do informante.

37. A Diretiva (UE) n.° 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia

Com o objetivo de estabelecer normas mínimas comuns de proteção ao *whistleblower*[4] que devem ser cumpridas por cada um dos seus Estados-membros, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram a Diretiva (UE) 2019/1937, que entrou em vigor na data de 16 de dezembro de 2019, para a proteção das pessoas que denunciam violações ao ordenamento jurídico do bloco de países. O estabelecimento de um regramento base para os países-membros, indicado pelos órgãos que integram da União Europeia, levou em conta diversos aspectos importantes que circundam o *whistleblower* e que justificariam a sua proteção, dentre os quais *i*) o papel essencial que representa para a descoberta e a prevenção, redução e eliminação de riscos de violações ao interesse público, dada sua posição privilegiada dentro de determinada organização; e, em decorrência disso, *ii*) a necessidade de proteger o denunciante e pessoas a ele relacionadas (facilitadores, colegas e familiares) de atos de retaliação, assegurando ao *whistleblower* a confidencialidade da informação; e, por fim, *iii*) o fato de que os comunicantes que obtêm tais informações no âmbito de sua atividade profissional exercem seu direito à liberdade de expressão de informação, a qual deve ser salvaguardada.

A Diretiva (UE) 2019/1937 tem como objetivo reforçar a necessidade de proteção do *whistleblower* em razão de sua importância para a descoberta e prevenção de determinados ilícitos. O papel-chave do denunciante é reafirmado ao longo de todo o texto normativo, inclusive mediante a apresentação de situações hipotéticas, como, por exemplo, enunciados a respeito de atividades atinentes à segurança de produtos, nas quais as pessoas que participam

[4] Artigo 1. A presente diretiva tem por objetivo reforçar a aplicação do direito e das políticas da União em domínios específicos estabelecendo normas mínimas comuns para um nível elevado de proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União.

da cadeia de fabrico e distribuição, dada sua posição, exercem um papel crucial à descoberta de eventuais práticas desleais e ilícitas[5]. Assim, dentro de um contexto em que geralmente está presente o medo de retaliação[6], a garantia de uma comunicação segura e sigilosa representa um ponto fundamental para que as autoridades possam contar com as informações privilegiadas de *whistleblowers* na prevenção e combate a condutas lesivas, as quais, sem dita colaboração e conforme esclarece a própria Diretiva, *poderiam permanecer* ocultas[7]: daí a motivação para se elaborar tal normativa comum.

O âmbito de aplicação material da Diretiva 2019/1937 está listado em seu artigo 2°. Compreende as violações do direito da União no domínio da contratação pública, prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, proteção ambiental, segurança nuclear, saúde pública, defesa do consumidor e proteção de dados. Por outro lado, a Diretiva é expressa quanto à sua não sobreposição às normas dos países-membros sobre temas importantes como a proteção da comunicação de médicos (como, por exemplo, no caso dos terapeutas) e advogados (sigilo profissional) com seus clientes[8], o segredo das decisões judiciais e as regras de processo penal (artigo 3°, item 3).

No âmbito de aplicação pessoal, isto é , dos indivíduos sujeitos à proteção, encontram-se aqueles que obtiveram as informações sobre violações em contexto profissional, seja no setor público ou privado (artigo 4°). A lista não exaustiva de sujeitos engloba os trabalhadores e funcionários públicos (*a*); os não assalariados (*b*); os titulares de participações sociais, membros de órgãos de administração, de gestão ou supervisão, membros não executivos, além de voluntários e estagiários (*c*); e as pessoas que trabalham sob a supervisão ou direção de contratantes, subcontratantes e fornecedores (*d*). Também podem ser protegidos tanto os denunciantes que não possuam mais qualquer vínculo profissional com a organização, desde que as informações tenham sido nele obtidas (artigo 4°, item 2), como aqueles que as obtiveram num contexto pré-contratual (artigo 4°, item 3)[9]. A Diretiva possibilita, ainda, a proteção de

[5] Item 8 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

[6] THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. Whistleblowing around the World: a comparative analysis of whistleblowing in 23 countries. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 23. Os mesmos autores alertam que a eficácia de um sistema de denúncias depende significativamente do nível de proteção conferido ao *whistleblowing*, justamente em decorrência do medo de retaliação. Cf. THÜSING; FORST, 2016, p. 24.

[7] Item 13 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

[8] Item 26 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

[9] A justificativa aqui é a de que o informante é aquele que têm ou teve acesso a informações internas de determinada organização que são desconhecidas do grande público. MOMSEN, Carsten; BENEDICT, Paula.

terceiros que possam ser alvo de retaliações, como familiares e colegas do informante (artigo 4°, item 4), além dos denunciantes anônimos que venham a ser descobertos (artigo 6°, item 3). Não fica claro, porém, se a Diretiva estende o âmbito de proteção aos denunciantes que tenham participado da conduta ilícita informada (*co-perpetrador*).

É requisito essencial ao benefício da proteção, conforme os termos da Diretiva, que o *whistleblower* tenha, no momento da comunicação (ou seja, numa perspectiva *ex ante*), *motivos razoáveis* para crer na verdade dos fatos denunciados (artigo 6°, item 1, alínea *a*). Com isso, busca-se desestimular a prestação de informações levianas, abusivas ou de má-fé, muito embora a concessão da proteção independa da razão pela qual o informante repassa as informações às autoridades[10]. Desse modo, *v. g.*, um funcionário que prestar informações com a nítida finalidade de se vingar de seus empregadores gozará de proteção, desde que os dados repassados sejam verdadeiros; de igual forma, também será protegido aquele que diz a verdade, mas despido de quaisquer motivos altruístas. A má-fé indicada na Diretiva diz respeito apenas ao conteúdo da informação prestada (veracidade), não se referindo à finalidade da conduta do denunciante (ainda que, numa eventualidade, seja moralmente questionável).

Outra condição para que se possa ser beneficiário da proteção é a de que a informação prestada pelo *whistleblower* seja ainda desconhecida e baseada em "indícios razoáveis"[11]. Quanto ao primeiro ponto, tal significa dizer que não fruirá da proteção aquele que prestar informações *já plenamente conhecidas pela esfera pública*, pois não se justificaria uma proteção se a revelação do conteúdo da denúncia pudesse ser atribuída a inúmeros outros sujeitos. Em relação ao segundo, embora não se exija que o denunciante esteja munido de provas que corroborem suas afirmações (já que preocupações ou suspeitas razoáveis são aceitas), essas devem ter um mínimo de fundamento (julgado com base na sua razoabilidade), ou seja, não podem estar baseadas em mero *rumor* ou *boato*.

Formalmente, é pressuposto à condição do benefício que o *whistleblower* tenha efetuado uma denúncia interna, externa ou uma divulgação pública dos fatos (artigo 6°, item 1, alínea *b*). Como *denúncia interna*[12], entende-se a comunicação verbal ou escrita que é realizada por meio

---

Limited protection and no reward: an overview of Whistleblowing in Germany. *In*: *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, 2020, p. 235. Por essa razão, tanto aqueles que tenham tomado conhecimento de irregularidades durante *v. g.* o processo seletivo quanto aqueles antes de seu desligamento podem ser denunciantes.

[10] Item 32 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

[11] Item 43 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

[12] Artigo 5°, item 4.

de canais internos de denúncia de uma entidade jurídica, seja ela pública ou privada (*v. g.* aquela realizada ao superior hierárquico ou ao setor de *compliance* da empresa), em caráter de confidencialidade (artigo 9°), sendo essa forma de comunicação preferível às demais quando não houver risco de retaliação (artigo 7°). *Denúncia externa*[13], por sua vez, é a comunicação também confidencial feita às autoridades competentes por meio de canais independentes e autônomos; de acordo com a Diretiva 2019/1937, tais canais de denúncia devem ser obrigatoriamente criados pelos Estados-membros da União Europeia (artigo 11). Diferentemente das duas primeiras formas, a *divulgação pública*[14]ocorre quando as informações sobre violações são abertamente disponibilizadas pelo informante na esfera pública, como pelo uso de redes sociais ou plataformas de comunicação (por exemplo, por meio do *Twitter*)[15]; nessas situações, a fruição do benefício requer a presença de requisitos adicionais (artigo 15).

Estabelecidas as questões circunstanciais, a Diretiva 2019/1937 dispõe sobre as medidas que devem ser adotadas para a proteção do *whistleblower*. As primeiras são as *medidas de proibição de retaliação*, que constituem providências que os Estados-membros devem tomar para impedir que o denunciante sofra represálias devido à divulgação das informações sobre possíveis violações, como demissão, não promoção, avaliação negativa de desempenho, alteração de funções, intimidação, assédio, discriminação, perda financeira e tratamento injusto (artigo 19). Dentre tais medidas, prevê-se que o *whistleblower* não pode ser responsabilizado pela divulgação das informações, tampouco por sua obtenção, desde que seu acesso não signifique, no direito nacional aplicável, uma infração penal autônoma; do mesmo modo, o denunciante não pode ser responsabilizado em processos de difamação, de violação de direitos autorais, violação de sigilo, de proteção de dados ou de segredos comerciais, além de processos de indenização cível que decorram da divulgação das informações (artigo 21). Caso necessário, os Estados-membros também se obrigam a prestar *medidas de apoio* ao *whistleblower*, inclusive assistência financeira e psicológica (artigo 20).

A Diretiva 2019/1937 determina, ainda, que sejam previstas sanções, de cunho dissuasório, para assegurar a eficácia das normas de proteção do *whistleblower* (artigo 23). Os Estados-membros obrigam-se, assim, a elaborar sanções (sejam elas de natureza penal, civil ou

[13] Artigo 5°, item 5.
[14] Artigo 5°, item 6.
[15] Item 45 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

administrativa) para aqueles *i*) que impeçam ou tentem impedir a denúncia, *ii*) que pratiquem atos de retaliação ou instaurem processos vexatórios ao denunciante ou que *iii*) violem o dever de confidencialidade sobre a identidade do *whistleblower*. Também deve ser imposta sanção aos indivíduos que, de má-fé, prestem ou divulguem informações falsas, a fim de que seja garantida a credibilidade do sistema[16].

Por último, o texto da Diretiva deixa clara sua não aplicação aos chamados *caçadores de recompensa*. É dizer, as regras de proteção não são destinadas àqueles indivíduos que *denunciem violações às autoridades responsáveis pela aplicação da lei a troco de recompensa ou contrapartida* (item 30). Embora não sejam consideradas proibidas, tais denúncias devem seguir procedimentos específicos destinados à proteção da integridade física do comunicante[17].

38. A proteção do *whistleblower* no ordenamento interno dos países europeus

Antes da edição de uma normativa comum dos Estados-membros da União Europeia sobre a figura e proteção do *whistleblower*, o ordenamento jurídico português, por meio de normas gerais, já conhecia a possibilidade de transmissão de denúncias internas e externas de infrações penais e administrativas, além de sua divulgação pública[18]. Era previsto no artigo 244 do Código de Processo Penal português, por exemplo, que qualquer pessoa com conhecimento de um delito poderia denunciá-lo ao Ministério Público, o que inclui denúncias externas de funcionários de empresas sobre crimes nelas praticados[19]. Também o artigo 242, n. 1, alínea *b* do Código de Processo Penal português já obrigava os funcionários públicos a denunciarem delitos conhecidos no exercício ou em razão do exercício de suas funções[20]. Nessa mesma linha, admitia-se desde então a denúncia anônima direcionada ao Ministério Público ou à Polícia (artigo 245, n. 6, do Código de Processo Penal português) e, sob determinadas condições – especialmente nos casos em que a denúncia é acompanhada de demonstração de indícios da prática do delito –, o anonimato não era considerado justificativa para obstar a abertura de uma

[16] Item 102 da Diretiva (UE) n.° 2019/1937.

[17] O Regulamento (UE) 596/2014 (relativo ao abuso de mercado), por exemplo, permite que os Estados-membros concedam incentivos financeiros aos comunicantes, desde que esses não estejam sujeitos ao dever legal ou contratual de comunicar a mesma informação (artigo 32, item 4).

[18] BRANDÃO, Nuno. O whistleblowing no ordenamento jurídico português. *In*: *Revista do Ministério Público*, n. 161, jan.-mar. 2020, p. 105.

[19] *Ibidem*, p. 105.

[20] *Ibidem*.

investigação criminal, de modo que uma denúncia anônima poderia constituir um meio válido de noticiar o crime e de iniciar sua investigação[21].

Assim, o ordenamento jurídico português já oferecia, antes da Diretiva 1937/2019, meios de denúncia que poderiam ser utilizados por um *whistleblower* para realizar uma *denúncia externa*, embora se tratassem de regulamentações de natureza geral, não previstas especificamente para o *whistleblowing*[22]. A promoção do *whistleblowing* em Portugal deveu-se especialmente à União Europeia, que orientou a edição de normas que servissem fundamentalmente como meios de detecção de infrações penais e administrativas em determinados setores[23]. Estudos empíricos, porém, demonstraram que a adoção de mecanismos de *whistleblowing* pelas empresas geralmente ocorreu mais em razão de um mero intuito de compatibilizar sua organização interna com as injunções legais e menos de uma ideia de que seria útil para a prevenção e detecção de infrações penais e extrapenais em seu âmbito[24]. As áreas sobre as quais incidiram normas de incentivo ao *whistleblowing* e de proteção aos *whistleblowers* foram os setores bancário; de mercado de capitais; de prevenção à lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo; de saúde, especialmente a gestão de estabelecimentos de saúde públicos; e de combate à corrupção[25]. Tal domínio de aplicação, portanto, deixava de fora diversos campos referidos pela Diretiva 2019/1937 da União Europeia[26].

As normas portuguesas, ao contrário do que acontece, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde a proteção do *whistleblower* somente é assegurada caso o canal interno seja utilizado, não faziam essa distinção[27]. De modo diverso do que também consta na Diretiva 2019/1937 da União Europeia, não havia, nos regulamentos portugueses, um escalonamento de formas preferíveis de denúncia[28]. A denúncia do *whistleblower* poderia ser realizada tanto por meio do canal criado para esse fim pela empresa como por meio de uma comunicação ao supervisor[29]. Em todas as normas já estava prevista a confidencialidade do denunciante com

[21] *Ibidem* p. 105-106.
[22] *Ibidem*, p. 106.
[23] *Ibidem*.
[24] *Ibidem*, p. 107.
[25] *Ibidem*, p. 107-108.
[26] *Ibidem*, p. 108. Ver artigo 2°, item 1, da Diretiva (UE) 2019/1937.
[27] *Ibidem*, p. 110.
[28] *Ibidem*.
[29] *Ibidem*.

proteção dependente de sua boa-fé, não garantida nos casos em que a denuncia fosse deliberada e manifestamente infundada, falsa ou apresentada de má-fé[30]. A proteção já abrangia consequências no plano trabalhista, civil e, também, penal, de modo que o *whistleblower* não poderia ser responsabilizado penalmente por denunciar infrações ou irregularidades que tivesse conhecimento[31]. Contudo, não havia nas normas portuguesas previsão expressa que garantisse a proteção do *whistleblower* quando, para melhor elucidar a suspeita ou comprovar a denúncia, praticasse fatos típicos, como, por exemplo, acesso ilegítimo a sistemas informáticos ou à correspondência eletrônica ou violação de segredos comerciais[32]. Nesses casos, a Diretiva 2019/1937 da União Europeia, em seu artigo 21º, n. 7, indica a proteção do *whistleblower*[33].

O panorama português ao tempo da edição da Diretiva 2019/1937 da União Europeia, portanto, era de uma legislação escassa, fragmentária e lacunosa, em que tanto o legislador quanto as autoridades públicas ainda estavam em boa medida alheios ao *whistleblowing*[34]. Tal figura, que não integrava a experiência tradicional portuguesa, ainda não havia recebido da cultura empresarial e tampouco da cultura jurídica o acolhimento e estímulo como meio desejável de prevenção e de detecção de delitos[35]. A Diretiva 2019/1937 da União Europeia surgiu como mais uma ferramenta de mudança desse cenário[36].

Na Espanha, o artigo 31 *bis*, apartado segundo, do Código Penal espanhol, já previa a isenção ou atenuação, caso os requisitos fossem cumpridos de maneira parcial, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas que adotassem um programa de prevenção de delitos com as correspondentes medidas de vigilância e controle[37]. Entre as condições, estava prescrita a obrigação de implementar os denominados canais de denúncia, o sistema de

---

[30] *Ibidem*, p. 111.
[31] *Ibidem*, p. 111-112.
[32] *Ibidem*, p. 112.
[33] *Ibidem*. Conforme disposto na Diretiva: *Em processos judiciais, nomeadamente por difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou que tenham por objeto pedidos de indemnizaçnde com fundamento no direito privado, público ou em contratos coletivos de trabalho, não pode ser imputado às pessoas a que se refere o artigo 4.º qualquer tipo de responsabilidade em resultado de denúncias ou divulgação pública ao abrigo da presente diretiva. Aquelas pessoas têm o direito de invocar essa denúncia ou divulgação pública para pedir a declaração de improcedência das açção desde que tivessem motivos razoáveis para crer que a denúncia ou divulgação pública era necessária para revelar uma violação nos termos da presente diretiva*.
[34] *Ibidem*.
[35] *Ibidem*, p. 113.
[36] *Ibidem*.
[37] TORRENT I SANTAMARIA, Josep María; GIL DE GOMEZ, Laura Pérez. Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *In*: *Revista Derecho PUCP*, n. 85, 2020, p. 83.

whistleblowing[38]. As empresas espanholas que optassem por implementar um programa de prevenção de delitos com eficácia excludente de responsabilidade penal de acordo com o artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol necessariamente deveriam contar com um canal de denúncia, na medida em que como requisito do modelo de *compliance* está a obrigação de informar sobre possíveis riscos e infrações ao organismo encarregado de vigiar o funcionamento e a observância do modelo de prevenção[39]. Assim, somente aquelas empresas que tivessem um programa de *compliance* penal deveriam implementar um canal de denúncia[40]. Esse panorama foi alterado com a transposição da Diretiva 2019/1937 da União Europeia, cuja aplicação é direcionada a toda empresa de mais de 50 trabalhadores[41].

Diversas comunidades autônomas espanholas – por exemplo, Castela e Leão, Valencia, Ilhas Baleares, Aragão, Navarra, Astúrias – trataram da proteção dos denunciantes, porém, com regulações parciais e que não significaram um progresso significativo para a cultura do *whistleblowing* na Espanha[42]. Tais administrações territoriais circunscreveram a legislação ao âmbito público, de maneira distinta da Diretiva 2019/1937 da União Europeia, que incide também sobre as empresas que operam no setor privado[43]. Além disso, com exceção de Castela e Leão, onde a norma atribui competência para receber e instruir denúncias à Inspeção Geral de Serviços, no resto dos casos foram criadas "oficinas" ou "agências", ou seja, entidades de direito público que teoricamente seriam independentes, mas cujos órgãos são ocupados por designação política dos respectivos parlamentos das comunidades autônomas, o que, na prática, poderia comprometer a sua independência[44].

Entretanto, nenhuma norma específica havia sido editada sobre os denunciantes denunciados[45]. As empresas possuíam uma ampla margem de discricionariedade para desenvolver seus canais de denúncia, inclusive em relação à própria denominação das ferramentas, que se apresentavam por meio de fórmulas como canais de comunicação ou éticos, para dar uma conotação de confiança aos possíveis destinatários, ou seja, transmitir a ideia de que o que se persegue não é a realização de um mal à empresa ou a algum companheiro de

[38] *Ibidem*, p. 83.
[39] *Ibidem*, p. 86.
[40] *Ibidem*.
[41] *Ibidem*. Ver artigo 8° da Diretiva (UE) 2019/1937.
[42] *Ibidem*.
[43] *Ibidem*. Artigo 4° da Diretiva (UE) 2019/1937.
[44] *Ibidem*.
[45] *Ibidem*.

trabalho, mas que o bom funcionamento do canal constitui um reflexo da transparência da companhia e da assunção da cultura do *compliance* por parte de todos os seus membros[46].

Diante da falta de uma regulação concreta, os limites impostos pelo Estado à configuração interna dos canais desenhados pelas próprias corporações precisaram ser definidos por meio de uma leitura conjunta das diferentes disposições do ordenamento jurídico espanhol em seus variados campos[47]. Quando a ferramenta desenvolvida pela empresa funciona e, efetivamente, ocorre uma denúncia, a obrigação da corporação seria, por meio de seu órgão de controle, de investigá-la[48]. Pelo artigo 259 da Lei espanhola de Acusação Criminal já era estabelecido uma obrigação genérica de denúncia à autoridade pública, mas a sua anacrônica consequência é uma multa baixa de 25 a 250 pesetas, não exigível diante da prevalência do direito fundamental da pessoa jurídica de não se confessar culpável[49]. Além desse dever genérico de denunciar, o artigo 450 do Código Penal espanhol prevê um delito de omissão pura que consiste em um não evitar crime contra a vida, integridade física, liberdade ou liberdade sexual, o que deve ser feito com intervenção imediata e sem risco próprio ou alheio, bem como em não recorrer às autoridades competentes para que o impeçam[50]. Porém, como há no direito espanhol um *numerus clausus* de ilícitos que podem ser cometidos pela pessoa jurídica, tal dispositivo não poderia ser aplicado à maioria dos casos[51].

Em relação à proteção ao denunciante, apesar de vigente a LO 19/1994, de proteção a testemunhas e peritos em causas criminais, sua aplicação não se circunscrevia ao âmbito dos denunciantes que faziam uso dos canais internos das empresas, mas incidia de maneira geral dentro do processo penal[52]. Por outro lado, a *Circular de la Fiscalía 1/2016*, que promoveu uma primeira pauta interpretativa do artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol, diante da falta de jurisprudência sobre a configuração da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já manifestava a relevância de que as entidades regulassem a proteção do *whistleblower* ao permitir-lhes informar sobre infrações diversas facilitando a confidencialidade por meio de sistemas que garantissem comunicações, por exemplo, chamadas eletrônicas, correios

[46] *Ibidem*, p. 87.
[47] *Ibidem*, p. 88.
[48] *Ibidem*.
[49] *Ibidem*.
[50] *Ibidem*, p. 89.
[51] *Ibidem*.
[52] *Ibidem* p. 88.
[52] *Ibidem*, p. 89.

eletrônicos, sem risco de sofrer represálias[53]. No entanto, tratavam-se de meras recomendações que não vinculavam as empresas de forma obrigatória, de modo que a barreira legal de proteção aos denunciantes deveria ser buscada no direito constitucional, no direito trabalhista e na regulação relativa à proteção de dados[54].

Na Alemanha, a questão sobre em que medida a realização de investigações internas e a cooperação das empresas poderia ser levada em consideração não estava regulada em lei[55]. Entretanto, na prática forense muitos procuradores consideravam positivos os esforços e os custos que as empresas despendiam em programas de *compliance* e pediam a diminuição ou, a depender do caso, a exclusão de sanções[56]. O BGH (*Bundesgerichtshof*), no ano de 2017, julgou que a medição de uma multa imposta pelo § 30 da Lei de Contraordenações (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG*) deveria considerar a manutenção de um sistema de gestão de *compliance* pela empresa após a divulgação e as medidas tomadas para a prevenção futura de novas infrações[57].

Já a proteção a *whistleblowers* era vista com certo ceticismo, especialmente porque as experiências históricas (como o Terceiro Reich e a República Democrática da Alemanha) levaram as pessoas a adotar uma postura de cautela quanto à vigilância realizada pelo governo ou mesmo pelo setor privado[58]. O próprio conceito de *whistleblowing* sequer é definido pela legislação alemã[59], embora possa ser comparável à figura chamada de "*Hinweisgeber*"[60]. Além

[53] *Ibidem*, p. 89-90.

[54] *Ibidem*, p. 90.

[55] SÜSSE, Sascha. Gesetzliche Vorgaben für interne Untersuchungen – Ein Weg zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten bei der Kooperation in Wirtschaftsstrafverfahren? *In*: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13. Jahrgang, Ausgabe 9, 2018, p. 352.

[56] *Ibidem*.

[57] *Ibidem*.

[58] MOMSEN, Carsten; BENEDICT, Paula. Limited protection and no reward: an overview of Whistleblowing in Germany. *In*: *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, 2020, p. 237. No mesmo sentido, THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. Whistleblowing around the World: a comparative analysis of whistleblowing in 23 countries. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 23. De fato, as más-experiências históricas fizeram com que se atribuísse uma conotação negativa ao *whistleblower* no contexto alemão; "*O Estado visto não como uma comunidade de cidadãos, mas como o antagonista da sociedade que não merece qualquer solidariedade*". KRAUSE, Rüdiger. Duty to Loyalty, Fundamental Rights, and Public Policy: German Whistleblowing Law Between Conflicting Values. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 157-158.

[59] DEUTSCHER BUNDESTAG. *Die Rechtslage der Whistleblower in Deutschland – aktuelle Gesetzeslage.* Disponível em https://www.bundestag.de/resource/blob/627146/eab857927bc04b531f15f8c29a6f6904/WD-6-142-18-pdf-data.pdf. Acesso em 13.mai.2021.

[60] KRAUSE, Rüdiger. Duty to Loyalty, Fundamental Rights, and Public Policy: German Whistleblowing Law Between Conflicting Values. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 156.

disso, desde antes da Diretiva 2019/1937 é previsto que alguém que noticie falsas informações pode ser punido pelos crimes previstos nos §§ 145d (simulação de um fato punível), 164 (falsa imputação de fato punível), e 188 (calúnia, difamação e injúria praticados contra pessoas da vida pública) do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*)[61].

Um exemplo de direito de comunicação, porém, pode ser extraído da Lei Trabalhista alemã (*Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG*). De acordo com o § 17, Abs. 2, é direito do trabalhador fazer denúncia externa, com base de evidências concretas, sobre o não cumprimento das normas de segurança do trabalho; como se trata de um direito, concede-se ao empregado a proteção contra qualquer medida que o empregador tome contra ele em decorrência da comunicação. Também a Lei Geral de Igualdade de Tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*) garante ao trabalhador o direito de comunicar a ocorrência de um tratamento desigual (§ 13, Abs. 1), sem que por isso possam sofrer represálias (§ 13, Abs. 2). A proteção contra retaliações do empregador é amparada pelo Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) que, no § 612a, proíbe o empregador de prejudicar o empregado pelo exercício legal de seus direitos (como o de comunicação)[62].

Mais recentemente, em 26 de abril de 2019, devido à Diretiva da União Europeia 2016/943 para a Proteção de *Know-how* e de Segredos Comerciais, foi editada a Lei de Segredos Comerciais (*Geschäftsgeheimnisgesetz – GeschGehG*)[63]. Essa lei reafirma que a divulgação de segredos comerciais é um crime, mas que pode ser algo justificado em certas circunstâncias[64]. Suas disposições indicam que segredos comerciais "ilegais" não devem ser protegidos e que a proteção de uma divulgação deve depender do interesse da informação[65].

---

[61] MOMSEN, Carsten; BENEDICT, Paula. Limited protection and no reward: an overview of Whistleblowing in Germany. *In*: *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, 2020, p. 238.

[62] Podem ainda ser citadas outras leis que tratam do direito de comunicação de ilícitos na Alemanha. A Lei dos Funcionários Públicos (*Beamtenstatusgesetz – BeamtStG*), por exemplo, obriga o funcionário público a guardar sigilo sobre assuntos oficiais, exceto quando houver suspeita, baseada em fatos, da prática do delito de corrupção (§ 31, Abs. 1, 3); assim, também, a Lei dos Funcionários Públicos Federais (*Bundesbeamtengesetz – BBG*) em seu § 67, Abs. 2, 3.

[63] BROCKHAUS, Robert. Das Geschäftsgeheimnisgesetz zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie. *In*: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15. Jahrgang, Ausgabe 3, 2020, p. 102.

[64] MOMSEN, Carsten; BENEDICT, Paula. Limited protection and no reward: an overview of Whistleblowing in Germany. *In*: *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, 2020, p. 238.

[65] BROCKHAUS, Robert. Das Geschäftsgeheimnisgesetz zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie. *In*: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15. Jahrgang, Ausgabe 3, 2020, p. 119.

Sob a perspectiva da Diretiva 2019/1937 da União Europeia, contudo, a Alemanha ainda estava, ao tempo de sua edição, distante de atingir o nível de proteção lá determinado . A ausência de uma legislação comum de proteção aos informantes[66] – apesar da variedade de leis esparsas sobre a o assunto, mas vinculada a categorias e casos específicos[67] – revela que a normativa da União Europeia apresentou um conteúdo em sentido oposto à maneira como a proteção do *whistleblower* é tratada no país, que parece relutante em introduzi-la no direito nacional[68].

No ordenamento jurídico interno italiano a proteção do *whistleblower* já era conhecida antes da Diretiva 2019/1937, pelo menos desde a edição da Lei n.° 190, de 06 de novembro de 2012 (*Legge 2012/190*, também conhecida como *Legge Severino*[69]). Por meio dessa legislação, que prevê as disposições de prevenção e repressão da corrupção no seio da Administração Pública, em seu artigo 51, determinou-se fosse inserido no Decreto Legislativo 2001/165 (Regras gerais de organização do trabalho na Administração Pública) o artigo 54-*bis*, com o fim de normatizar a tutela do funcionário público que denuncia a prática de ilícitos (chamado *segnalante di illeciti* ou, literalmente, *soffiare il fischietto*[70]). Conforme o artigo 54-*bis*, são medidas de proteção ao *whistleblower i*) a proibição de sancionamento, demissão ou sujeição à medida discriminatória, direta ou indireta, por razões relacionadas à denúncia, do funcionário público que denuncia a prática de ilícitos dos quais tenha tomado conhecimento na relação de trabalho (com exceção dos casos de responsabilidade a título de calúnia ou difamação[71]); *ii*) a

[66] KRAUSE, Rüdiger. Duty to Loyalty, Fundamental Rights, and Public Policy: German Whistleblowing Law Between Conflicting Values. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 158.

[67] DEUTSCHER BUNDESTAG. *Die Rechtslage der Whistleblower in Deutschland – aktuelle Gesetzeslage.* Disponível em https://www.bundestag.de/resource/blob/627146/eab857927bc04b531f15f8c29a6f6904/WD-6-142-18-pdf-data.pdf. Acesso em 13.mai.2021.

[68] MOMSEN, Carsten; BENEDICT, Paula. Limited protection and no reward: an overview of Whistleblowing in Germany. *In*: *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, 2020, p. 236 e 240. Atualmente está em discussão o Projeto de Lei para uma melhor Proteção ao Informante (*Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie um Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden*), que visa cumprir a obrigação assumida pelos países-membros da União Europeia de adoção da Diretiva (UE) 2019/1937.

[69] MASIERO, Anna Francesca. La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE: tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante. *In*: *Archivio Penale*, n. 2, p. 10, 2020; RUGANI, Andrea. I profili penali del whistleblowing alla luce della L. 30 novembre 2017 n. 179. *In*: *La legislazione penale*, p. 6, 2018.

[70] COPPOLA, Fabio. Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione. *In*: *Diritto Penale e Processo*, n. 4/2018, p. 475, 2018.

[71] Essa exceção significaria a exigência de que o informante atuasse de boa-fé, junto da qual se convencionou adicionar o requisito do "fundado suspeito" da veracidade da informação. Cf., MASIERO, 2020, p. 11. Apesar

impossibilidade de se divulgar, sem consentimento e no âmbito de um processo disciplinar, a identidade do informante, afora os casos nos quais seu conhecimento seja essencial à defesa do acusado; e *iii*) a possibilidade de se comunicar ao Departamento da Administração Pública (*Dipartimento della funzione pubblica*), para a adoção das medidas pertinentes, a ocorrência de quaisquer medidas discriminatórias que tenham sido tomadas em desfavor do denunciante. Essa introdução legislativa pode ser compreendida como o objetivo de institucionalizar, no âmbito do setor público, uma figura inédita que seja garantidora dos membros e do trabalho da organização, uma nova ética na qual é possível externalizar as condutas censuráveis dos superiores hierárquicos[72]; de *confiar aos "jogadores" as chaves da vigilância da integridade e justeza da Administração Pública*, antes exclusiva dos "árbitros", de modo a promover uma mudança cultural na qual o funcionário "espião" deixe de ser marginalizado e passe a ser considerado um modelo virtuoso de comportamento[73].

Dada a limitada proteção legal ao *whistleblower*, porque aplicável apenas aos informantes dentro da estrutura da Administração Pública, havia a necessidade de uma modificação legislativa que abrangesse também o setor privado e outras categorias. Assim, em 30 de novembro de 2017 foi editada a Lei n.° 2017/179, com o objetivo de dispor sobre a proteção dos autores de denúncias de crimes ou irregularidades, cujo conhecimento tenha se dado dentro de uma relação de trabalho pública ou privada. No que se refere ao *whistleblower* no setor público, o primeiro dispositivo dessa nova lei substituiu o texto do art. 54-*bis* do Decreto Legislativo n.° 2001/165, acrescentado pela Lei 2012/190, o qual passou a vigorar com as seguintes e significativas alterações: goza de proteção o funcionário público que, *no interesse da integridade da administração pública* – em clara exclusão dos "egoistic-blowers"[74] –, presta as informações às autoridades, devendo a comunicação das medidas retaliatórias ser feita não mais ao Departamento da Administração Pública, e sim à Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC). Também o conceito de funcionário público passou a ser mais extenso: além das pessoas já referidas nos artigos 1° a 3° do Decreto Legislativo n.° 2001/165, incluiu os

de se tratar de uma lei anterior, os requisitos de boa-fé e indícios de veracidade se assemelham àqueles exigidos pela Diretiva (UE) 2019/1037.

[72] MASIERO, Anna Francesca. La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE: tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante. *In*: *Archivio Penale*, n. 2, p. 12, 2020.

[73] Cf. COPPOLA, 2018, p. 475.

[74] *Ibidem*, p. 483. São chamados de "egoistic-blowers" aqueles que realizam a comunicação com a finalidade única de proteger sua posição pessoal e não o interesse geral da Administração. CANTONE, Raffaele. Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla Riforma del 2017. *In*: *Sistema Penale*, p. 6, 2020.

funcionários de entes públicos econômicos, os funcionários de um ente de direito privado que esteja sujeito ao controle público, bem como trabalhadores e colaboradores das empresas fornecedoras de bens ou serviços e que realizam obras em favor da Administração Pública (item 2).

Houve mudanças, ainda, quanto à obrigação de confidencialidade sobre a identidade do *whistleblower*. Em ações penais, a proteção do sigilo deve seguir as normas previstas pelo Código de Processo Penal, o qual estabelece suas formas e limites (normalmente até o encerramento das investigações preliminares, conforme o artigo 329 do *Codice di Procedura Penale*); para os processos e trâmite no Tribunal de Contas, a identidade do denunciante só pode ser conhecida após o encerramento da fase instrutória; no âmbito de um processo disciplinar, a revelação da identidade do denunciante é proibida, a menos que seu conhecimento seja essencial para a defesa do arguido, caso no qual – diferentemente da disposição anterior – exige-se o consentimento do informante (item 3).

A Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC) também passou a ser responsável pela aplicação de sanções no caso de ações discriminatórias em desfavor do *whistleblower*. Assim, quando, no âmbito de uma investigação conduzida por referido órgão, verifica-se que medidas de retaliação foram tomadas em prejuízo do denunciante, a Autoridade Nacional Anticorrupção será responsável pela aplicação de sanções pecuniárias de cinco a trinta mil euros ao gestor responsável pela adoção da medida; já nos casos em que o gestor deixar de verificar e analisar as comunicações recebidas, a sanção a ser aplicada vai de dez a cinquenta mil euros (item 6). Em todo o caso, cabe ao ente comprovar que as medidas discriminatórias ou retaliatórias adotadas não tenham sido motivadas em razão da comunicação realizada pelo *whistleblower* (item 7). Se houver uma demissão causada pela comunicação, o funcionário deve ser reintegrado (item 8). Essas medidas de proteção, porém, não são aplicáveis quando apurada, ainda que com sentença em primeira instância, a responsabilidade penal do informante pelos crimes de calúnia ou difamação, por crimes cometidos com a denuncia ou, ainda, nos casos de responsabilidade civil por dolo ou culpa grave (item 9).

A maior inovação legislativa em relação aos textos legais já vigentes foi a introdução da tutela do funcionário ou colaborador que faz a comunicação no *setor privado*. O artigo 2° da Lei n.° 2017/179 acrescentou ao artigo 6° do Decreto Legislativo 2001/231 (que disciplina a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica) os itens necessários para o *compliance* eficaz à proteção contra a prática de crimes, dentre os quais: canais de denuncia que garantam

o sigilo da identidade do comunicante; pelo menos um canal alternativo de denuncia que seja idôneo a garantir, na modalidade informática, o sigilo da identidade do denunciante; a proibição de atos de retaliação ou discriminatórios contra o informante em razão da denúncia; e a previsão de sanções para aqueles que violarem as medidas de proteção dos denunciantes e para quem apresentar, com dolo ou culpa grave, uma denúncia infundada (artigo 6°, item 2-*bis*). Outra importante previsão é a nulidade da demissão, da mudança de funções ou quaisquer outras medidas consideradas de retaliação ou discriminatórias (artigo 6°, item 2-*quater*).

Nesse contexto, levantou-se a questão sobre a diferença dos requisitos para a proteção do *whistleblower* funcionário público e do privado, haja vista que a localização da norma de proteção dentro do Decreto Legislativo 2001/231 parece indicar que o benefício ao informante, na esfera privada, limita-se aos casos de comunicação de infrações penais, notadamente aquelas listadas no artigo 24 e seguintes de tal Decreto Legislativo (*reati presupposto*), não extensível às denúncias nos setores disciplinar e cível[75]. Assim, *v. g.* um funcionário público que comunicasse ilícitos de natureza puramente administrativa gozaria dessa proteção legal, enquanto o trabalhador do setor privado não; isso demonstra uma maior relevância dada pelo legislador italiano às condutas indevidas no seio da atividade pública (especialmente por envolver recursos públicos) do que àquelas na área privada.

Relevantes ainda foram as consequências penais introduzidas pelo artigo 3° da Lei n.° 2017/179. De acordo com tal norma, sempre que houver *justa causa* para a revelação do segredo – entendida como o interesse na integridade das administrações pública e privada, além da prevenção e repressão da malversação – e dentro da forma e dos limites legais, o *whistleblower* não pode ser criminalmente responsabilizado (e também na esfera civil) pela sua divulgação, ainda que sua conduta constitua uma infração penal (como violação do sigilo profissional ou do segredo industrial). Inclui-se nessas repercussões, ainda, a tendência da *proliferação dos centros de vigilância internos à organização e, consequentemente, dos garantidores*, não pela obrigação real de comunicar, mas por uma eventual responsabilidade omissiva, embora seja de se negar uma atribuição de responsabilidade penal nessas situações (o que de fato seria incoerente dentro de uma norma de proteção ao *whistleblower*)[76].

[75] MASIERO, Anna Francesca. La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE: tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante. *In*: *Archivio Penale*, n. 2, p. 16, 2020.
[76] *Ibidem*, p. 20-21.

39. A proteção do *whistleblower* na legislação brasileira

O *whistleblower* ganhou especial relevância no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei n.° 13.964/2019, que introduziu os artigos 4º-A, 4º-B e 4º-C à Lei n.° 13.608/2018 (a denominada Lei do Disque Denúncia), bem como os artigos 3º-A, 3º-B e 3º-C à Lei n.° 12.850/2013 (a denominada Lei de Organizações Criminosas). A partir de tais introduções legislativas, passou-se a prever alguns prêmios e proteções ao *informante-inocente*, algo visto como necessário por parte da doutrina[77], bem como regulou mais profundamente o instituto do *informante-culpado*[78].

Por outro lado, a figura do informante é ainda mais antiga no ordenamento jurídico nacional. O Código de Processo Penal, por meio de seu artigo 5º, §3º, prevê desde a sua redação original que "*qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito*". Desse modo, a lei processual penal já previa que qualquer indivíduo que tivesse conhecimento da ocorrência de uma infração penal poderia comunicá-la à autoridade policial.

Tempos depois, o papel do informante ganhou uma maior regulação com o advento da assim conhecida Lei de Organizações Criminosas. Ali, teve foco a figura *do informante-culpado*, chamado pela lei de *colaborador*, no contexto do instituto da colaboração premiada. Os possíveis prêmios oferecidos ao *informante-culpado* estão descritos no artigo 4º, sendo esses: (*i*) o perdão judicial; (*ii*) a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços); (*iii*) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Finalmente, com o advento da afamada Lei Anticrime (Lei n.° 13.964/2019), a figura do informante foi regulamentada com mais detalhes, a partir da alteração que promoveu na Lei n.° 13.608/2018. O artigo 15 da Lei n.° 13.964/2019 acrescentou à Lei n.° 13608/2018 os artigos 4º-A, 4º-B e 4º-C, destinando ao *informante-inocente* as seguintes medidas de proteção: (*i*) direito de confidencialidade; (*ii*) imunidade de responsabilidade civil e criminal; (*iii*) proteção

[77] Cf. GABRIEL, Anderson de Paiva. *Whistleblower* no Brasil: o informante do bem. *Jota*, São Paulo, 2020, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/whistleblower-no-brasil-o-informante-do-bem-20042020> Acesso em 29.abr.2021;

[7878] Que a figura do informante não precisa ser necessariamente inocente, é algo pacífico na doutrina. Cf., por exemplo, SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord. e org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 40.

contra retaliação; (*iv*) ampliação ao informante de todas as medidas protetivas previstas na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n.° 9.807/1999); (*v*) eventual recompensa ao informante[79]. O *informante-inocente* é a figura que mais assemelha-se ao *whistleblower* do direito europeu.

O artigo 4º-B da Lei n.° 13.608/2018 estabelece um verdadeiro direito que o informante tem de preservação de sua identidade[80]. Isso não significa que ela nunca poderá ser revelada: o próprio *caput* do artigo prevê que essa revelação ocorrerá "*em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos*"[81], sem, todavia, estabelecer os critérios a serem adotados para essa divulgação[82]. Além disso, o seu parágrafo único determina que a revelação da identidade do informante só ocorrerá com a sua prévia e formal concordância.

O parágrafo único do artigo 4º-A, por sua vez, assegura ao informante "*proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas*". No que tange à imunidade civil e criminal, o dispositivo é claro: ela só estará garantida na medida em que o informante não tenha apresentado conscientemente informações ou provas falsas. Nesses casos, além de possível responsabilização cível, no âmbito criminal é possível *prima facie* a subsunção da conduta em tipos penais como, por exemplo, denunciação caluniosa (art. 339, do Código Penal), comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340, do Código Penal) ou fraude processual (art. 347, do Código Penal).

No que tange à proteção contra retaliações, além do citado artigo 4º-A, o artigo 4º-C, *caput* estabelece que ao informante será prestada proteção em face de condutas de retaliação à comunicação, tais como (*i*) demissão arbitrária; (*ii*) alteração injustificada de funções ou atribuições; (*iii*) imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie; (*iv*) retirada de benefícios, diretos ou indiretos ou (*v*) negativa de fornecimento de referências profissionais positivas. Ademais, o §1º determina que, no bojo do serviço público,

[79] Um panorama resumido dessas medidas pode ser conferido em BARCELLOS, Ana Paula. An introduction to Brazil's new whistleblower protection law. *In*: *CEP Magazine*, junho de 2020, disponível em: https://compliancecosmos.org/introduction-brazils-new-whistleblower-protection-law. Acesso em 09.mai.2021.

[80] A confidencialidade assegurada pela Lei n.° 13.964/2019 não deve ser confundida com o *anonimato*, não previsto na Lei Anticrime. Cf. BARCELLOS, 2020, p. 1-2; SOUZA, 2020, p. 47.

[81] Semelhante ao que dispõe a Diretiva (UE) 2019/1937 em seu artigo 16.

[82] BARCELLOS, Ana Paula. An introduction to Brazil's new whistleblower protection law. *In*: *CEP Magazine*, junho de 2020, disponível em: https://compliancecosmos.org/introduction-brazils-new-whistleblower-protection-law. Acesso em 09.mai.2021.

esse tipo de retaliação configurará falta disciplinar grave, estando o agente sujeito até mesmo à demissão. Além disso, o §2º determina o ressarcimento em dobro por eventuais danos materiais sofridos pelo informante em razão da retaliação, além de eventuais danos morais.

É o mesmo artigo 4º-C, *caput*, que prevê as formas de proteção contidas na Lei n.° 9.807/1999 ao informante. O artigo 7º da Lei n.º 9.807/1999 define um rol não taxativo de medidas, que são: (*i*) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; (*ii*) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; (*iii*) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; (*iv*) preservação da identidade, imagem e dados pessoais; (*v*) ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; (*vi*) suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; (*vii*) apoio e assistência social, médica e psicológica; (*viii*) sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; (*ix*) apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Ainda quanto às medidas protetivas contidas na Lei n.° 9.807/1999, algumas considerações são importantes. Primeiramente, os legitimados para solicitar essas medidas estão contidos no rol do artigo 5º, que são: (*i*) o próprio interessado (aqui, o informante); (*ii*) o representante do Ministério Público; (*iii*) a autoridade policial que conduz a investigação criminal; (*iv*) o juiz competente pela instrução criminal; (*v*) órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos. Além disso, essas medidas protetivas podem ser dirigidas ou estendidas a pessoas próximas do informante (cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual), nos termos do artigo 2º, parágrafo primeiro (também de forma semelhante à Diretiva 2019/1037 da União Europeia, que além dos familiares do comunicante, inclui a proteção de terceiros como colegas ou facilitadores – artigo 4°, item 4).

Já o parágrafo terceiro do artigo 4º-C da Lei n.° 13.608/2018 prevê a possibilidade de recompensa ao informante. Mas isso só ocorrerá quando "*as informações disponibilizadas*

resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública", não podendo a recompensa ultrapassar o patamar de 5% do valor recuperado[83].

Por fim, o *caput* do artigo 4º-A, além das medidas já expostas, prevê a manutenção de unidade de ouvidoria ou correição por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Elas terão a função de assegurar que o informante possa "*relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público*".

A Lei Anticrime (Lei n.° 13.964/2019) não só inovou na matéria quanto ao informante em geral, como também regulamentou com mais detalhes o instituto da colaboração premiada, que afeta especificamente o *informante-culpado*. O artigo 3º-A da Lei de Organizações Criminosas (Lei n.° 12.850/2013) pacifica o eventual debate sobre a natureza jurídica da colaboração premiada: trata-se de negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. Já o artigo 3º-B estabelece que a confidencialidade do acordo tem início com a proposta para formalização de acordo de colaboração e somente decisão judicial pode levantar esse sigilo, configurando violação do sigilo e quebra de confiança e boa-fé a divulgação das tratativas para o acordo ou de quaisquer documentos relacionados. Dentre as outras inovações, cabe o destaque que na lei passou a constar expressamente que as tratativas sobre a colaboração sempre devem ter a presença de advogado constituído ou de defensor público (art. 3º-C, parágrafo primeiro).

Por fim, vale observar que a lei deixa em aberto se ao *informante-culpado* serão aplicáveis as inovações trazidas à Lei n.° 13.608/2018. Ao que parece, o mais razoável aqui é propor uma solução caso a caso, visto que há medidas que parecem ser incompatíveis com o informante culpado, bem como há outras que não. Por exemplo, é questionável permitir ao *informante-culpado* a concessão de alguma recompensa. Isso porque os efeitos da condenação pelo delito praticado, nos termos do artigo 91 do Código Penal, são justamente (*i*) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e (*ii*) a perda em favor da União, ressalvado os direitos do lesado ou do terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime (desde que sejam coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito), bem como do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com

[83] Esse é um ponto importante de divergência entre a legislação brasileira e a Diretiva (UE) 2019/1937. Enquanto a Lei n.° 13.608/2018 possibilita a concessão de uma recompensa financeira ao informante, a Diretiva é expressa em negar sua aplicabilidade ao comunicante que preste informações com o objetivo de receber uma contrapartida financeira (item 30).

a prática do fato criminoso. Dessa forma, a obrigação que recai sobre o culpado é contraditória a qualquer ideia de recompensa.

Quanto ao rol de medidas de proteção contra retaliações, muitas também são incompatíveis com o *informante-culpado*. Nesse sentido, parece plausível negar-se a fornecer referências profissionais positivas a quem praticou crimes, especialmente se no exercício profissional. Além disso, também aparenta ser *prima facie* irrazoável impedir a demissão de alguém que cometeu crime, especialmente num ordenamento jurídico que prevê a demissão por justa causa (artigo 482 da CLT). Também não parece adequado que o *informante-culpado* permaneça ileso em seu cargo público, na medida em que o artigo 92, inciso I, do Código Penal prevê as hipóteses onde isso ocorrerá como efeito da condenação. O que é possível, quanto à última hipótese, é vedar a exoneração automática do servidor *informante-culpado*, deixando isso a cargo do magistrado criminal no momento da sentença condenatória.

Apesar dessas considerações, existem medidas que parecem adequadas ao *informante-culpado*. Por exemplo, não há o que impeça a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei n.° 9.807/1999 em favor dele. Além disso, o direito de confidencialidade deve ser aqui mitigado, pois o *informante-culpado* terá invariavelmente a sua identidade revelada no momento da instauração da ação penal, especialmente se ele celebrar um acordo de colaboração premiada. Porém, no caso de colaboração premiada, a Lei de Organizações Criminosas possui legislação específica sobre a matéria.

40. Pontos críticos da proteção do *whistleblower* no Brasil

A análise das normas previstas pela legislação brasileira e sua comparação com as regras estrangeiras aqui descritas nos permite identificar, então, alguns pontos críticos que merecem ser considerados. O primeiro deles é sobre a possibilidade de quebra do segredo sobre a identidade do informante, prevista no art. 4-B da Lei n.° 13.608/2018. Conquanto seja vaga a justificativa apresentada para uma exceção à obrigação de confidencialidade, porque relativa *em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos*, certo é que o condicionamento da revelação ao consentimento do informante (parágrafo único), em tais casos, assegura ao *whistleblower* o direito à proteção. Contudo, a norma é omissa em relação à qual seria a consequência decorrente da negativa do informante, o que, a nosso ver,

deve ser a perda do valor probatório de sua informação.[84]O problema de tal omissão na lei brasileira, nesse ponto, torna-se ainda mais grave quando se vislumbra que é difícil considerar um direito absoluto de se manter às escuras; imagine-se, por exemplo, uma comunicação de crime que resulta em uma ação penal no curso da qual o informante não consinta na revelação de sua identidade: em que medida o anonimato do denunciante não é prejudicial à defesa do denunciado? A possível solução consistente em invalidar o valor probatório da informação apresentada pelo informante adquire, nessa hipótese, ainda mais plausibilidade. Correto, portanto, foi o caminho seguido pela Diretiva 2019/1937 da União Europeia, que, diante desse problema, previu a possibilidade de derrogação da confidencialidade, sem a necessidade do consentimento do *whistleblower*, quando necessária para a salvaguarda do direito de defesa do acusado (artigo 16, item 2), uma expressão da garantia ao contraditório e à ampla defesa indispensáveis no processo penal.

Outra repercussão criminal comum na legislação brasileira e na Diretiva da União Europeia 2019/1937 é a isenção de responsabilidade criminal. Esse benefício foi introduzido no direito brasileiro pelo artigo 15 da Lei n.° 13.964/2019, que acrescentou o artigo 4º-A à Lei n.° 13.608/2018, e, também, no âmbito da União Europeia, pela Diretiva 2019/1937. Porém, a Diretiva da União Europeia faz exigência que não está presente na legislação brasileira: que a revelação do segredo seja medida essencial para a efetividade da comunicação de uma violação, ou seja, que haja uma justificativa mais forte no caso de a informação englobar a violação de segredos (item 97 e artigo 21, item 7). A legislação brasileira, de maneira geral, impede que o *whistleblower* seja penalmente responsabilizado quando, ao fazer sua comunicação, revelar segredo profissional ou comercial; de modo que estaria, assim, afastada a responsabilidade penal pela prática de delitos de violação de segredo, como os crimes de violação de segredo profissional (artigo 154 do Código Penal[85]) e de violação do sigilo funcional (artigo 325 do Código Penal).

Outro ponto importante sobre a proteção e imunidade criminal do *whistleblower* diz respeito à aplicação de tais medidas quando se verificar, *ex post*, que as informações apresentadas pelo denunciante não eram verdadeiras. De acordo com o artigo 4-A, parágrafo

[84] Como também sustenta SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord. e org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 47.

[85] A tipicidade do delito previsto no artigo 154 do Código Penal já estaria, porém, afastada pela própria redação do tipo penal, que exige que a revelação de segredo tenha sido feita *sem justa causa*.

único, da Lei n.° 13.608/2018, somente não fará *jus* aos benefícios legais o informante que, numa perspectiva *ex ante*, tiver apresentado, de forma *consciente*, informações ou provas falsas. Assim, de acordo com a determinação legal, uma eventual negligência na atuação do comunicante não impediria a sua proteção contra retaliações, tampouco excluiria a imunidade criminal do *whistleblower*, que continuaria sem poder ser processado, *v. g.*, por uma violação de sigilo funcional (artigo 325 do Código Penal)[86]. Uma razoabilidade dos motivos, como a exigida pela norma europeia, não é necessária segundo a lei brasileira, o que abre uma brecha para que sejam aceitas comunicações falsas originadas de equívocos evitáveis ou do alto grau de imprudência do informante.

Entretanto, o alcance e a extensão dessa imunidade penal ainda precisam ser mais bem esclarecidos, em especial diante da independência individual de atuação dos membros do Ministério Público no Brasil. A independência funcional dos procuradores e promotores brasileiros permite que atuem de acordo com o seu próprio entendimento a respeito dos fatos, o que torna possível que ao mesmo tempo em que alguns investiguem um caso de corrupção com a ajuda de um informante outros possam compreender como ilegal a atividade de informar do *whistleblower*[87]. Por fim, em um ordenamento jurídico que possui legislação específica sobre as relações trabalhistas, a qual determina sanções à demissão sem justa causa, pode ser

[86] Interessante aqui é o recente posicionamento adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Gawlik* v. *Liechtenstein*, julgado em 16.fev.2021, que difere do tratamento previsto pela legislação brasileira. Nesse apelo (Application n.° 23922/19), a Corte foi acionada em razão da demissão, sem aviso prévio, do médico alemão Lothar Gawlik, após ele ter comunicado às autoridades sua suspeita de que estaria ocorrendo a prática de crimes no Hospital Nacional de Liechtenstein, onde trabalhava. Segundo consta do processo, Gawlik, dado o aumento incomum de mortes no Hospital, analisou os relatórios eletrônicos dos pacientes, nos quais verificou a aplicação não indicada de morfina, o que estaria em desacordo com a *lege artis*. Acreditando se tratar da prática de eutanásia ativa e temendo pelos demais pacientes, Gawlik imediatamente fez uma denuncia externa. Em decorrência disso, foram verificados os relatórios médicos em papel, quando se constatou que a denuncia era infundada, pois os pacientes estavam em situação paliativa e o uso de morfina era indicado e necessário para o alívio da dor e para amenizar as dificuldades respiratórias dos doentes. Como resposta à comunicação feita, Gawlik foi demitido do Hospital, o que ele considerou um ato indevido de retaliação. Em sua decisão, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que Gawlik atuou de boa-fé, mas não considerou ilegal a demissão sem aviso prévio aplicada pelo Hospital Nacional de Liechtenstein, porque, segundo a Corte, em razão da gravidade dos fatos, era dever do médico ter verificado cuidadosamente, na medida do possível, se as informações eram precisas e confiáveis antes de comunica-las às autoridades. Disponível em https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-208280%22]}. Acesso em 15.mai.2021. Embora a Diretiva (UE) 2019/1937 exija a presença da razoabilidade dos motivos para confiar na veracidade da informação (artigo 6°, item 1, alínea *a*), não fica claro qual o nível de segurança dos indícios é necessário para se considerar razoável o motivo da comunicação. Nesse mesmo sentido, conferir KAIN, Felicia. Whistleblowing and labour law: The Whistleblower Directive – development, content and obstacles. *In: Italian Labour Law e-Journal*, n. 2, vol. 13, 2020, p. 139.

[87] Nesse sentido, ver BARCELLOS, Ana Paula. An introduction to Brazil's new whistleblower protection law. *In*: *CEP Magazine*, junho de 2020, p. 2-3. Disponível em: <https://compliancecosmos.org/introduction-brazils-new-whistleblower-protection-law> Acesso em 15.mai.2021.

interpretado que o parágrafo segundo do artigo 4º-C da Lei n.° 13.608/2018 configuraria *bis in idem* ao prever, além de todas as verbas que o empregador já deve arcar, o ressarcimento por danos materiais e morais. No entanto, como também pode ser interpretado que o ressarcimento de danos em razão da retaliação não seria consequência de uma mera demissão, mas uma forma de dissuadir o empregador de perseguir o funcionário informante por sua comunicação e compensá-lo pelos prejuízos sofridos, os fundamentos e os limites de tal distinção ainda devem ser mais bem esclarecidos. Ademais, tratando-se de iniciativa privada, é direito subjetivo do particular demitir funcionários. Uma possível solução de "*meio termo*" para isso poderia ser limitar a incidência do dispositivo aos casos em que ficar comprovado que o empregador simulou uma situação de justa causa para eximir-se do pagamento das verbas devidas. É algo que merece uma reflexão maior.

41. Conclusões

A comunicação de informações privilegiadas - o *whistleblowing* – tem se tornado uma das ferramentas mais importantes para a investigação de delitos cometidos às portas fechadas em grandes organizações e, por outro lado, uma atividade que submete aquele que a realiza ao evidente risco de sofrer as mais diversas formas de retaliações. Por isso, uma política legislativa de incentivo à sua prática necessariamente não pode se esgotar na previsão dos benefícios que poderá gerar ou dos canais pelos quais deverá ocorrer, mas enfrentar aquele que é o maior dos desafios: o estabelecimento de um sistema de proteção ao *whistleblower*, ou seja, ao informante, com credibilidade suficiente para permitir-lhe superar o medo de revelar o que está na esfera de seu conhecimento.

A União Europeia buscou a implementação de um tal sistema ao direcionar aos seus Estados-membros normas comuns de proteção previstas na Diretiva 2019/1937, cujo conteúdo levou em consideração tanto a importância do *whistleblower* para prevenir, reduzir e eliminar perigos de violações a interesses públicos, quanto a necessidade de protegê-lo e proteger pessoas de seu circulo de relacionamento, bem como a obrigação de salvaguardar seu direito à liberdade de expressão de informação. A adoção da Diretiva (UE) 2019/1937 enfrentou, porém, peculiaridades jurídicas no ordenamento interno dos países europeus, que não pareciam inteiramente preparados para a absorção de seu texto.

Em Portugal, a legislação era escassa, fragmentária e com lacunas, de modo que nem a atividade de *whistleblowing* nem a proteção ao *whistleblower* recebiam das autoridades

públicas grande importância, por não se tratar de algo que fizesse parte da cultura empresarial e jurídica portuguesa. Na Espanha, mesmo com o ordenamento jurídico prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a necessidade de implementação de um sistema de *whistleblowing*, no setor privado as empresas tinham uma ampla margem de discricionariedade para desenvolvê-lo e regular a proteção do *whistleblower* de acordo com a fórmula que entendesse mais conveniente, enquanto, no setor público, as comunidades autônomas predominantemente atribuíam competência para receber e instruir denúncias a órgãos constituídos por cargos ocupados por designação política e tratavam da proteção aos denunciantes apenas por meio de regulações parciais. Na Alemanha, a atividade de *whistleblowing* e a proteção ao *whistleblower* eram vistas com receio, em especial devido às experiências históricas que generalizaram uma postura de cautela em relação à vigilância exercida tanto pelo Estado quanto pelo setor privado e, ainda que já tivesse sido aprovada, em 26 de abril de 2019, a Lei de Proteção de Know-how e de Segredos Comerciais, em razão da Diretiva da União Europeia 2016/943, com a previsão de que a divulgação de segredos comerciais poderia ser justificada em determinadas circunstâncias, a Diretiva da União Europeia 2019/1937 ainda apresentava um conteúdo distante da maneira como a proteção de informante era entendida no país e sua introdução no direito nacional foi tratada com relutância. Na Itália, o sistema de *whistleblowing* e a proteção ao *whistleblower* haviam sido desenvolvidos com o objetivo de prevenir e reprimir a corrupção praticada no setor público, em especial por meio da edição da Lei n.° 190, de 06 de novembro de 2012, a denominada *Legge Severino.* Em 30 de novembro de 2017, o legislador italiano, por meio da Lei n.° 2017/179, estendeu também às empresas do setor privado a necessidade de estabelecer canais de denúncia e de medidas de proteção aos informantes, mas limitadas apenas aos casos de comunicação de infrações penais, de modo a significar um nível de proteção inferior comparado ao do funcionário público, protegido também ao denunciar infrações administrativas e civis.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao comunicante de informações privilegiadas recebeu um tratamento mais específico na Lei n.° 13.964/2019, a qual, em seu artigo 15, introduziu os artigos 4º-A, 4º-B e 4-C na Lei n.° 13.608/2018. Essa norma destinou ao *informante-inocente* o direito de confidencialidade, imunidade de responsabilidade civil e criminal, proteção contra retaliação, ampliação das medidas protetivas dispostas na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n.° 9.807/1999) e eventual direito de recompensa. Entretanto, apesar de seu razoável nível de detalhamento, apresentou alguns pontos

merecedores de crítica. A norma previu que o afastamento do sigilo sobre a identidade do informante pode ser procedido em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos, mas dependeria do consentimento do informante. Isso, contudo, sem prever a consequência derivada de sua negativa. A solução adequada deve ser a perda do valor probatório de sua informação, o que se reforça nos casos em que o anonimato do denunciante é prejudicial à defesa do denunciado, como, aliás, é o previsto no artigo 16, item 2, da Diretiva 2019/1937 da União Europeia. Porém, não há na norma brasileira uma determinação expressa nesse sentido. Também não está presente na lei brasileira uma exigência que a norma europeia faz para a isenção de responsabilidade criminal: que a informação do segredo empresarial seja essencial para comunicar a infração. No entanto, ainda que permitida por critérios mais gerais, a isenção de responsabilidade penal do informante no Brasil precisa ser esclarecida frente a independência funcional dos membros do Ministério Público, cuja possibilidade de atuação de acordo com a própria compreensão a respeito dos fatos viabiliza que ao mesmo tempo em que alguns promovam investigações com a ajuda de um informante outros entendam ilegal o fornecimento de informações. Ademais, é necessário esclarecer os fundamentos e os limites do dever de ressarcimento imposto ao empregador, para evitar *bis in idem.* Por último, a norma brasileira afirma, no artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei n.° 13.608/2018, que o informante apenas não receberá os benefícios legais se tiver conscientemente apresentado informações ou provas falsas, ao contrário da norma europeia, que exige uma razoabilidade dos motivos. Isso pode permitir que, no Brasil, narrativas fantasiosas configuradas por equívocos evitáveis ou derivadas do alto nível de imprudência do comunicante também justifiquem o mesmo tratamento benéfico.

42. Referências

BARCELLOS, Ana Paula. An introduction to Brazil's new whistleblower protection law. *In*: *CEP Magazine*, junho de 2020, disponível em: https://compliancecosmos.org/introduction-brazils-new-whistleblower-protection-law. Acesso em: 09.mai.2021.

BRANDÃO, Nuno. O whistleblowing no ordenamento jurídico português. *In*: *Revista do Ministério Público*, n. 161, jan.-mar. 2020, p. 99-113, 2020.

BROCKHAUS, Robert. Das Geschäftsgeheimnisgesetz zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie. *In*: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15. Jahrgang, Ausgabe 3, p. 102-119, 2020.

CANTONE, Raffaele. Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla Riforma del 2017. *In*: *Sistema Penale*, 2020.

COPPOLA, Fabio. Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione. *In*: *Diritto Penale e Processo*, n. 4/2018, p. 475-485, 2018.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Die Rechtslage der Whistleblower in Deutschland – aktuelle Gesetzeslage.* Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/627146/eab857927bc04b531f15f8c29a6f6904/WD-6-142-18-pdf-data.pdf. Acesso em: 13.mai.2021.

GABRIEL, Anderson de Paiva. *Whistleblower* no Brasil: o informante do bem. *Jota*, São Paulo, 2020, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/whistleblower-no-brasil-o-informante-do-bem-20042020> Acesso em 29.abr.2021.

KAIN, Felicia. Whistleblowing and labour law: The Whistleblower Directive – development, content and obstacles. *In: Italian Labour Law e-Journal*, n. 2, vol. 13, p. 131-144, 2020.

KRAUSE, Rüdiger. Duty to Loyalty, Fundamental Rights, and Public Policy: German Whistleblowing Law Between Conflicting Values. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 155-179.

MASIERO, Anna Francesca. La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE: tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante. *In*: *Archivio Penale*, n. 2, p. 01-30, 2020.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPÍNOLA, Luíza Moura Costa. *Whistleblowing* como meio de obtenção de prova no direito processual penal brasileiro. *In*: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 14, vol. 21, n. 1, jan.-abr.2020, p. 275-193, 2020.

MOMSEN, Carsten; BENEDICT, Paula. Limited protection and no reward: an overview of Whistleblowing in Germany. *In*: *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, p. 234-240, 2020.

RUGANI, Andrea. I profili penali del whistleblowing alla luce della L. 30 novembre 2017 n. 179. *In*: *La legislazione penale*, 2018.

SANTORO, Daniele; KUMAR, Manohar. *Speaking Truth to Power*: A Theory of Whistleblowing. Switzerland: Springer, 2018, 190 p.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord. e org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020.

SÜSSE, Sascha. Gesetzliche Vorgaben für interne Untersuchungen – Ein Weg zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten bei der Kooperation in Wirtschaftsstrafverfahren? *In*: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13. Jahrgang, Ausgabe 9, p. 350-360, 2018.

TORRENT I SANTAMARIA, Josep María; GIL DE GOMEZ, Laura Pérez. Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *In*: *Revista Derecho PUCP*, n. 85, p. 79-114, 2020.

THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. Whistleblowing around the World: a comparative analysis of whistleblowing in 23 countries. *In*: THÜSING, Gregor; FORST, Gerrit. *Whistleblowing – A comparative Study*. Switzerland: Springer, 2016, p. 03-30.

Whistleblowers, arrepentidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado

Javier Augusto De Luca[1]

Resumo: O texto realiza uma análise crítica dos *whistleblowers* e dos canais corporativos de informações, encarando-os como a institucionalização de um sistema interno de delações. Discorre-se sobre o posicionamento da AIDP sobre o papel de colaboradores no sistema de justiça criminal, as iniciativas de outras organizações sobre a prevenção da corrupção e outros ilícitos empresariais, examinando, ainda, sobre os institutos do arrependimento, da delação e do whistleblowing na legislação penal e processual penal da Argentina.

Palavras-chave: Criminalidade organizada – prevenção da corrupção – delação eficaz – direito argentino.

43. El problema y su enfoque.

El derecho penal y el derecho procesal penal son manifestaciones del poder punitivo del Estado, de una política criminal determinada en cada tiempo y lugar. Debemos evitar tratarlos como compartimentos separados para evitar contradicciones, como por ejemplo, la de hacer coexistir un discurso de derecho penal liberal y soluciones procesales de origen y fundamentación autoritarias. Concuerdo con Víctor Gabriel Rodríguez acerca de que varias de las llamadas nuevas técnicas de investigación de delitos complejos, en realidad son asuntos del derecho penal material[1].

Desde siempre se reclama un aumento y un trato excepcional de la legislación penal y procesal como solución a los diversos problemas. Se habla de *emergencia*, *crimen organizado, delitos complejos, trasnacionales, terrorismo, fuga de capitales, lucha contra las drogas*, etc., y

[1] Doctor en Derecho, Univ. de Buenos Aires. Presidente del Grupo Argentino de la AIDP. Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, Univ. Buenos Aires. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.
[1] RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, Delación Premiada, con prefacio de John Vervaele, Edit. Temis, Bogotá, 2019.

de cubrir lagunas normativas. Se describen situaciones como si fueran novedosas y se predica que el sistema punitivo vigente es anacrónico[2] y que ha quedado inoperante.

Nos olvidamos de la experiencia y muchos/as juristas creen que su país o región transita por un momento histórico excepcional y que ellos o ellas son llamados a ser protagonistas de los cambios.

La delación fue la figura más usual de iniciación de los procesos de herejía, sustentada en la amenaza de excomunión para quienes no delataran a los herejes y en que las afirmaciones de los delatores escapaban a cualquier control por la ausencia de solemnidades en la recepción de sus dichos. El procedimiento, a partir de allí, continuaba de oficio, sin parte contraria al imputado[3].

La historia se repite, pero con algunos ingredientes que nos hacen creer que estamos en presencia de algo nuevo[4]. Los asuntos que hoy nos convocan son viejísimos, tanto como que en la Biblia aparece un Judas, y que durante siglos la Inquisición se valió de las mismas herramientas instrumentales y argumentos para perseguir a determinados grupos de personas. La historia demuestra que el resultado es exactamente el contrario al que se procura obtener,

[2] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. En ADPCP, t° XLV, fasc.1, enero-abril 1992, págs. 235/49.

[3] Reyes Alvarado, Yesid, *Arrepentidos y Testigos Secretos: Remembranzas de la Santa Inquisición*. Conferencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal. Facultad de Derecho, Univ. Buenos Aires, 11 al 14 de agosto de 1997. Con especial cita del "Manual de Inquisidores", Montpelier, Imprenta de Feliz Aviñon, 1821, págs. 21 y ss.
En las causas de herejía, por respeto a la fe, eran admitidos los testimonios de excomulgados, cómplices del acusado, infames y reos de delitos cualesquiera, así como las declaraciones de los herejes con la advertencia de que estos últimos valen contra el acusado y nunca en su favor. Inclusive se consideraron válidas las declaraciones de los testigos falsos, siempre que fueran desfavorables al acusado. En nombre de la fe se dispuso mantener en secreto el nombre de los declarantes. La confesión y el arrepentimiento fueron los principales objetivos del Santo Oficio, procurando, incluso con algún método de persuasión, convencer al acusado de delatar a quienes realmente lo habían inducido por el mal camino y brindándole la oportunidad de reducir la sanción. De lo contrario habría de permanecer encarcelado hasta que ello ocurriera.
Cambien las palabras "herejía" o "brujería" por "crimen organizado", "terrorismo" o "narcotráfico" y verán que no hay nada nuevo bajo el sol. Se sostiene que la delincuencia organizada ha puesto de manifiesto la ineficiencia de los instrumentos legales existentes para quebrar su compleja estructura y la multiplicidad de los medios materiales y técnicos de que dispone. Lo que ha puesto en crisis a las sociedades de todo el mundo no es el crimen organizado, sino las organizaciones globalizadas en sí mismas, actuando de manera descontrolada. Ellas tienen el poder de decidir qué es criminal y qué no lo es.
Como concluye Reyes Alvarado, los mecanismos del Santo Oficio de la Inquisición que fueron en su época vergüenza de una comunidad que decía actuar en defensa del individuo y sus principios fundamentales, hoy pretenden ser un novedoso criterio de política criminal.

[4] Frase de Luciano Perés, docente de Criminología de la facultad de derecho de la UBA.

que se trata de paliativos simbólicos que persiguen otros fines, y que terminan siendo aplicados a quienes no tienen poder alguno[5].

En lugar de limitarnos a emplear el método de las ciencias sociales para abordar los problemas y diseñar las políticas criminales, nos quedamos en el empleo acrítico de estrategias de marketing y nos manejamos con eslóganes. La distancia entre la realidad y lo normativo se pone de manifiesto cuando se habla de la "colaboración" de actores privados en el "combate" a determinadas formas de delincuencia. Por ejemplo, la fe depositada en los programas de integridad, *compliance*, y en una serie de medidas de prevención de todos los delitos imaginables.

Parece olvidarse que la cuestión de la colaboración de los habitantes con el Estado en la persecución de los delitos no es un mero asunto de criminalística, eficiencia o de métodos de investigación, sino que golpea en el núcleo del pensamiento iluminista de nuestros derechos penales. Este pensamiento fue concretado en nuestras constituciones, códigos y convenciones internacionales de derechos humanos. Aparece en la prohibición de la obligación de declarar y aportar prueba contra nosotros mismos; en que solo están obligados a denunciar delitos los funcionarios públicos, y sólo de los conocidos en el ejercicio de sus funciones; en la prohibición de declarar en contra de determinados parientes imputados de delitos; el respeto a los secretos profesionales, periodísticos y religiosos; en la impunidad de la evasión de prisión sin violencia o fuerza en las cosas, etcétera.

Un ingrediente nuevo que aparece en la vieja historia de la *lucha* contra la corrupción funcionaria y económica, es que las corporaciones hoy en día son los gobiernos mismos y, por ello, ha quedado caduca la idea del Derecho Penal como control o dique de contención del poder punitivo de los Estados ejercido por funcionarios públicos, y de la corrupción se limita

[5] Así, la llamada lucha contra las drogas. Baum, Dan, *Legalize It All, How to win the war on drugs*, Harper's Magazine, de 12 septiembre de 2016, en internet: http://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/ . Reproduce la famosa conversación entre el periodista Baum y el asesor del presidente Richard Nixon de los EE.UU., Ehrlichman: En ese entonces yo estaba escribiendo sobre la política de la prohibición de las drogas. Le empecé a preguntar a Ehrlichman una serie de sinceras y nerviosas preguntas que él impacientemente no contestó. "¿Quieres saber realmente de qué se trata todo esto?", me dijo con la franqueza de un hombre que, después del oprobio público y una temporada en una prisión federal, tiene poco que proteger. "La campaña de Nixon de 1968, y la Casa Blanca de Nixon, tenían dos enemigos: la izquierda antiguerra y los negros. ¿Entiendes lo que te digo? Sabíamos que no podíamos hacerlos ilegales por ser negros o estar en contra de la guerra, pero al hacer que el público asociara a los negros con la heroína y a los hippies con la marihuana, y luego criminalizar ambas sustancias fuertemente, podíamos fragmentar sus comunidades. Podríamos arrestar a sus líderes, redar sus casas, disgregar sus reuniones y vilipendiarlos todas las noches en las noticias. ¿Sabíamos que estábamos mintiendo sobre las drogas? Claro que sí".

al castigo de funcionarios que abusan de sus poderes y que son ajenos a las actividades privadas. La visión de los funcionarios públicos corrompidos por los actores privados, es lo que previeron nuestros viejos códigos penales, pero esas situaciones hoy en día son asuntos menores.

Esta situación del poder de las corporaciones que se presenta a nivel global, justifica tomar nota de ese nuevo fenómeno, porque el recurso a la incorporación de viejas instituciones de origen autoritario no conduce a ningún lugar valioso, sino a etapas ya conocidas y superadas del pensamiento penal.

El derecho penal hoy debería ser visto como dique de contención contra el poder real, cuyo monopolio antes lo tenían los gobernantes de turno, y ahora es ejercido por las empresas mismas, que controlan a los gobiernos y tienen el poder de hacer la ley, de establecer las reglas del juego y de configurar el significado de los mensajes y conformar cultura, con los resultados perfectamente previsibles.

44. El *whistleblower*. El ámbito corporativo o empresario.

Aquí hablaré del soplón o *whistleblower* original, el propiamente dicho, el que no es premiado[6]. Entre delator, informante pagado y arrepentido hay una relación de género a especie. Delator es el género, ya que puede ser cualquier persona, haya intervenido o no en el delito del que brinda información, sea o no premiado por ello. En el sentido más amplio es una suerte de denunciante informal, generalmente anónimo, que anoticia un hecho sin correr riesgos. Arrepentido es quien denuncia o aporta información pero además, ha participado en el delito.

El recurso de tomar conocimiento de hechos delictivos por intermedio de un soplón, no es una técnica de investigación (como sería interceptar teléfonos, valerse de estudios genéticos, etc.), sino que se trata de un sujeto que relata hechos. Le creemos o no le creemos.

La palabra inglesa *whistleblower* describe al delator o soplón. El término hace alusión a la figura de un policía inglés que suena su silbato cuando observa una conducta inapropiada en la vía pública e interpela al infractor mientras lo persigue para que sus compañeros se unan a la persecución y los transeúntes sean conscientes del peligro. Podría decirse que su significado literal es *el que hace sonar el silbato*.

[6] Ragués i Vallés, Ramón. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal.* Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 54 y ss. Nos advierte que puede haber un soplón premiado, y que se lo puede llamar de la misma manera que el que no lo es.

En el ámbito del derecho penal, más concretamente, en el seno de las personas jurídicas o asociaciones en general, puede traducirse como "informante de irregularidades" dentro de una compañía. Los sistemas de *whistleblowing* consisten en denuncias de comportamientos, acciones o hechos que puedan constituir violaciones tanto de las normas internas de la persona jurídica como de las leyes, normativas o códigos éticos que rigen su actividad.

Los canales de información consisten en la creación de un sistema de delación de incumplimientos. El *compliance-management* es la suma de medidas tales como sanciones, procedimientos, evaluación de riesgos y establecimiento de objetivos destinados a prevenir y descubrir los delitos cometidos dentro de la empresa y a proteger el patrimonio empresarial.

A partir de una delación de un delito, la empresa también tiene la posibilidad de autodenunciarse, aportar información y realizar acuerdos de colaboración eficaces con el Estado para lograr la exención o reducción de una eventual pena.

45. Posición de la AIDP sobre este asunto

En el Congreso de Bucarest de 1929 la AIDP ya se ocupaba del asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el de Palermo de 1933 se trató la cuestión de si convenía considerar al acusado como testigo en su propia causa, y se resolvió que ello no era recomendable. En Roma, 1953, se resolvió que no se podía aplicar al inculpado ningún procedimiento artificial, violencia o presión para determinarlo a confesar, bajo el principio aceptado por la AIDP de que la confesión no era la meta de instrucción, es decir, no constituía una prueba legal. [7]

En el Congreso de Hamburgo de 1979 se trató con exhaustividad la protección de los derechos humanos en el proceso penal. Allí se receptó el principio de igualdad de armas, se mencionó que la defensa debía recibir los medios necesarios para cuestionar las pruebas de la acusación y para administrar sus propias pruebas. Se señaló que nadie debe ser condenado exclusivamente sobre la base de confesiones no verificadas, que el abogado y el acusado tendrán acceso a todas las pruebas en poder de la acusación, tanto en su contra como las exculpatorias, y ello nunca más tarde que al final de la etapa de investigación.

[7] Resoluciones de los Congresos de AIDP que se pueden ver en el Nro. 86 del primero y segundo trimestres de 2015 de la Revista de la AIDP, editorial Érès, una compilación de José Luis de la Cuesta y de Isidoro Blanco Cordero, con prefacio de José Luis de la Cuesta y John Vervaele, págs. 459 y ss.: www.penal.org

En 1994, en el Congreso de Río de Janeiro, además de predicarse que en delitos contra el ambiente debía aplicarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la responsabilidad de sus miembros individuales por falta de control a sus subordinados, expresamente, en la sección III, se trató el asunto de los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos humanos. Entre otras cuestiones se destacan la necesidad de autorización y/o control judicial de las medidas policiales que afecten derechos fundamentales, y en los casos expresamente previstos por la ley. Se dijo que la mera obtención de pruebas en la fase preparatoria no podrá servir de base de una condena, ni que la mera confesión del inculpado podía llevar a una condena.

Específicamente se señaló que la concesión de impunidad o de atenuaciones de las penas a los testigos o a los agentes secretos sólo se admitirá excepcionalmente en casos graves o de criminalidad organizada. Si la identidad de esas personas no se revela, sus declaraciones no tendrán valor probatorio alguno y no podrán ser utilizadas para la toma de decisión sobre medidas coercitivas. A su vez, deberá asegurarse la protección de los testigos amenazados por organizaciones criminales. También se decidió en ese Congreso que la búsqueda de pruebas respetará en todos los casos el secreto profesional, que las obtenidas mediante violaciones a derechos fundamentales y sus derivadas serían nulas, que la defensa debe ser garantizada en todas las fases del proceso, que nadie puede ser forzado a contribuir de manera activa, directa o indirectamente, a su propia condena.

En el Congreso de Budapest de 1999 se trató el asunto del crimen organizado. Nuevamente, se recomendó el respeto a los derechos humanos y los principios fundamentales del derecho penal en las nuevas disposiciones legales referidas a la persecución del crimen organizado.

También se estableció que, cuando se considere necesario hacer concesiones a los individuos que, habían pertenecido a una organización criminal la hayan abandonado y colaboren a continuación con las autoridades, la impunidad total debería estar referida únicamente al delito de pertenencia a una asociación criminal y requerir el abandono voluntario de dicha asociación antes de que el autor del delito haya sido informado de la existencia de una investigación penal inminente o en curso. En ninguna circunstancia debería darse una impunidad de facto.

Específicamente en el ámbito del proceso penal, en ese Congreso, se trató el asunto de las investigaciones proactivas. Se resolvió que las medidas que atentan gravemente contra los

derechos fundamentales sólo son posibles en las siguientes condiciones: respeto al principio de legalidad, de subsidiariedad, limitado a las infracciones graves (principios de gravedad y de proporcionalidad) y principio de judicialidad. Las medidas proactivas deben ser restrictivas, legales y ordenadas y controladas judicialmente. Debe otorgarse protección eficaz a las personas que hayan suministrado o acepten suministrar elementos probatorios. El recurso al anonimato de testigos no es posible en general, porque atenta contra los derechos de la defensa. Pero, si algunos Estados lo estiman necesario, la ley debería prever lo siguiente: el testimonio anónimo sólo está justificado cuando hay temor claro e inmediato a graves represalias, la condena no debe basarse sólo en testimonios anónimos, es el juez quien debe conocer la identidad del testigo y decidir si puede testificar de manera anónima, la defensa debe disponer de un medio adecuado para interrogarlo. También se señaló que los testigos o víctimas amenazados deben tener derecho a no revelar su edad, dirección o lugar de trabajo con autorización judicial. Allí se decidió que no se recomendaba el uso de "arrepentidos" por las dificultades suscitadas por esta institución en cuanto a la legitimidad del sistema penal y al principio de igualdad ante la ley de los justiciables. No obstante ello, las personas pertenecientes a una organización criminal que decidan colaborar con las autoridades pueden beneficiarse con una reducción de pena en las condiciones siguientes: que el uso del arrepentido esté previsto en la ley, que haya aprobación judicial, que el imputado no pueda ser condenado únicamente con base en el testimonio de arrepentidos, que sólo puede recurrirse a ellos en casos de infracciones graves y que el arrepentido no pueda beneficiarse del anonimato.

En el Congreso de Beijín de 2004, se tocó el tema de la corrupción en las relaciones económicas comerciales.

Se introdujo el tema de las medidas anticorrupción y de programas de conformidad por parte de las empresas privadas. Se aceptó que las leyes pueden prever métodos de investigación como las investigaciones encubiertas e interceptación de las comunicaciones, en casos graves. Y que se prevean incentivos para quienes colaboren con las investigaciones. Para los sospechosos se podría incluir la exención o la reducción de penas. La protección de los testigos. Pero también que debía asegurarse un juicio justo y el derecho de defensa.

En el Congreso de Estambul de 2009 se trataron las medidas de carácter proactivo y se recordó que la legislación procesal penal ofrece suficientes medios para combatir con firmeza el crimen organizado y el terrorismo pero que, excepcionalmente, podía ser necesario permitir el desarrollo de investigaciones proactivas por parte de las autoridades. Que esas

investigaciones sólo son admisibles bajo las siguientes condiciones: precisadas en la ley, ser compatibles con el Estado de Derecho y protección de derechos humanos, sólo utilizables cuando no hay otras medidas legales menos restrictivas, limitadas a la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, con cumplimiento del principio de proporcionalidad respecto del fin perseguido, con autorización judicial previa basada en una sospecha razonable y supervisada por un juez independiente, además de respetar el secreto profesional de la defensa. Se declaró que la utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas será excepcional y sólo si cumplían las reglas mencionadas anteriormente. El testigo anónimo sólo será admisible con autorización judicial en los supuestos de amenaza grave, clara e inminente de su vida o por razones de seguridad nacional. En dicho Congreso hubo una posición minoritaria que predicó la prohibición de la utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas, además de que las pruebas así obtenidas no podían constituir prueba de cargo autónoma para fundar una condena.

Finalmente, en Río de Janeiro, en 2014, al tocarse el asunto del uso de las TIC en el proceso penal se decidió que debían respetar todos los derechos y condiciones mencionados en los Congresos anteriores, especialmente en lo que se refiere a la elaboración de inteligencia y recogida de datos con carácter preventivo.

46. Las propuestas de otras organizaciones.

Transparency Internacional redactó una serie de principios en 2013, que deberían guiar la práctica o el uso de los *whistleblowers*.

Ellos parten de la base de que el derecho de los ciudadanos a reportar inconductas es una natural extensión del derecho a la libertad de expresión, y ello está conectado con los principios de transparencia e integridad. Define el *whistleblowing* como la revelación de información relativa a actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o peligrosas, que están siendo cometidas dentro o por sectores de organizaciones públicas o privadas -que conciernen o amenazan el interés público- hacia individuos o entidades que se cree pueden efectuar acciones.

Remarca que todos los empleados públicos o privados necesitan que sus derechos sean respetados.

Que deben instalarse canales accesibles y confiables para reportar inconductas.

Que deben ser protegidos ante toda forma de represalia y que debe haber mecanismos para revelaciones que prometan reformas legislativas, políticas y procedimientos que corrijan las deficiencias y que prevengan futuras inconductas.

Debe garantizarse que a los soplones se les creerá, de manera razonable, de que lo revelado es verdad. Esa protección debe extenderse a quienes revelan descubrimientos por errores de buena fe, y esa protección debe ser efectiva mientras la exactitud de la revelación está siendo juzgada.

También debe preservarse la confidencialidad, y su identidad no ser revelada sin su consentimiento.

La carga de la prueba debe recaer sobre el empleador. Este debe demostrar que las sanciones que le imponga al soplón no guardan relación con sus revelaciones.

El conocimiento de las revelaciones falsas no está protegido. Deben preverse compensaciones para el que fue erróneamente acusado.

Los soplones deben gozar de la garantía de exoneración de responsabilidad. Deben ser inmunes a procedimientos disciplinarios y criminales. Eso incluye leyes de libelo, calumnias, derechos de autor y protección de datos. Y deben tener el derecho a rehusar participar de los actos de corrupción, ilegales o fraudulentos.

Las relatorías de libertad de expresión de la ONU y de la OEA[8], el 21 de diciembre de 2010, emitieron una declaración conjunta sobre los *wikileaks*, que tiene su punto de contacto con el tema de esta exposición. Como se sabe, ello se debió a la divulgación de comunicaciones diplomáticas por parte de la organización Wikileaks y la posterior publicación de dicha información en los medios masivos de comunicación.

El asunto fue encarado desde el derecho de acceso a la información en poder de autoridades públicas, dentro del derecho a la libertad de expresión de toda persona de acceso y conocimiento de las actuaciones de los gobiernos, como medio de preservación de los sistemas democráticos. El derecho a conocer la verdad, exigir una adecuada rendición de cuentas y ejercer de manera integral los derechos de participación política, respeto del principio de transparencia y restringir los secretos. Las leyes que regulan el carácter secreto de la información deben definir con exactitud los criterios que deben aplicarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta.

[8] El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Ante este panorama, es evidente que la información sobre la comisión de delitos que podría provenir de un *whistleblower*, no debería estar restringida ni ser reprimida, aunque ello implique la divulgación de secretos de las actividades de las empresas o de los funcionarios públicos, cuando hay un interés público en lo revelado[9].

47. Criticas

La cuestión de las corporaciones, como adelanté, no debe hacernos perder de vista cuestiones básicas. Los soplones aparecen como interesantes cuando se trata de descubrir delitos que afectan a la propia empresa, pero ello no es así cuando se trata de delitos que se realizan desde la empresa y perjudican a terceros. En estos casos, si el soplón no es un directivo que tiene poder de decisión para cometer actos en nombre o beneficio de la empresa que perjudican a terceros, ya no sería valioso ni útil llamarlo soplón. En todo caso, entraría en discusión si es un arrepentido o no lo es.

Si no tiene poder decisión en la empresa, aparece el verdadero problema. Si revela actos de terceros que cometen delitos por su cuenta, no se entiende por qué la empresa debería verse obligada o ser responsable, ya que eso sería responsabilidad objetiva, propia del derecho privado, y no del penal. Es decir, el instituto no tiene sentido en estos casos.

Si revela actos de compañeros de trabajo o directivos que sí obligan a la empresa, entonces sólo allí estaríamos hablando del *Whistleblowing*.

Debe recordarse que el denunciante anónimo ante las autoridades públicas o los directivos de empresas que deben iniciar las investigaciones genera que, si las autoridades conocen la identidad del soplón, se da la situación de que ambos estarían actuando en contra de los imputados. En esos casos, las autoridades se valen de una persona que saben quién es para ir en contra de imputados que no lo saben y, con ello, no pueden controlar y refutar plenamente las imputaciones.

Muchas veces el contenido de la revelación y la identidad del sujeto revelador están indisolublemente unidos. Desde qué lugar se habla, determina qué es lo que dice y su significado. Un padre, un hermano, un esposo, un profesional, un sacerdote, etc., pueden contar

[9] Ver la discusión desde un punto de vista dogmático penal en Ragués i Vallès, Ramón, La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el "caso de las prótesis mamarias". Revista InDret N° 3/2015, Barcelona, julio de 2015. www.indret.com.

medias verdades, y pueden hacerlo en violación a sus secretos particulares y profesionales, de una manera no imparcial, sesgada. Al valerse de esos informantes anónimos, se presenta una situación análoga al ocultamiento de pruebas y armas a los imputados, ya que por ello no podrán defenderse eficazmente. Con ello, el principio de superioridad ética del estado y el de igualdad de armas quedan totalmente anulados.

Esa es la crítica política e ideológica de todos estos institutos. Están pensados en términos policíacos, criminalísticos, hollywoodenses, y no desde el Derecho que debe propugnar juicios abiertos, públicos, transparentes, adversariales, con respeto del derecho de defensa y del debido proceso.

Además, parece estar instalándose una política favorable a la privatización del proceso penal. El premio a la cooperación supone buscar una alianza estratégica dentro del proceso entre la empresa y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública, con "beneficios" para ambas partes, fiscales y dirigentes empresariales.

Lo normal es que la empresa intente verificar mínimamente la denuncia y conocer lo ocurrido con el fin de estudiar qué consecuencias de toda índole (no solo penales) puede tener para ella la apertura del proceso penal.

Ahora bien, si el soplón es un delator no involucrado en un delito y su testimonio fuera premiado o recompensado, cabe preguntarse ¿cómo podría tomarse seriamente esa declaración por precio o por interés?[10]

Entra en esta categoría el testigo de identidad reservada. Son aquellos a quienes se recibe declaraciones testimoniales con reserva de identidad a personas que no revisten la calidad de agentes encubiertos, no está contemplada en el código de procedimientos nacional, ni en la ley de estupefacientes.

Con ellos se viola la bilateralidad y la posibilidad de controvertir la prueba producida por la otra parte, lo cual no se sanea con la posibilidad de hacerlo en la etapa de debate oral, ya que el derecho de defensa en juicio y el debido proceso mandan que el imputado pueda intervenir en la adquisición de las pruebas y no solo en la valoración de las ya adquiridas inaudita parte. Piénsese en la posibilidad de tachar el testimonio de un miope, de sordo, de un demente, etc. En lugar de resultar un tercero imparcial, el juez se pone del lado de la persecución punitiva junto al fiscal, ambos contra el imputado.

[10] RIQUERT, Marcelo, La delación premiada en el derecho penal - El arrepentido, una técnica especial de investigación en expansión, Edit. Hammurabi, Bs. As, 2011, p. 24 a 31 y 165 a 182.

Los testigos sólo deberían tener derecho a su protección personal, pero nunca a evadir el control de la defensa mediante una reserva de identidad. Es un deber del Estado proteger a los testigos, porque no puede colocarse a una persona en la disyuntiva de mentir o callar la verdad, o perder la vida de su persona o su familia.

De todos modos, cabe reflexionar acerca de su utilidad y eficacia. Pongo un ejemplo de Colombia, relatado personalmente por Yesid Reyes Alvarado: al nuevo Procurador General se le ocurrió escoger al azar un proceso en que había acaecido una condena fundada en gran parte en estos testigos encapuchados, con la voz deformada por medios electrónicos y cuya identidad se guardaba bajo llave, y grande fue su sorpresa cuando al revisar el expediente y la documentación reservada en caja fuerte que se le había remitido, descubrió que los tres testigos eran uno sólo.

Se dice que estos medios de prueba deben estar guiados por su necesidad, la proporcionalidad, ser usados con el criterio de última ratio, etc., pero en el caso del soplón o el denunciante anónimo o delator estos principios son de imposible aplicación, porque se trata de personas que nos anotician de delitos que antes no conocíamos, donde no había un proceso de investigación en curso. Una vez producida la declaración, ya no hay forma de obtener las pruebas por otros medios en cursos paralelos de investigación válidos.

Pero además, recuérdese que quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la "realidad" como mejor le convenga. Y en este caso lo que le conviene a una empresa es mostrar que sus controles funcionan, que es una entidad cumplidora y que todo ha sido culpa de un empleado o miembro infiel y que actuó por cuenta propia. Las nuevas leyes que se ocupan de este tema legitiman esta idea.

La cultura de la *self policing*, de la fe en el autocontrol y no en el control del Estado, termina siendo ingenua. Por ejemplo, hace tiempo ya que las personas jurídicas incluyen en los costos de producción los de las sanciones de multas por infracciones a las leyes administrativas, laborales, ambientales, comerciales, etc.

Decimos que es una forma de privatización del proceso penal, porque es una especie de alianza estratégica entre la empresa y el Estado, pero con serias lesiones de principios constitucionales. La investigación interna permite esquivar controles judiciales, y sin necesidad de autorización judicial, se pueden revisar los correos electrónicos de los empleados, los datos de tráfico, su contabilidad, etc. Interrogatorios a los trabajadores sin defensor, bajo la velada

amenaza del despido y contratos de trabajo que obligan a poner en conocimiento del empleador todos los hechos y develar su privacidad.[11]

Como se dijo, el sistema supone una privatización del proceso, que permite eludir el control judicial y altera sus equilibrios. Si la investigación interna es la antesala del proceso penal, habría que ofrecer garantías similares. Para la sociedad, acerca de que se juzgarán todos los delitos cometidos dentro y desde la empresa. Para el imputado, porque deben respetarse sus derechos, que podrían quedar violados en un procedimiento de investigación interna desarrollado por la propia empresa que busca sanearse al mismo tiempo que liberarse de toda imputación. Las personas interrogadas deberían ser advertidas de que tienen derecho a guardar silencio y cuál es el fin de la investigación en la que colabora o de lo que se lo acusa. Si tenemos en cuenta lo dicho acerca de que las grandes corporaciones son las que gobiernan el mundo, el sistema aparece como bastante ingenuo.

A ello se le suma la concepción de un derecho penal *premial*, mediante la técnica de estímulos. La frase *derecho penal premial* encierra en sí misma una contradicción lingüística y también un cambio de rumbo en la técnica y control social formal del Estado.

Por eso se sostiene un principio, sin mayor explicación del criterio jurídico que lo inspira, que la aplicación de los soplones y sus denuncias sólo deberían admitirse ante delitos graves y complejos.

Esta situación, pone de manifiesto otra cuestión. Estamos administrando migajas, las sobras que nos dejan los actores privados, que ellos sacan de la cifra negra de la criminalidad. Se puede ver así con claridad la tensión entre la justicia pública y su privatización, donde los privados nos muestran sólo aquello que nos quieren mostrar.

Habría que "bajarle el precio" al *whistleblower*. Se trata de algo que pasa en la vida real, que no es bueno ni malo porque la gente tiene derecho a denunciar lo que considera un delito, una contravención, una situación que lo perturba. Las normas lo explican, lo describen, como ocurre con el denunciante anónimo.[12] Desde ese punto de vista, está bien que se regule para que

[11] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis*. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. Nº 5, 2016 (número monográfico extraordinario de homenaje a Claus Roxin), http://ficp.es/revista-libertas/, N° 5, pag. 31 y ss. Gómez Martín, Víctor. *Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?* En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y Compliance Program. ARA Editores- Ediciones Olejnik. Lima, 2016, p. 15 y ss. Con citas de Pastor Muñoz, Gómez Tomillo, Mir Puig, Robles Planas, Silva Sánchez y otros.

[12] DE LUCA, Javier Augusto. *Denuncia Anónima.* Revista La Ley, Buenos Aires, 1991-D-897.

quede claro qué opina de él la política criminal de un determinado estado. Pero pretender que estas situaciones deben ser alentadas como método de investigación, es otro asunto[13].

48. Justicia negociada, de mercado. Cuestiones más profundas.

Como se ha observado[14] existe un conflicto entre las fundamentaciones retribucionistas y las utilitaristas, de las que derivan respectivamente la imposibilidad de negociar la pena debida y la de sí hacerlo con fines utilitarios. La tradición anglosajona es distinta de la centro-europea. El principio de oportunidad y la justicia negociada nos eran ajenos. Pensemos un minuto en el cambio de fundamentación del decomiso o la confiscación. Antes se pensaba como pena. Un derivado ético de la pena, de la aplicación de un mal estatal que contradice el mal hecho por el delincuente, por el cual el delito no puede rendir beneficios y los instrumentos usados para él están contaminados moralmente. Pero ahora se lo presenta como algo utilitario: se incorpora el fundamento de que puede servir al combate del delito, y para disuadir de su comisión porque se dice que estas penas patrimoniales son las que más duelen a los delincuentes económicos.

Claro está, esto se dice sin comprobación alguna, sin un estudio serio de la realidad que lo demuestre.

La ilusión de creer que la realidad se modificará con la creación de normas se presenta también a nivel de las consecuencias punitivas y en ámbito del derecho procesal, donde aparecen estas disposiciones "ágiles" que ya conocemos, tales como los juicios abreviados, los arrepentidos, delatores, agentes encubiertos, testigos de identidad reservada, las recompensas, la creación de cuerpos de elite, la admisión de colaboradores de la administración de justicia, los premios consistentes en una parte del producido del delito decomisado, los jueces y fiscales sin rostro, etc.[15]

Por eso comencé este capítulo con la referencia a la ideología utilitarista y eficientista. El Estado entra por esta vía en el negocio de lo más conveniente, su parámetro no es la justicia sino

[13] ZAFFARONI. Eugenio Raúl. *Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una tendencia legislativa latinoamericana*. En Revue Internationale de Droit Penal. Association Internationale de Droit Penal. ERES, 3 y 4 trimestre, 1996, p. 725.

[14] RODRÍGUEZ, Víctor G., ob. cit.

[15] Sigo en algunos puntos la conferencia de Guillermo Fierro en el Congreso Internacional de Derecho Penal por el 75° aniversario del CP, en la Facultad de derecho de la U.B.A., entre 11 y el 14 de agosto de 1997.

el mercado[16]. Pero lo más grave es que esa utilidad no está probada, y los casos en que tiene algún rédito, lo son en un porcentaje insignificante.[17]

En el terreno de su aplicación práctica, pena y conocimiento de la verdad han sido, para gracia y para desgracia, aliados incondicionales: la verdad, por un lado, es sinónimo de justicia y límite para ese poder del Estado pero, por el otro, como cuesta alcanzarla, existe la tentación de llegar a ella por vía de cualquier método, por contrario que él sea a nuestro sentido de la dignidad humana, a nuestros ideales de justicia y a su propia eficacia.[18]

Parece haberse olvidado que el Estado de Derecho importa un sistema de control a toda forma de poder real. Ante los excesos en ejercicio del poder punitivo se enarbolan normas fundamentales de límites, para tornar operativa la dignidad de la persona mediante la protección de los derechos individuales. En un estado democrático y constitucional de derecho, administrar justicia es algo totalmente distinto a transformarse en un justiciero. La ley y el juez penal no ganan ninguna guerra cuando se condena, ni la pierden cuando se absuelve a un sospechoso.

En el estado de derecho la relación entre el Estado y el ciudadano a quien se imputa la comisión de un delito es de contraposición o contradicción, no de cooperación o colaboración. Mientras el primero con todos sus recursos procurará la averiguación de la verdad histórica y, en consecuencia, la actuación de la ley penal en el caso concreto, el segundo buscará contrariarlo defendiéndose.

---

[16] SANCINETTI, Marcelo. Se trata de ideas y razonamientos del autor en el Congreso mencionado en las notas anteriores.

[17] CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*. Edit. Temis, Bogotá, 1977, TºIII (vol. I Parte Especial), "Introducción", p.14. Este modo de pensar conduce al autoritarismo, porque se piensa que la ley penal tiene la misión de suprimir el delito lo cual se logra mediante el escarmiento. A lo que el maestro de Pisa decía que la misión del derecho penal no es "obtener de un modo efectivo que el derecho nunca sea violado sobre la tierra; éstos son sueños del vulgo, que busca en el juez al hombre destinado, según él, a asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes, a la manera que la mujer sencilla busca en el médico al hombre al hombre destinado, según ella, a librarla de un instante de todos los males del cuerpo" La cita continúa: Sueños son éstos, que producen en la vida práctica desengaños y dolores, y en la ciencia aberraciones funestas. La estrafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del derecho penal. La ciencia médica ha abandonado ya sus ilusiones acerca del elíxir universal, aunque algunos especuladores exploten todavía las viejas creencias al respecto. Y los juristas sabios han abandonado la doctrina de la intimidación, a pesar de que algunos legisladores siguen todavía explotándola en provecho propio. Si admitimos en el derecho punitivo este fin de impedir los delitos aterrorizando al delincuente... el argumento tendría toda la razón, pues cada delito que se comete, muestra con evidencia que la pena conminada no fue bastante para atemorizar al delincuente que la ha despreciado; luego es necesario aumentarla, y después seguir aumentándola a cada nueva prueba de desprecio y de insuficiencia respectiva; y ya no habría límites para esta lógica inexorable.

[18] MAIER, Julio. *El derecho penal y el mercado*. La Nación 18 junio 1997.

Por eso se sostiene que como la delación es una actividad de colaboración con el interés estatal ella subvierte el orden mencionado, y afecta el sistema de garantías. Ello no implica a tachar de nulas o inválidas todas las delaciones, porque existen y seguirán existiendo por un sinfín de razones, sino que lo que se critica es su institucionalización, como modelo de investigación y persecución penal. Y si esa cooperación tiene además una recompensa como moneda de cambio, a la falta de control sobre su origen, se suman los asuntos de la ética del estado en la prosecución de uno de sus fines[19] y el de la credibilidad de su contenido, con las consecuencias conocidas de direccionalidad y selectividad de las informaciones que comunica el delator.

Ahora bien, si este modelo era criticado cuando se trataba del Estado vs. el ciudadano acusado de un delito, veamos qué pasa hoy ante la comprobación de que el poder de las corporaciones a nivel global ha crecido de tal manera que son quienes realmente gobiernan[20]. Tanto es así que hasta se discute su incorporación como sujetos de derecho internacional. Como ya se dijo al principio, las corporaciones ejercen el poder real, tienen el poder de hacer la ley y deshacerla, de establecer la normatividad reinante y de conformar el significado de los discursos sociales[21]. Ellas han puesto sus CEOs en los ministerios, parlamentos, poderes judiciales, ministerios públicos, empresas del estado, grandes servicios públicos, etcétera[22]. A partir de allí la idea de un Derecho Penal racional de control del poder punitivo de los Estados, dentro del cual se encuentra el castigo de los funcionarios indecentes, ha quedado como una etapa superada. Muchos funcionarios públicos ya no son ajenos a las actividades privadas, de modo que el modelo "funcionario público corrompido vs. el particular o privado corruptor", sólo se mantiene en las operaciones más torpes y de escaso significado social.

---

[19] RIQUERT, Marcelo, ob. cit., nos recuerda el principio de superioridad ética del Estado.

[20] Ver RASKOVSKY, Rodrigo, *Técnicas de Neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones*, en: Ambos, Kai / Böhm, María Laura –Eds–, Urquizo, Gustavo (comp.), "Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina", Göttingen: Göttingen Universitätsverlag. 2019 (publicación pendiente), pág. 127 y sigs. Ver: Böhm, María Laura, Cufré, Denisse y Raskovsky Rodrigo *¿Enfoque amplio o enfoque restringido? Consideraciones normativas y criminológicas sobre el alcance del tratado vinculante*, en: Cantú Rivera, Humberto (Ed.), "El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: Perspectivas latinoamericanas", México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2019 (publicación pendiente).

[21] RUGGIERO, Vincenzo. *Criminals and service providers*; Crime, Law & Social Change, vol. 28, 1997, 27-38. RUGGIERO, Vincenzo - Welch, Michael: *Power Crime*, en Crime, Law and Social Change, Vol. 51, n° 3-4, 2009, 297-301. Ruggiero, Vincenzo, *It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crimes*, en International Journal of the Sociology of Law (IJSL), Vol. 35, 2007, 163-177.

[22] Gregg Barak ha llamado a esto "puertas giratorias" entre las corporaciones y los gobiernos, ver: *Fraude en Productos Financieros y Compliance Regulatorio*, Revista Critica Penal y Poder, N° 14, Univ. Barcelona Marzo 2018, pág. 90.

Son estas las grandes personas jurídicas las que, contando funcionarios complacientes o cómplices[23], ejercen el poder real (el económico, social, mediático y político) y tienen la capacidad de causar grandes daños que, gracias a su poder configurador de la realidad y de las normas, no siempre serán ilícitos desde el punto de vista técnico[24].

Luego, deberíamos preguntarnos si estos viejos institutos, como el *whistleblower*, sirven y/o son valiosos a un Derecho Penal que aspira a mantenerse como un limitador del poder formal y del real, ahora ocupado por esos grandes grupos económicos y trasnacionales.

49. Breve reseña de estos institutos en la legislación argentina.

La Argentina legisló por primera vez la figura del arrepentido mediante Ley Nº 24.424 que modificó la Ley Nº 23.737 de estupefacientes. Luego sancionó la Ley Nº 27.304 a través de la cual incorporó la figura del arrepentido o colaborador eficaz en un régimen general abarcando toda la legislación dispersa sobre la temática y dispuso su posibilidad de aplicación a los delitos de corrupción de menores, promoción y explotación de la prostitución, pornografía infantil; privación de la libertad; secuestro extorsivo, trata de personas, asociación ilícita; cohecho y tráfico de influencias, malversación, exacciones ilegales, etc. Quedaron exentos específicamente los delitos de lesa humanidad.

Tampoco pueden acogerse al régimen funcionarios susceptibles de juicio político y un fiscal.

En cuanto a las características del régimen hay que destacar que el sistema de premios para la delación pone en crisis el principio de igualdad y el de proporcionalidad de la pena, porque a los partícipes del mismo hecho se les impondrán consecuencias distintas. Al partícipe que no delata se le impone una pena con la culpabilidad por el hecho. Lo que se propone es la reducción a la escala de la tentativa que también es un problema por la discusión que se da en torno al 44 del CP.

También se advierten incoherencias con la prisión perpetua y se dice que puede rebajarse hasta los 15 años. No hay eximición absoluta de pena. La multa no forma parte de la

[23] BÖHM, María Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural. Rev. Critica Penal y Poder, Univ. de Barcelona, Octubre 2017, pág. 53/55. Ver También Bohm, María Laura Dificultades normativas para el abordaje de la actividad empresarial transnacional violatoria de Derechos Humanos en América Latina, en: Ambos, Kai / Böhm, María Laura –Eds– , Urquizo, Gustavo (comp.), "Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina", Göttingen: Göttingen Universitätsverlag. 2019 (publicación pendiente), pág. 127 y sigs.

[24] RUGGIERO, ob. cit.

negociación. Pero por el otro lado, puedo negociar la pena más grave pero no la pena más leve. La reducción, el beneficio, queda diferido a la sentencia, aunque se puede adelantar el impacto en la excarcelación.

Es importante señalar que la delación debe funcionar en sentido vertical ascendente y eventualmente sería admisible en sentido horizontal. Lo trascendente es que se llegue a la cabeza de la organización, no que quien delata sea el jefe y pueda deslindarse de toda responsabilidad y que la información que da sea de calidad y no falsa, si es falsa se comete un delito. La declaración del arrepentido no es prueba. Es fuente para obtener prueba.

En forma posterior, mediante la Ley N° 27.319 de "Investigación, prevención y lucha contra los delitos complejos", se regularon otras técnicas especiales de investigación como el agente encubierto, el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y la posibilidad de prórroga de jurisdicción territorial para el juez y el fiscal cuando se encontrase en peligro la vida de la víctima o su integridad psíquica o física o la demora en el procedimiento pueda comprometer el éxito de la investigación, ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entiendan pertinentes, debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar dentro de un plazo no mayor de veinticuatro horas. La aplicación de las técnicas mencionadas deberá regirse por principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Esa norma sólo es aplicable para los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos aduaneros (sección XII, título I del Código Aduanero); c) Todos los casos en que sea aplicable el agravante genérico del artículo 41 *quinquies* del Código Penal (finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo); d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; g) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas; h) Delitos contra el orden económico y financiero.

No obstante, se exceptuaron los delitos de corrupción, respecto de los cuales la ley no hizo mención. Pero sí lo hizo la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica Nº 27.401.

Como mencioné, se establece la posibilidad de implementación por parte de la persona jurídica de programas de integridad[25], la existencia de un *officer compliance* y canales de denuncia *whistleblowing*. Se trata de un verdadero colaborador eficaz, porque no es partícipe de delito, detecta alguna irregularidad en la estructura interna de la empresa y da aviso a las autoridades que correspondan (si el *whistleblower* es partícipe del delito, su declaración o aportes en el marco de un proceso penal, podrá regirse por el régimen de la ley de arrepentido al que anteriormente hice referencia).

Rigen sistemas de autorregulación mediante los cuales el Estado les exige o recomienda a las empresas el cumplimiento de ciertas medidas para prevenir delitos en su seno. Por ejemplo, la existencia de canales de denuncia internos como una herramienta eficaz para la prevención y puesta en conocimiento de las autoridades de la empresa de conductas delictivas. Se trata de una medida de prevención que integra una política de integridad para la detección de delitos, fraudes e irregularidades (detección de incumplimiento de normativa interna, p.ej. Código de Ética o normativa externa aplicable a la empresa). Se sostiene que los canales deben ser fácilmente accesibles para los denunciantes, miembros de la empresa o terceros contratantes por ej. Formulario electrónico en la web de la empresa, casilla de correo o buzón físico. También líneas de comunicación confidenciales que las empresas ponen a disposición de los empleados (que tienen especial conocimiento de lo que sucede en su seno), accionistas, clientes y proveedores (que tengan posibilidad de acuerdos de adhesión a la política de *compliance* de

[25] Art. 22: Programa de Integridad. "Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación". Art. 23 Contenido del programa de integridad. "El Programa de Integridad ***deberá contener***, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. Asimismo también ***podrá contener*** los siguientes elementos: III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta…").

la empresa) para recibir reportes sobre fraudes, prácticas ilícitas que afecten la ética organizacional de la empresa.

De esta forma, en caso de incoarse un procedimiento penal en su contra, la persona jurídica podrá contar con información útil antes que los órganos de persecución penal para colocar la empresa en una posición favorable, y será útil en caso que la empresa deba autodenunciarse y colaborar con el procedimiento obteniendo rebajas de pena en caso de condena. Concretamente el art. 9° establece que "Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido".

Existen diversas posturas acerca de quién gestionará las denuncias: por un lado, están quienes sostienen que deben ser los órganos internos de la empresa, una especie de auditoría interna o el *compliance officer* (administrativo/laboral). Por otro lado, otros sugieren que sean investigadas por despachos de abogados externos a la empresa para el caso de que los hechos denunciados puedan constituir delito, y finalmente, una doble vía o sistema mixto.

Acerca de qué tratamiento darle al denunciante, se sostiene que el carácter anónimo afecta el derecho de defensa del imputado. Debe adoptarse un sistema confidencial, con medidas de seguridad y de libre conocimiento del sujeto denunciado. Existe una relación con el deber de veracidad y buena fe de la denuncia (art. 177 CPPN), estándar mínimo que toda denuncia interna debe exigir.

Al respecto, la Oficina Anticorrupción desarrolló un documento guía de "Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas". Se establece que "no se trata de un elemento mandatorio. Las personas jurídicas pueden elegir desarrollarlo o no. Los canales deben ser seguros. Por un lado, deben garantizar a los denunciantes que la información se mantendrá en estricta confidencialidad y sólo será empleada para un análisis o investigación seria y profesional. Por el otro, si bien es deseable que la persona jurídica permita que los informes se hagan de manera abierta, los canales deben admitir tanto la denuncia anónima como la posibilidad de optar por la reserva de

identidad. La existencia de dichas opciones debe ser comunicada con claridad a todos los destinatarios posibles del canal. En el caso de la reserva debe aclararse bajo qué condiciones cederá o en qué casos la persona jurídica no podrá mantenerla (de seguro no será posible mantenerla ante el requerimiento de autoridades judiciales). Los canales pueden ser internos y/o de gestión tercerizada".

La ley también prevé la posibilidad de que la empresa celebre un acuerdo de colaboración eficaz con el fiscal (art. 16) premiado con una exención pena y de responsabilidad administrativa que no hay en la figura del arrepentido del régimen general.

Puedo mencionar como diferencias entre ambos regímenes que: 1) permite acordar hasta la citación a juicio y en el régimen general sólo hasta la IPP; 2) tiene cláusula de confidencialidad, la ley general no lo tiene. Aunque sí tiene un sistema de protección de testigos; 3) prevé un sistema de control judicial de acuerdo, la ley general habla de homologación y fijación de reglas. Hay control sin suspensión del plazo de prescripción y fijan el plazo de prescripción de 6 años; 4) el rechazo incluye la excepción de las reglas de exclusión. Si eso no llega a un acuerdo se puede considerar que el delito se hubiera descubierto igual y entonces la regla de exclusión no aplica. Para que la persona jurídica pueda llegar a la regla de exclusión, debe demostrar espontáneamente que ese acto que se produjo en su seno o en beneficio de ella y que fue absolutamente ajena a su cadena de decisión.

50. Observaciones finales.

Casi sin darnos cuenta hemos pasado del ámbito de lo represivo al preventivo[26]. Se renueva la confianza en la ley penal en la prevención de delitos, mediante el incentivo de la autorregulación corporativa, sin ninguna comprobación científica de que esto funcione así. Es que si alguien cree que nuestro *métier* consiste en prevenir delitos, para qué esperar que ese daño se produzca. Y por este camino, debe advertirse una vez más, viene de la mano la consideración de que ciertas actividades son riesgosas y que, por ello, debemos prevenir antes que reprimir, es decir, la peligrosidad que trae la llamada expansión secretaria[27].

Pido disculpas por mi escepticismo, pero esta historia ya la conocemos.

[26] Nieto Martín, Adán, *La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de política criminal.* Estudios de Derecho Penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig, edit. IBdeF, Buenos Aires, 2017, pág. 167

[27] Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, pág. 177 y ss).

51. Referencias

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, Delación Premiada, con prefacio de John Vervaele, Edit. Temis, Bogotá, 2019.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. En ADPCP, t° XLV, fasc.1, enero-abril 1992, págs. 235-49.

REYES ALVARADO, Yesid. Arrepentidos y Testigos Secretos: Remembranzas de la Santa Inquisición. Conferencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal. Facultad de Derecho, Univ. Buenos Aires, 11 al 14 de agosto de 1997. Con especial cita del "Manual de Inquisidores", Montpelier, Imprenta de Feliz Aviñon, 1821, págs. 21 y ss.

BAUM, Dan. Legalize It All, How to win the war on drugs, Harper's Magazine, de 12 septiembre de 2016, en internet: http://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/ .
Ragués i Vallés, Ramón. Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 54 y ss.

DE LA CUESTA, Luis y de BLANCO CORDERO, Isidoro. con prefacio de José Luis de la Cuesta y John Vervaele, págs. 459 y ss.: www.penal.org.

RIQUERT, Marcelo. La delación premiada en el derecho penal - El arrepentido, una técnica especial de investigación en expansión, Edit. Hammurabi, Bs. As, 2011, p. 24 a 31 y 165 a 182.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. Nº 5, 2016 (número monográfico extraordinario de homenaje a Claus Roxin), http://ficp.es/revista-libertas/, N° 5, pag. 31 y ss. Gómez Martín, Víctor. Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo? En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y *Compliance* Program. ARA Editores- Ediciones Olejnik. Lima, 2016, p. 15 y ss. Con citas de Pastor Muñoz, Gómez Tomillo, Mir Puig, Robles Planas, Silva Sánchez y otros.

DE LUCA, Javier Augusto. Denuncia Anónima. Revista La Ley, Buenos Aires, 1991-D-897.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una tendencia legislativa latinoamericana. En Revue Internationale de Droit Penal. Association Internationale de Droit Penal. ERES, 3 y 4 trimestre, 1996, p. 725.

CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Edit. Temis, Bogotá, 1977, TºIII (vol. I Parte Especial), "Introducción", p.14.

MAIER, Julio. El derecho penal y el mercado. La Nación 18 junio 1997.

RASKOVSKY, Rodrigo, Técnicas de Neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones, en: Ambos, Kai / Böhm, María Laura –Eds–, Urquizo, Gustavo (comp.), "Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina", Göttingen: Göttingen Universitätsverlag. 2019 (publicación pendiente), pág. 127 y sigs.

BÖHM, María Laura, Cufré, Denisse y Raskovsky Rodrigo ¿Enfoque amplio o enfoque restringido? Consideraciones normativas y criminológicas sobre el alcance del tratado vinculante, en: Cantú Rivera, Humberto (Ed.), "El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: Perspectivas latinoamericanas", México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2019 (publicación pendiente).

RUGGIERO, Vincenzo. Criminals and service providers; Crime, Law & Social Change, vol. 28, 1997, 27-38. Ruggiero, Vincenzo - Welch, Michael: Power Crime, en Crime, Law and Social Change, Vol. 51, n° 3-4, 2009, 297-301. Ruggiero, Vincenzo, It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crimes, en International Journal of the Sociology of Law (IJSL), Vol. 35, 2007, 163-177.

BARAK, Gregg. Fraude en Productos Financieros y *Compliance* Regulatorio, Revista Critica Penal y Poder, N° 14, Univ. Barcelona Marzo 2018, pág. 90.

BÖHM, María Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural. Rev. Critica Penal y Poder, Univ. de Barcelona, Octubre 2017, pág. 53/55.
BOHM, María Laura. Dificultades normativas para el abordaje de la actividad empresarial transnacional violatoria de Derechos Humanos en América Latina, en: Ambos, Kai / Böhm,

MARTÍN, ADÁN, Nieto, La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de política criminal. Estudios de Derecho Penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig, edit. IBdeF, Buenos Aires, 2017.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada, IBdeF, Buenos Aires, 2007, pág. 177 y s).

Whistleblower e Justiça Negociada no âmbito das empresas estatais

Leandro de Matos Coutinho[1]

Resumo: Este artigo busca apresentar a temática do Whistleblower e da Justiça Negociada no âmbito das empresas estatais, à luz da legislação de regência, objeto da palestra realizada em 02/10/2019 no Seminário Internacional da Associação Internacional de Direito Penal. Para tanto, serão tratados os códigos de ética e de conduta de algumas dessas empresas e suas principais disposições relativas aos denunciantes. Será discutida, ainda, a norma aplicável aos componentes da Alta Administração Federal, posto que incidente sobre os Diretores e Presidentes dessas mesmas empresas. Antes da conclusão, adicionalmente ao objeto da palestra, será citada a nova Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, com intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trouxe disposição específica para as empresas estatais quando se tratam de canais de denúncias e proteção aos informantes de boa-fé.

Abstract: This article seeks to present the theme of whistleblower and Negotiated Justice within state-owned companies, in the light of the governing legislation, object of the lecture held on 10/02/2019 at the International Association of Criminal Law International Seminar. To this end, the codes of ethics and conduct of some of these companies and their main provisions regarding whistleblowers will be addressed. It will also be brought the rule applicable to the components of the Federal High Management, since it affects the Directors and Presidents of these same companies. Prior to the conclusion, in addition to the subject of the lecture, will be cited the new Law No. 13.964, of December 24, 2019, which, in order to improve the criminal

[1] Bacharel em Direito pela UERJ, com Pós-graduação em Direito Empresarial pela Escola de Direito da FGV e Mestrado em Direito Público pela UNESA. Advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social desde 2002, atualmente exercendo a função de Chefe de Departamento Jurídico responsável pela Área de *Compliance* da instituição. Fundador e presidente do Instituto Compliance Rio (ICRio) desde 2018. Treinador De Empresa para Empresas (DEPE) da *Alliance For Integrity*, entidade do governo alemão, desde 2016. Representante do BNDES na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Ex-vice-presidente da Comissão de Advogados do Setor Bancário do Conselho Federal da OAB. Palestrante e conferencista em eventos nacionais e internacionais. Professor convidado de cursos de pós-graduação (PUC/RJ, UERJ, Universidade Presbiteriana Mackenzie, dentre outras) e autor do Livro "Compliance anticorrupção, a Lei das Estatais e a Defesa do Estado Democrático de Direito", publicado pela Lumen Juris em 2018, além de co-autor de diversas obras e artigos acadêmicos.

and procedural criminal law, brought specific provision for state-owned companies when it comes to whistleblowing channels and good-faith whistleblower protection.

52. Introdução

O objetivo do presente artigo é apresentar como a temática do Whistleblower e Justiça Negociada é tratada no contexto das empresas estatais.

Para o desenvolvimento do trabalho, algumas perguntas devem ser formuladas: De que maneira as empresas públicas e de economia mista tratam dessas questões? Estão os empregados dessas empresas sujeitos aos mesmos regramentos cabíveis para os denunciantes em geral? Como se apresenta o dever de colaborar com as investigações nesse contexto?

Tais são as indagações que pretendemos enfrentar no decorrer deste texto.

Quase todo o conteúdo aqui exposto foi objeto de apresentação oral realizada no dia 02/10/2019 durante o Seminário Internacional da Associação Internacional de Direito Penal. Adicionalmente ao material lá tratado, entendi por bem mencionar a novel legislação (Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019),[1] que, com intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trouxe disposição específica para as empresas estatais quando se tratam de canais de denúncias e proteção aos informantes de boa-fé, temas diretamente afetos ao presente trabalho.

Pois bem, passemos a discorrer sobre essas questões.

53. Whistleblowers e canais de denúncia no âmbito das empresas estatais

A Lei das Estatais, Lei n° 13.303, de 30 de junho de 2016 ,[2] assim estabelece:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.[...](Grifou-se)

[1] BRASIL, Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.
[2] BRASIL, Lei n° 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outrossim, em seus artigos 3° e 4°, a Lei traz as definições das empresas estatais:

> Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. [...]
>
> Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. (Grifou-se)

No bojo dessa regulamentação, a Lei previu de forma expressa as figuras do código de conduta e das normas de ética, bem como dos denunciantes em diversas passagens, valendo citar algumas:

> Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:
>
> [...]
>
> § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:
>
> [...]
>
> II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
>
> III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
>
> IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
>
> V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
>
> VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.
>
> [...]
>
> Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:
>
> [...]
>
> II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei.
>
> [...]
>
> Art. 14. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá:
>
> I - fazer constar do Código de Conduta e Integridade, aplicável à alta administração, a vedação à divulgação, sem autorização do órgão competente da empresa pública ou

> da sociedade de economia mista, de informação que possa causar impacto na cotação dos títulos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e em suas relações com o mercado ou com consumidores e fornecedores;
>
> [...]
>
> Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:
>
> [...]
>
> § 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.
>
> [...]
>
> Art. 18. Sem prejuízo das competências previstas no art. 142 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 , e das demais atribuições previstas nesta Lei, compete ao Conselho de Administração:
>
> I - discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes; (Grifou-se)

É bom que se diga que, mesmo antes da edição da nova legislação de regência, as empresas estatais já possuíam em seus ordenamentos jurídicos internos seus Códigos de Conduta e normas de ética.

A rigor, a existência de normas dessa natureza é tida por boa prática no âmbito empresarial, ao ponto de ser reconhecida pela Lei Anticorrupção[3] como medida a ser considerada nos processos administrativos de responsabilização quando da aplicação de sanções à pessoa jurídica responsável pelos atos lesivos previstos na mesma Lei:

> DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
>
> [...]
>
> Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
>
> [...]
>
> VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;[...](Grifou-se)

[3] BRASIL. Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Tais documentos são, a meu ver, peça-chave quando se tratam dos whistleblowers e canais de denúncia nas empresas estatais.

Nesse sentido, é importante trazermos à colação alguns Códigos para ilustrar como essas empresas vêm dando tratamento à matéria.

54. Códigos de Conduta e de Ética das empresas estatais

Buscou-se listar, a título exemplificativo, os Códigos de algumas grandes empresas estatais federais que figuram, em seus respectivos setores de atuação, entre as maiores companhias brasileiras.

54.1 Guia de Conduta do Sistema PETROBRAS:[4]

> 5. Canais de Comunicação e Denúncia
>
> Ao se vivenciar, testemunhar ou tomar conhecimento de conduta que configure descumprimento às orientações deste guia, deve-se comunicar ou denunciar aos canais formais da companhia estabelecidos para esse fim*, com absoluta garantia de confidencialidade. O Sistema Petrobras respeita e acolhe a comunicação ou denúncia de desvio de conduta ou de indícios de desvio de conduta feita de boa-fé, e não admite retaliações ou punições contra quaisquer pessoas que apresentem essa comunicação ou denúncia. Denúncia de boa-fé é o relato honesto e responsável, realizado por meio dos canais adequados, ainda que após a apuração o fato comunicado não seja considerado um desvio. O Sistema Petrobras assume o compromisso de proteger o denunciante de boafé, tratando eventuais casos de retaliação através de ações integradas de gestão de recursos humanos e integridade. (Grifou-se)

Verifica-se de forma clara o dever de comunicar ou denunciar aos canais formais da empresa[5] qualquer conduta que configure descumprimento do Guia. Há garantia da confidencialidade, bem como de proteção para os denunciantes de boa-fé contra retaliações ou punições. Se houver prática de retaliações, os responsáveis tratados por meio de ações integradas de gestão de recursos humanos e integridade.

54.2 Código de Ética e Normas de Conduta do Banco do Brasil S/A [6]

> 5. Dúvidas, denúncias e descumprimento dos documentos
>
> 5.2. Denúncias e Descumprimento dos Documentos

[4] Disponível em <http://www.petrobras.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A10550E494F5580014A2ACBE70440E8> Acesso em 28/01/2020.

[5] O acesso ao Canal de Denúncia da PETROBRAS se dá pelo *link* disponível em <https://ouvidoria.petrobras.com.br> Acesso em 27/12/2019

[6] Disponível em <https://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/PortuguesCodEtica.pdf> Acesso em 28/01/2020

> 5.2.1. Reportar à Ouvidoria Interna, inclusive de maneira anônima, eventual desvio de conduta ou irregularidade observado.
>
> [...]
>
> 5.2.5. O Banco trata com sigilo as denúncias recebidas e garante o anonimato, como forma de proteger o autor contra qualquer tipo de retaliação.
>
> 5.2.6. Aquele que descumprir o Código de Ética e as Normas de Conduta está sujeito às penalidades estabelecidas nas instruções normativas do Banco do Brasil, e poderá ser responsabilizado na esfera judicial.(Grifou-se)

Existe o dever de reportar à Ouvidoria Interna o eventual desvio de conduta ou irregularidade observado. Tal reporte poderá de maneira anônima e o denunciante será protegido contra qualquer tipo de retaliação. Importante registrar que aqueles que descumprem o Código de Ética – inclusive em relação ao dever de reportar – podem se sujeitar a penalidades no Banco do Brasil e mesmo responsabilização na esfera judicial.

54.3 Código de Ética da Caixa Econômica Federal[7]

> 5. RESPONSABILIDADE
>
> Devemos pautar nossas ações nos preceitos e valores éticos deste Código, de forma a resguardar a CAIXA de ações e atitudes inadequadas à sua missão e imagem e a não prejudicar ou comprometer dirigentes e empregados, direta ou indiretamente.
>
> [...]
>
> Garantimos proteção contra qualquer forma de represália ou discriminação profissional a quem denunciar as violações a este Código, como forma de preservar os valores da CAIXA.(Grifou-se)

Há expressa proteção contra qualquer forma de represália ou discriminação profissional para os que denunciem violações ao Código de Ética da Caixa. Assim, garante-se a preservação dos valores do Banco previstos no próprio Código.

54.4 Código de Ética do Sistema BNDES[8]

> PADRÕES DE CONDUTA E RELACIONAMENTO
>
> Art. 5º Os participantes, nas relações internas e externas, além dos compromissos assumidos no artigo anterior, visando à construção de um ambiente ético, obrigam-se a:
>
> [...]
>
> IX. prevenir e não praticar atos de fraude e de corrupção, devendo denunciá-los caso deles tenha ciência;

[7] Disponível em <http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-etica/CODIGO_ETICA_CAIXA.pdf> Acesso em 28/01/2020.

8 Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/a93394b5-0d84-4c2a-aa73-b95593933e58/Codigo_de_Etica_BNDES_2016.pdf?MOD=AJPERES&CVID=lYMLJKI> Acesso em 28/01/2020.

> (Grifou-se)
>
> No âmbito do Sistema BNDES, por sua vez, existe a obrigação de prevenir e não praticar atos de fraude e de corrupção, e também o dever de denunciá-los caso deles tenha ciência.

Em acréscimo às citadas disposições, há que se apresentar ainda o Código de Conduta da Alta Administração Federal (Decreto no 1.171, de 22 de junho de 1994),[9] na medida em que essa norma tem aplicação aos dirigentes das empresas estatais, notadamente aos membros das suas diretorias.

> 2.5. Código de Conduta da Alta Administração Federal
>
> Seção II Dos Principais Deveres do Servidor Público
>
> XIV - São deveres fundamentais do servidor público:
>
> i) resistir a todas as pressões de superiores hierárquicos, de contratantes, interessados e outros que visem obter quaisquer favores, benesses ou vantagens indevidas em decorrência de ações imorais, ilegais ou aéticas e denunciá-las;
>
> [...]
>
> Art. 10. Os trabalhos da CEP e das demais Comissões de Ética devem ser desenvolvidos com celeridade e observância dos seguintes princípios:
>
> [...]
>
> II - proteção à identidade do denunciante, que deverá ser mantida sob reserva, se este assim o desejar;
>
> (Grifou-se)

Resta evidente a similitude de tratamento conferido pelas empresas estatais aos denunciantes. Regras como a proteção para aqueles que denunciam de boa-fé e o dever de os empregados dessas empresas de denunciarem as práticas incorretas que tiverem ciência são comuns a todas as normas citadas, em que pese as variações de redação dos códigos.

Pode-se dizer, portanto, que diferentemente dos denunciantes em geral, os empregados das empresas estatais devem comunicar as práticas ilícitas que tomarem conhecimento, sendo verdadeiro dever de confiança para com seus empregadores estatais.

Como contraparte a esse dever, há a obrigação das empresas de protegerem os denunciantes de boa-fé contra qualquer sorte de retaliações. Tal medida é fundamental para estimular a colaboração e, ao mesmo tempo, garantir o interesse público.

9 BRASIL. Decreto n° 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

Tanto é assim, que a Controladoria-Geral da União (CGU), em sua publicação Programa de Integridade Diretrizes para Empresas Privadas ,[10] prevê como requisito fundamental dos Códigos de Ética e Conduta:

O conteúdo do código abrange, de forma geral, os valores da organização e as principais regras e políticas adotadas pela empresa. Para fins de atendimento aos requisitos da Lei nº 12.846/2013, espera-se que o código de ética ou de conduta:

> [...]
> e) estabeleça a proibição de retaliação a denunciantes e os mecanismos para protegê-los;
> (Grifou-se)

Ainda de acordo com a CGU , a efetividade dos canais de denúncia depende:

> Para garantir a efetividade de seus canais, é necessário que a empresa tenha políticas que garantam a proteção ao denunciante de boa-fé como, por exemplo, o recebimento de denúncias anônimas e a proibição de retaliação de denunciantes.
> (Grifou-se)

55. Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019

Todas as questões até aqui mencionadas foram objeto, como já destacado, da palestra proferida no dia 02/10/2019, quando da realização do Seminário Internacional da Associação Internacional de Direito Penal.

Apesar de extrapolar o tema da referida palestra, considero pertinente ao presente trabalho, a menção à Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, com intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trouxe disposição específica para as empresas estatais quando se tratam de canais de denúncias e proteção aos denunciantes de boa-fé.

Entendo que os mencionados Códigos de Conduta e de Ética deverão ser revisitados, no que couber, para, se for o caso, incluir as novas previsões legais no bojo de seus regramentos.

A vigência da referida Lei (consoante seu artigo 20) tem por termo inicial 30 (trinta) dias após a sua publicação no Diário Oficial, o que ocorreu em 24 de dezembro de 2019.

[10] BRASIL, Controladoria-Geral da União, Programa de Integridade Diretrizes para Empresas Privadas, p. 15. Disponível em <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em 27/12/2019.

Assim, discorrendo especificamente sobre a Lei, há que se chamar a atenção para os seguintes artigos:

> Art. 15. A Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> "Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.[...]" (Grifou-se)

Cumpre sublinhar que a alterada Lei n° 13.608/2018[11] dispõe, além de outras questões, sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais. Ou seja, acerca dos canais de denúncia.

Portanto, caberá às empresas estatais, com a entrada em vigor da Lei n° 13.964 em 2020, manter unidades de ouvidoria ou correição destinadas ao recebimento de denúncias sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

É importante registrar que a citada Lei tratou de forma clara da proteção ao informante de boa-fé, protegendo-o de retaliações (como o fez a Lei das Estatais[12] citada acima), inclusive que impactem em sua carreira, e garantindo a preservação de sua identidade:

> Art. 4º-A. [...]
>
> Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.
>
> Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.
>
> Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.
>
> Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos

[11] BRASIL, Lei n° 13.608, de 10 de janeiro de 2018. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins.

[12] Ver artigo 9°, §1°, inciso IV, da Lei n° 13.303/2016.

> remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.
>
> § 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.
>
> § 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais. [...]

Uma interessante previsão, que merece destaque, diz respeito à possibilidade de premiação ao informante:

> Art. 4º-C. [...]
>
> § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.
>
> (Grifou-se)

Como se vê, a legislação em tela trouxe relevantes previsões sobre o informante, que, no âmbito das empresas estatais, devem se somar ao já previsto em seus Códigos de Conduta e de Ética.

56. Conclusão

Pelo exposto, pode-se afirmar que quando se tratam de empresas estatais, a temática dos Whistloblowers e da Justiça Negociada deve ser discutida em vista das previsões de seus Códigos de Conduta e Ética.

Os exemplos trazidos no decorrer deste trabalho demonstram como as estatais cobrem essa matéria, notadamente em relação ao dever de seus empregados de denunciarem as práticas incorretas que tiverem notícia e a proteção conferida aos denunciantes de boa-fé. Ademais, a norma aplicável aos dirigentes dessas empresas caminha no mesmo sentido, ao prever disposições similares.

A tais previsões, de natureza jurídica interna, devem se somar as já previstas na Lei n° 13.303/2016 e as ora incluídas pela recém-sancionada Lei n° 13.964/2019, que, com intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trouxe regra específica para as empresas estatais quando se tratam de canais de denúncias e proteção aos informantes de boa-fé.

As empresas estatais deverão revisitar seus Códigos de Conduta e Ética com vistas a, se for o caso, adequá-los às mais novas previsões legais.

Quando se tratam de empresas estatais, seus códigos de conduta e de ética, como regra, preveem expressamente para o empregado o dever de denunciar os ilícitos que tiver conhecimento.

Os mesmos códigos trazem garantias de preservação do anonimato e do sigilo e de medidas para evitar retaliações e represálias contra os denunciantes.

57. Referências

BRASIL, Controladoria-Geral da União, Programa de Integridade Diretrizes para Empresas Privadas. Disponível em <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em 27/12/2019.

BRASIL. Decreto n° 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

BRASIL. Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL, Lei n° 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL, Lei n° 13.608, de 10 de janeiro de 2018. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins.

BRASIL, Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Entre o anonimato e o sigilo
A interação do Whistleblower com o Processo Penal
Between anonymity and secrecy
The Whistleblower's interact with Criminal Procedure

Mateus Vaz e Greco[1]

Paola Alcântara Lima Dumont[2]

Resumo: Pretendeu-se através do presente trabalho abordar a figura do Whistleblower, recentemente introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei 13.964/19. Passando-se brevemente pela sua definição, e delineando seus contornos a partir da concepção apresentada por Ragués i Vallès, o artigo teve como objeto central a análise da elasticidade, tanto do anonimato quanto do sigilo do denunciante, no processo penal. O trabalho pretendeu observar os reflexos da atuação do Whistleblower a partir da instauração de um processo judicial penal, frente ao direito de defesa pautado no contraditório. Propôs, ao fim, duas críticas principais: a necessidade de definição de um marco temporal ao sigilo do denunciante para instauração do processo penal judicial, e, também, a exposição da inconstitucionalidade do art.4º B da Lei 13.608/18, recentemente introduzido pela Lei 13.964/19.

Palavras-Chave: Whistleblower - Compliance - Denúncias anônimas - Processo Penal

Abstract: Through this present study the intention is to analyze the Whistleblower figure, recently introduced in brazilian legislation by 13.964/19 act. Briefly passing through its definition, and outlining its contours from the conception presented by Ragués i Vallès, the article had as its central object the analysis of the elasticity, both of anonymity and of the whistleblower's secrecy, in the criminal process. The work intended to observe the reflexes of

[1] Advogado, Mestrando em Direito pela PUC Minas, Pesquisador Bolsita FAPEMIG Biênio 2016/2017, CAPES 2020/2021, Pós Graduado em Direito Penal Econômico pelo IDPE da Universidade de Coimbra, Especializado em Compliance - LEC/FGV e Colaborador do Núcleo de Pesquisa Redes de Direitos Humanos SERDH.

[2] Advogada, Mestranda em Direito pela PUC Minas, na linha da Intervenção Penal, Pós Graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas IEC, Pós Graduada em Ciências Criminais pela ESA OAB/MG.

the Whistleblower's performance from the beginning of a criminal judicial process, against the right of defense based on the adversary. At the end, he proposed two main criticisms: the need to define a time frame for the whistleblower's secrecy for the initiation of judicial criminal proceedings, and also the exposure of the unconstitutionality of art.4 B of Law 13.608 / 18, recently introduced by Law 13.964 / 19.

Keywords: Whistleblower - Compliance - Anonymous reports - Criminal Prosecution

---

58. Introdução

A partir da Lei 13.964/19 uma nova figura foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, o Whistleblower.

Em tradução literal do inglês, o termo seria trazido ao vocábulo brasileiro como "*aquele quem assopra o apito*", mas ao buscar uma acepção do instituto que melhor se adeque ao conceito jurídico da figura, portanto fugindo da literalidade, poder-se-ia dizer em "denunciante" ou em "informante".

Trata-se de uma figura já instituída em ambientes corporativos, comum em ambientes em Compliance, que já estruturam canais de denúncias próprios, sobretudo no meio empresarial. Por meio do *whistleblowing* (o ato de denunciar) estes programas de Compliance buscam a mitigação de riscos, sobretudo atinentes às práticas ilícitas, fomentando uma cultura de denúncia e a instituição de controles de caráter preventivo-criminal.

O ato de *whistleblowing*, *"assoprar o apito",* se dá por intermédio dos canais de denúncia. O indivíduo, interno à determinada instituição, (ou que com ela tenha algum relacionamento), presta informações sobre ilícitos em geral, crimes em desfavor da Administração Pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Caso as informações repassadas à Administração Pública levem a recuperação de determinada quantia aos cofres públicos, o denunciante terá direito a recompensa sobre tal

valor[1]. No Brasil, a legislação brasileira dispôs que a recompensa pode alcançar até 5% do montante recuperado a partir da denúncia prestada. Sobre canais de denúncia:

> São canais de comunicação, disponíveis ao público interno, terceiro ou externo (stakeholders), para a denúncia de irregularidades ou crimes em momentos passados ou presentes relacionadas à sociedade empresária, seus funcionários, diretores ou outros que tenham relação direta com empresa e podem impactar o negócio como todo no caso de exposição de risco. (DUMONT, 2020, p.172)

Os canais de denúncia então, como dito, podem tratar de quaisquer irregularidades, entretanto, serão objeto de análise do presente artigo àquelas que extrapolem os limites da própria instituição, exigindo do Estado intervenção penal.

A partir da alteração legislativa trazida pela Lei 13.964/19, a Lei 13.608/18 passou a prever a possibilidade de que qualquer pessoa - *o que é alvo de crítica*[2] - possa levar ao conhecimento de uma ouvidoria, seja ela um órgão específico de uma instituição pública ou privada, informações relativas a práticas ilícitas contra o interesse público.

Após o tratamento interno destas informações, averiguando-se possível concretude nas alegações do denunciante, estas podem ser encaminhadas para apuração estatal. Em alguns casos, sob determinações legais, algumas instituições têm o dever de reportar estas irregularidades às autoridades, conforme determinação expressa do setor financeiro.

A partir destas informações, os órgãos investigativos irão desenvolver a investigação de possível prática ilícita lesiva, em especial, em casos que envolvem práticas criminosas em desfavor da Administração Pública.

Não existem vedações legais ao recebimento de denúncias anônimas, sendo permitido que, tanto em *whistleblowings* internos quanto externos[3], comuniquem a prática de determinada

[1] Lei 13.608/18 Art. 4º C - § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do denunciante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[2] A Lei 13.608/18 elenca, em seu Art. 4º-A, a possibilidade de que "*qualquer pessoa*" atue, ou seja, pratique denúncias e seja por elas, eventualmente, recompensados. Ocorre que para RAGUÉS I VALLÈS o conceito de não é estendido a qualquer indivíduo, limitando-se aquele sujeito que compõe ou já tenha composto à instituição em que se tenha ocorrido a prática ilícita, ou seja, se trata de um insider ou que já tenha sido um *insider*, compondo ou já tendo composto o quadro da instituição. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.91).

[3] A respeito, faz-se a seguinte diferenciação: o *whistleblowing* interno do *whistleblowing* externo, o primeiro sendo àquele que faz uso de sistemas de denúncia de dentro da organização ou empresa, e o último quando as denúncias são destinadas a autoridades alheias à empresa ou à organização. (MACEDO, 2018, p.77).

conduta ilícita sem que necessariamente se identifiquem, da mesma forma que toda e qualquer prática delituosa pode ser reportada às autoridades pelos canais de comunicação existentes.

Todavia, para o tratamento destas denúncias, ou seja, para a averiguação da veracidade e concretude do alegado, para se investigar a existência ou não de ato ilícito praticado contra à Administração Pública, pode ser necessária, em grande parte dos casos, que o denunciante se identifique.

Neste sentido, para que uma ouvidoria interna receba e trate a denúncia, ou diretamente às Autoridades Estatais o façam no caso de um *whistleblowing* externo, pode vir a ser necessário que o denunciante seja identificável perante estes órgãos, e que a partir de sua identificação, este colabore para com a investigação.

Ocorre que a Lei 13.608/18, após a alteração trazida pela Lei 13.964/19, trouxe em seu artigo Art. 4º-B: "*O denunciante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos".* Assim, se observa que o Whistleblower pode, por expressa disposição legal, ter seu direitos fundamentais à privacidade e preservação a sua imagem mitigados, nos casos considerados "*de relevante interesse público*" ou *"desde que isso contribua para a apuração dos fatos"*

Isto posto, têm-se os problemas que pretendem ser analisados: a análise, no curso do processo penal, da elasticidade do sigilo da identidade do Whistleblower frente ao direito de defesa do réu, e em correlação, a (in)constitucionalidade do art. 4º - B da Lei 13.608/18, após a alteração da Lei 13.964/19.

59. O anonimato em um primeiro *report*

Exposto o problema a ser analisado no presente trabalho, é necessário que seja tomado um conceito jurídico ao termo Whistleblower, definindo os contornos dados a esta figura, o que será feito a partir de RAGUÉS I VALLÈS, que traz:

> (...) suele emplearse para aludir a aquellos miembros o antiguos miembros de una determinada organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas - o poco éticas - llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.20)

Coerente a posição de RAGUÉS I VALLÈS, MACEDO define o Whistleblower como: "*aquele membro ou antigo membro de uma determinada organização pública ou privada que*

denuncia às autoridades competentes condutas ilícitas que estavam ocorrendo (ou iriam ocorrer) no seio de tal organização justamente por deter tais informações" (2018, p.26).

Em respaldo (MICELI e NEAR, 1985) classificam *whistleblowing* como *"ato de revelação, por parte de membros ou ex-membro de determinada organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, direcionadas à pessoas ou organizações capazes de realizar ações contra fatos reportados."*

Os autores ALVIM e CARVALHO contornam os limites do instituto da mesma forma, quando destacam: *"Qualquer pessoa, dentro de uma instituição, pode e deve assoprar o apito."* (2018, p.125). Neste mesmo sentido JUBB expõe: *"Whistleblowing precisa ser um ato diferenciado de uma informação generalista, ela deve possui uma particularidade que lhe confira significância"*. (1999, p.79).

Desta forma, tomando como marco a definição de RAGUÉS I VALLÈS, que se percebe compartilhada por outros estudiosos, é possível definir o Whistleblower *como* um denunciante que faça parte, ou tenha feito parte, da instituição em que determinada prática ilícita contra a Administração Pública tenha ocorrido, e, voluntariamente, decida reportar tal prática às autoridades ou a um órgão interno à instituição.

No momento em que o primeiro *report* é feito, em sendo ele interno (àquele direcionado a um órgão interno a própria instituição), cumpre a própria instituição determinar se aceitará ou não denúncias anônimas. A respeito é interessante destacar:

> (...) una empresa que quiera garantizar la máxima efectividad de su procedimiento de denuncia no deberá limitar su alcance a los trabajadores, sino que debería hacerlo también accesible a terceros con los que tenga algún tipo de relación en ámbitos en los que se aprecie un riesgo de actuación delictiva. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.122).

Já nos casos de *reports* externos, ou seja, àqueles feitos diretamente às autoridades investigativas e órgãos fiscalizatórios, existe a possibilidade de que esta denúncia seja feita de forma anônima, seja por um número de discagem rápida, ou um sistema disponibilizado no próprio sítio eletrônico da instituição.

Assim, em um ato de *whistleblowing*, seja ele externo ou interno, entende-se possível que uma informação seja recebida, inicialmente, de maneira anônima, sem que exista qualquer identificação relativa ao denunciante. A respeito da relação: *denunciante - informação*, destaca SCHWARTZ:

> Até aí, você provavelmente considerou que o mais importante é a informação que pretende trazer, e portanto é o que mais deve ser protegido. Errado. Sua identidade deve ser protegida acima de tudo. Se você não proteger sua identidade, você poderá se comprometer, o que lhe impedirá de informar. (2019, p.23) (Tradução Livre)[4]

De fato, como pontua o autor, os primeiros contatos (denunciante-ouvidoria ou denunciante-autoridade) devem se dar, preferencialmente, em anonimato, até pela incipiência do ato de denúncia neste momento. Neste estado inicial da investigação, proteger a identidade do Whistleblower é essencial, para que, se necessário, posteriormente este denunciante possa colaborar com a condução do processo investigativo. Eventual identificação precoce pode acarretar, em alguns casos, em direcionamentos inadequados da investigação interna, ou até mesmo retaliação.

A partir deste primeiro *report*, àqueles que recebem a informação irão tratá-la, isto significa: o operador do canal de denúncia, irá submeter esta denúncia a um filtro, realizando uma triagem inicial e assim avaliar a possibilidade de se apurar o fato, e os envolvidos com os fatos, com as informações que já foram fornecidas.

Ocorre que, em se tratando de atos ilícitos - *sejam ele criminosos ou não* - praticados em meio a estrutura institucional complexa, é muito pequena a probabilidade de que com poucas informações os fatos sejam devidamente apurados, e o(s) responsável(eis) por tal prática irregular seja identificados(s).

É muito provável que, para isso, sejam solicitadas novas informações ao *Whistleblower* e que, inclusive, seja necessária a identificação do denunciante e sua colaboração com a investigação, seja ela através de depoimento oral ou até mesmo por meio de entrega de material probatório que venha a corroborar com o que foi denunciado.

Nota-se então que em uma investigação que siga um fluxo metodológico de denúncia, a identidade do denunciante, muito provavelmente, será necessária para que se prossiga com as investigações. Obviamente excluídas as hipóteses em que se trate de um ato ilícito de simples solubilidade, e em que a denúncia venha acompanhada de uma instrução comprobatória suficiente. Nesta altura, e a respeito, é interessante trazer a seguinte exemplificação.

[4] Up to this point, you probably thought that the information you want to expose is the most important thing you have to protect. Wrong. Your identity must be protected above all else. If you don't protect your identity, you will be compromised, which can prevent you from exposing any information. (SCHWARTZ, 2019, p.23).

Imagine-se a seguinte situação: um colaborador de uma empresa estatal vê seu colega de área furtando um notebook da empresa, sem que o seu colega o perceba visualizando tal ato. Assim, por ter tomado conhecimento da prática de tal ato ilícito praticado contra Administração Pública - *neste caso criminoso* - o colaborador reporta esta denúncia à ouvidoria interna da empresa, informando o local, a data e o horário da prática ilícita.

O operador do canal de denúncias, ao receber esta informação, realiza uma triagem inicial e solicita as filmagens das câmeras de segurança, conforme as informações constantes na Denúncia.

Ao receber as filmagens, constata a veracidade do alegado pelo denunciante, e pode, a partir daí, encaminhar um relatório à área de Compliance que irá operacionalizar o tratamento da questão. Nota-se que neste simples exemplo a identificação do denunciante não foi necessária para a elucidação dos fatos, mas, somente não o foi por se tratar de uma situação de simples comprovação, através de acesso às câmeras de filmagem.

Entretanto, se tratando de um ato ilícito complexo, como por exemplo, a prática de um ato de improbidade administrativa[5] ou um crime de colarinho branco[6], muito provavelmente será necessária a colaboração ativa do denunciante, o que por óbvio irá envolver, em determinado momento, a revelação de sua identidade e, muito provavelmente, uma postura ativa de cooperação com a investigação.

60. O SIGILO E A PROBLEMÁTICA NO PROCESSO PENAL

Como dito, para a elucidação de determinadas práticas ilícitas tomadas contra a Administração Pública, sobretudo as mais complexas, pode ser que seja necessária a identificação do denunciante. Neste patamar de sigilo somente os operadores dos canais de denúncia, ou as autoridades estatais, no caso de *whistleblowing* externo, conheceriam a sua identidade.

A identificação do denunciante no âmbito de investigação interna consubstancia-se em um ato voluntário próprio. Somente serão identificados aqueles que, deliberadamente, se sentirem confortáveis em fazê-lo, o que não é comum, considerando os riscos de represálias por gestores ou colegas, e por, eventualmente, não quererem carregar marcas preconceituosas arraigadas culturalmente,

[5] Dispostos nos artigos 9º, 10º e 11º da Lei 8.429/92.
[6] Nomenclatura utilizada por Edwin Sutherland em Crime de Colarinho Branco.

Como explicita RAGUÉS I VALLÈS: *"es perfectamente posible que trabajadores predispuestos a denunciar no lo hagan si tienen que identificarse, ta sea por temor a represalias o sencillamente por no querer ser vistos como delatores por su proprios companeros"* (2013, p.122).

A partir de uma pesquisa realizada pela KPMG, uma das maiores empresas mundiais em auditoria, denominado *O Perfil do Hotline no Brasil*[7], percebe-se que um significativo volume de denúncias segue o seguinte fluxo: após o conhecimento da prática ilícita o denunciante faz a denúncia anônima, seja ela interna ou externa, mas quando sua identidade lhe é solicitada, para o prosseguimento do fluxo da denúncia, este denunciante prefere por não se identificar.

Ou seja, quando do tratamento da denúncia, em sendo necessárias maiores informações do denunciante, este prefere não se identificar.

A legislação brasileira[8] versa expressamente sobre os direitos do Whistleblower, tratando da proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal do denunciante. Mas, mesmo sendo oferecida esta proteção ao Whistleblower, persiste o preconceito e uma parcela de carga moral a respeito do ato de denunciar, corriqueiramente taxado como um "*alcaguete*" ou "traidor", o que acaba inibindo o prosseguimento da averiguação do ato ilícito.

Nesta toada, quando se é exigida a identificação - ainda sob sigilo - do denunciante, tem-se a seguinte bifurcação: os denunciantes que irão se identificar e dar prosseguimento ao fluxo de denúncia, e aqueles que iram preferir se manter sob anonimato, o que, nos casos em que seja necessário conteúdo probatório mais complexo, poderá acarretar no arquivamento daquela denúncia.

Em não sendo revelada a identidade do denunciante, o prosseguimento das investigações estará comprometido. Mais obstada ainda estará a investigação daquela questão, caso judicializada, como aponta RAGUÉS I VALLÈS:

---

[7] Pesquisa elaborada pela KPMG em 2021. Para acesso na integra, acesse: <https://appkpmg.com/news/8815/perfil-do-hotline-no-brasil#:~:text=A%20constata%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20da%20pesquisa,a%20outros%20desvios%20de%20conduta.>.

[8] Lei 13.608-18. Art.4º - A - Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao denunciante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o denunciante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

> Asi, el desconocimiento de la identidad del denunciante no impide, ciertamente, la iniciación de una investigación interna; pero, si no se obtienen pruebas adicionales, la demostración del hecho denunciado ante los tribunales resultará sencillamente inviable con la mera denuncia anónima. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.123)

No caso de o denunciante ter, voluntariamente, revelado sua identidade, e com a sua colaboração, ter sido constatado determinada prática delituosa, como, e até que ponto, se dará a manutenção do sigilo no encaminhamento de um inquérito ou um processo judicial?

Ainda na fase de investigação corporativa, após a identificação do denunciante e sua colaboração, constatada a existência de um ato ilícito criminal, o órgão responsável dentro da instituição, preferencialmente a área de Compliance, deverá informar[9] às autoridades estatais o ocorrido.

Ocorre que o Whistleblower pode ter se identificado e se comprometido a colaborar com as investigações em âmbito interno, perante a ouvidoria da instituição ou a determinado colaborador interno, entretanto tal fato não necessariamente representa seu mesmo desejo em atuar como testemunha em um processo penal.

A participação e a colaboração ativa no âmbito interno da instituição não se conectam, logicamente, com o mesmo interesse de participação em uma persecução pública. Deste modo, a ouvidoria ou o profissional de Compliance que tenha constatado a prática de um ilícito por meio desta denúncia, não poderá impor ao Whistleblower a obrigatoriedade de testemunhar em juízo, tal obrigação somente poderia advir de ordem judicial. Neste sentido:

> Acreditamos também ser possível estabelecer diferenças substanciais entre as figuras do Whistleblower e da testemunha. Essas últimas, salvo exceções legais, possuem deveres de colaboração com a Justiça, sob pena de conduções coercitivas e condenação pelo crime de desobediência em casos de descumprimento. A maior parte dos whistleblowers, por outro lado, não possuem deveres legais ou contratuais de colaboração. (FERREIRA, 2018, p.19).

Nestes casos, ao informar as autoridades estatais a ocorrência do ilícito a instituição o fará preservando a identidade do denunciante, pois caso o revele sem sua anuência, podem advir

[9] Este *report* feito às autoridades a respeito de um ilícito cometido no interior de determinada instituição privada, ou até mesmo pública, é percebido em um contexto de autorregulação regulada. A respeito desta definição, tem-se: Deste modo, o Estado desvincula-se da sua condição de sujeito ativo, regulador, e transfere para a sociedade a responsabilidade de autogestão, o que significa dizer que, agora, dada a incapacidade estatal de regular de fora as relações, o particular utilizará sua própria estrutura para alcançar os objetivos do Estado, de supervisão e controle. (BECKER, 2018, p.41).

consequências desta quebra de sigilo, inclusive de natureza cível e atinentes à relação trabalhista ali existente.

Nesta esteira, com a existência de uma denúncia advinda de uma investigação corporativa, constatando-se a existência de uma conduta delituosa, em não havendo demais diligências a serem realizadas, caberá ao Ministério Público, como titular da ação penal, a instauração de um processo judicial de natureza penal.

Em sendo o conteúdo da denúncia feita pelo Whistleblower a alavanca basilar à Denúncia que será feita em sede judicial, e tendo o denunciante optado por não se identificar, se perceberá o prosseguimento de um processo penal pautado em informações sigilosas? A identidade do denunciante se mantida em sigilo, será em relação à quais pessoas? O denunciante sigiloso poderá ser compromissado e contraditado em juízo de alguma forma?

É exatamente neste ponto que vislumbra-se um tensão entre o anonimato e o sigilo, frente ao direito de defesa do acusado.

Se o anonimato ou sigilo que permeiam os canais de denúncia públicos ou privados é imprescindível para uma política efetiva de prevenção de ilícitos, o mesmo não se pode dizer da utilização do depoimento em sigilo como fundamento condenatório e da admissão do informante sigiloso no processo como testemunha, conforme aponta por Felipe Machado. (PRATES, 2020, p.189)

O sigilo quanto a identidade do denunciante é de fato essencial em um primeiro momento investigatório. Entretanto, é necessário problematizar a extensão deste período de sigilo. Como trata (LOPES JR., 2019), atos de prova são distintos de atos de investigação. Atos investigatórios se posicionam em uma fase pré-processual, formam juízo de probabilidade, não exigem estrita observância a publicidade e a oportunidade de contradição, bem como estão a serviço da formação da *opinio delicti* do acusador.

Neste sentido, manter o sigilo em relação a identidade do Whistleblower vai ao encontro do propósito de um procedimento investigativo, mas o mesmo não se pode dizer de um processo judicial. Como destaca:

> (...) os depoimentos prestados por testemunhas, quando colhidos em fase judicial e em observância ao princípio do contraditório, possuem valor probatório. Dessa forma, mesmo desacompanhados de outros elementos de prova, em alguns casos podem fundamentar condenações criminais e suprir a ausência do exame de corpo de delito. Em diferente sentido, os whistlebowers fornecem informações que devem ser inicialmente tratadas como meras fontes de prova, isto é, deverão servir apenas como um "start investigativo" para os órgãos fiscalizatórios estatais. Tais órgãos, a partir da análise preliminar de relevância e veracidade do relato recebido, eventualmente

> buscarão elementos que comprovem as alegações realizadas pelo reportante e desenvolverão o trabalho investigativo respectivo. (FERREIRA, 2018, p.19).

Contudo, a partir do oferecimento da peça acusatória pelo Órgão Acusador, nos casos de um procedimento penal, a manutenção do sigilo sobre a figura do Whistleblower não pode ser mais permitida, pelo menos não um contexto processual garantista. A extensão deste sigilo no decorrer de um processo penal significaria um afronte direito à garantias fundantes de um processo de matriz constitucional.

A falta de informação, ou a informação parcialmente conferida ao acusado, o impossibilita ao exercício de sua ampla defesa e contraditório, ou seja, desconhecendo-lhe o que lhe imputam e quem lhe imputa, perceberia-se um processo similar ao enfrentado por Josef .K. na obra de Kafka. Um processo às cegas.

No que diz respeito ao contraditório processual, esse é percebido em duas dimensões, informação e reação, ou seja, o direito das partes de serem informadas e poderem reagir a tal informação com igualdade de direito e oportunidades. (LOPES JR., 2019, p.42)

O Estado Democrático de Direito, cuja marca é o direito de participação nas decisões, exige a participação das partes na construção do provimento, desse modo, é imprescindível a participação argumentativa e além disso, que a decisão seja fruto dessa contribuição (SANTIAGO NETO, 2015, p.65)

Desta forma, em processo penal democrático é a partir do contraditório, ou seja, por meio da construção probatória realizada pela acusação e defesa, é que a decisão penal será construída. E para que isso ocorra é necessário que seja oportunizada as partes o conhecimento sobre a origem, o procedimento adotado para produção da prova e até o seu resultado.

Logo, é direito do acusado ter acesso a identificação da testemunha, de que forma, onde e como suas declarações prévias foram colhidas e até mesmo o inteiro teor da denúncia já prestada, para que assim possa, caso entenda necessário, ser feita sua inquirição.

Vale dizer ainda que a prova testemunhal é marcada por três principais características: a oralidade, objetividade e a retrospectividade, sendo em regra colhida por depoimento oral (FERNANDES, 2012, p. 83) e portanto, a presença física do acusado e de seu defensor frente a testemunha é indispensável para construção da prova, afastando, assim, qualquer possibilidade de manutenção de anonimato e sigilo em desfavor do réu.

Tanto é assim que a própria Constituição Federal, no art. 93, IX, não autoriza a limitação de publicidade de atos processuais face o advogado do réu, proibindo-a mesmo diante da necessidade de preservar o direito à intimidade da pessoa interessada no sigilo.

Ademais, é direito do réu o poder de conhecer a identidade das vítimas e das testemunhas, como indica o art. 187, § 2º, inciso V, do Código de Processo Penal.

Pensamos ainda em uma perspectiva prática em que no caso de canal interno o vínculo pessoal que possa existir entre denunciante e denunciado, deve compor o procedimento criminal que venha a envolver o investigado. Podem vir a existir inimizades, ou atritos de ordem pessoal, que poderiam ser valorados pela Defesa quando da instrução judicial.

Ademais, também não é absurdo pensar que em casos de perseguições institucionais, por exemplo, denúncias anônimas sequer existiram efetivamente, e venham a ser utilizadas em desfavor de determinadas pessoas.

Isto não quer dizer que denúncias anônimas não possam ser apuradas, tanto é assim que o entendimento pacifico é que investigações preliminares sejam realizadas antes de instauração de procedimentos e requerimentos de medidas aptas relativizar direitos individuais do réu sejam deferidas.

O reconhecimento de que denúncias anônimas podem ser apuradas e não significou um afastamento da vedação ao anonimato (CF/88, art. 5º, IV) ou da obrigação legal de testemunho (CPP, art. 206). O Código Penal deixa claras essas questões ao prescrever como causa de aumento do crime de denunciação caluniosa o fato de o agente se servir de anonimato (CP, art. 339, § 1º), bem como ao tipificar como falso testemunho a conduta de "negar ou calar a verdade como testemunha" em "processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral" (CP, art. 342, caput).

Talvez por este motivo que a própria reforma legislativa trazida pela Lei 13.964/19, tenha feito constar no art.4º - B da Lei 13.608/18 que *"por relevante interesse público ou para apuração concreta dos fatos a identidade do denunciante poderá ser relevada*." Desta forma o Legislador garantiu que a persecução penal ocorra, e que a identidade do Whistleblower seja revelada, e a partir daí se perceba uma instrução judicial adequada ao réu.

Aceitar que *whistleblowings*[10] anônimos se desemboquem e sejam peça central de um processo penal, é percebido portanto como um traço marcante de um procedimento arbitrário e inquisitorial.

61. Conclusão

Pelo exposto, a crítica que se faz necessária é a tensão entre o anonimato e o sigilo da figura do denunciante frente as garantias individuais do acusado em um processo penal.

O *Whistleblower* atua de maneira voluntária, e com intento de ser recompensado pela sua atuação. Percebe-se, então, que apesar de voluntária, não se trata de uma ação completamente desinteressada.

A partir do momento em que exista uma recompensa, haverá interesse do denunciante em atingir seu 'pote de ouro'. Consequentemente, se tratando de um sujeito interessado, portanto parcial, permitir que a extensão do seu sigilo seja tão elástica, a ponto de adentrar na seara judicial, feriria frontalmente a garantia do contraditório do réu em um processo penal.

Desta maneira, se mostra necessária a definição de um marco temporal à extensão do sigilo de sua identidade, que, aparentemente, deve ser estabelecido a partir do fim do inquérito judicial. Tomando as percepções trazidas por (LOPES JR, 2019, p.160), percebe-se que a atuação do denunciante, sob sigilo, se justifica e se compatibiliza com os atos investigativos, que *"não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese*", ou seja, em que ainda se avalia a provável ocorrência do ilícito.

A manutenção do sigilo sob a identidade Whistleblower durante o tramitar das investigações internas à instituição, e posteriormente durante os atos investigatórios tomados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, coaduna-se com o propósito e a natureza desses atos. Faz sentido que ali o sigilo se mantenha, afinal neste campo ainda se comprovam hipóteses, não fatos.

Entretanto, o mesmo não podendo ser dito sobre os atos praticados judicialmente, que envolvem a observância de direitos e garantias constitucionais asseguradas ao réu quando do procedimento penal, em especial, do contraditório.

[10] Whistleblowing aqui não se confunde Whistleblower, o primeiro diz respeito ao ato de denunciar, a conduta tomada pelo denunciante, ao passo em que o segundo se refere ao denunciante em si, àquele quem denuncia.

O contraditório possibilitará ao acusado a origem e o questionamento da eventual prova, isto é, a origem da informação, quem a realizou e o seu interior teor, para que assim, se necessário, possa contradita-la e construir a sua própria narrativa.

Portanto, parece ser adequado estabelecer como marco temporal limitante à manutenção do sigilo, o fim das investigações, sendo que para o oferecimento da Denúncia em diante, deve a identidade do *Whistleblower* e o conteúdo da denúncia revelados.

62. Referências

ALCÂNTARA, *et al*. In. Guia Prático de Compliance. Organização Isabel Franco. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALVIM, Tiago Cripa. CARVALHO, André Castro. Whistleblowing no ambiente corporativo - Standards internacionais para sua aplicação no Brasil. In: Compliance, Gestão de Riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum: 2018.

BECK, Ulrich, Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2ª ed., 2011.

BECKER, Camila Mauss. Compliance, Autorregulação Regulada e Sistema de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS: 2018

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 17/08/2020.

DUMONT, Paola Alcântara Lima. Canais Institucionais de Denúncia. In: Estudos de Compliance Criminal. Org: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7ª ed. 2012.

FERREIRA, Adriano Valente Torraca. Métodos de Incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas de whistleblowing perante agências e órgãos reguladores brasileiros. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. 2018

GARLAND, David. A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOTTSCHALK, Petter. Whistleblowing: White-Collar Fraud Signal Detection. UK: Cambridge Scholars Publishing, 2018.

JUBB, Peter. Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation. Journal of Business Ethics, n. 1, 1999.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACEDO, Cássio Rocha de. Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate a crimes econômicos fundada em agentes denunciantes. Porto Alegre, 2018.

MICELI, Marcia; NEAR, Janet. Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing. Journal of Business Ethics, v. 4, n. 1, 1985.

PRATES, Felipe Machado. Considerações sobre o anonimato e sigilo de whistleblowers no Brasil. In: Estudos de Compliance Criminal. Org: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SAAD DINIZ, Eduardo. A Criminalidade Empresarial e a Cultura de Compliance. Revista Eletrônica de Direito Penal. Rio de Janeiro: Vol.2, nº 2, 2014, p.112-120.

SAAD DINIZ, Eduardo e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHWARTZ, Tim. A Public Service Whistleblowing, Disclosure and Anonymity. New York: OR Books, 2019.

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

VAUGHN, Robert G. The Successes and Failures of Laws. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2012.

Comparação entre os Regimes Jurídicos do *Whistleblower* ou Informante nos Estados Unidos da América e no Brasil: Algumas Notas sobre a Considerável Deficiência da Atual Disciplina Brasileira do Instituto

Rodrigo Telles de Souza[1]

Resumo: O instituto do *whistleblower*, compreendido como um conjunto de normas de proteção e incentivo ao fornecimento de informações sobre a prática de condutas ilícitas, cometidas em regra no âmbito de organizações hierárquicas de natureza pública ou privada, tem profundas raízes na história e na cultura dos Estados Unidos da América. Diversamente, o Brasil não apresenta uma consolidada tradição de resguardar e estimular a prestação de relatos sobre o cometimento de ilicitudes, especialmente quanto a fatos ocorridos no interior de instituições públicas ou privadas. Quando se compara a experiência norte-americana com a brasileira em relação ao tema, ficam evidentes os significativos defeitos do atual regime jurídico do *whistleblower* no país, mesmo após as modificações introduzidas pela Lei n. 13.964/2019. Essas falhas exigem reformas legais que as supram ou minimizem, aperfeiçoando o instituto.

Palavras-chave: *Whistleblower*; Estados Unidos da América; Brasil; Lei n. 13.964/2019. Deficiências.

Abstract: *The legal concept of whitleblower, related to the set of rules that protect and encourage the furninishing of information about illicit behavior, usually within hierarchical, public or private organizations, is strongly rooted in the history and culture of the United States of America. Conversely, in Brazil there is not a consolidated tradition in preserving and stimulating the report of illegallities, especially those ones occurred in public or private institutions. By comparing the American to the Brazilian experience regarding the theme, the*

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) – 2002. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) – 2012. *Master of Laws* (LLM) pela Universidade de Harvard (*Harvard Law School*) – 2020. Procurador da República do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte (PRRN). Ex-integrante do Grupo de Trabalho da Procuradoria-Geral da República (PGR) para acompanhamento das investigações do Caso Lava Jato perante o Supremo Tribunal Federal.

meaningful deficiencies of the whistleblower legal framework in Brazil become very clear, even considering the ammendments introduced by Law 13,964/2019. Such flaws require reforms that improve the national legal system respecting this point.

Key-words: *Whistleblower; United States of America; Brazil; Law 13,964/2019. Defects.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O REGIME JURÍDICO DO *WHISTLEBLOWER* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; 3. O REGIME JURÍDICO DO INFORMANTE NO BRASIL; 4. ALGUMAS NOTAS SOBRE A CONSIDERÁVEL DEFICIÊNCIA DA ATUAL DISCIPLINA BRASILEIRA DO INSTITUTO DO *WHISTLEBLOWER* OU INFORMANTE; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

---

63. Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma comparação entre os regimes jurídicos do *whistleblower* ou informante nos Estados Unidos da América e no Brasil. Em última análise, pretende-se evidenciar a considerável deficiência da atual disciplina brasileira do instituto, especialmente em face do padrão norte-americano. No entanto, também se almeja propor medidas para sanar, na maior medida possível, as falhas existentes, uma vez que o *whistleblower* ou informante é instrumento essencial, em qualquer sistema jurídico, para a investigação e a dissuasão de ilícitos altamente complexos e lucrativos, cometidos de modo oculto por pessoas profissionalmente qualificadas e competentes em suas áreas de atuação, no interior de organizações hierárquicas de natureza pública ou privada.

A tradução literal da palavra inglesa *whistleblower* corresponde a *tocador de apito*. Seu uso teve início no fim do século XIX, em referência aos policiais americanos que acionavam seus apitos quando presenciavam a ocorrência de um ilícito. Contudo, embora ainda guarde certa relação com sua origem, na segunda metade do século XX, sobretudo a partir da atuação de um célebre defensor do conceito, o americano Ralph Nader, o termo *whistleblower* adquiriu novo significado, mais amplo e complexo do que o antigo. De fato, passou a designar tanto *a pessoa que fornece informações sobre a existência de crimes ou outras ilegalidades*, em especial aquelas cometidas no âmbito de instituições públicas ou privadas, quanto, por

extensão, *as proteções* e *os incentivos* a tal tipo de atitude.[1] Portanto, neste texto, para maior aproximação do seu atual sentido, prefere-se a tradução do termo para o português mediante o uso da palavra *informante*.

A parte principal do trabalho está dividida em três partes. Na primeira, traçam-se as linhas gerais do regime jurídico do *whistleblower* nos Estados Unidos da América, destacando-se sua conexão com importantes acontecimentos históricos que acabaram por se tornar verdadeiros marcos na formação da cultura norte-americana, constituindo uma base sólida para o desenvolvimento do instituto até sua conformação contemporânea. Na segunda, expõem-se os pontos principais da evolução do regime jurídico de proteção e incentivo a informantes no Brasil, a qual culminou, até o momento, na edição da recente Lei n. 13.964/2019, que, alterando a Lei n. 13.608/2018, introduziu significativas mudanças quanto ao tema no contexto brasileiro. Na terceira, tomando-se como modelo o quadro normativo norte-americano, apresentam-se algumas notas sobre a considerável deficiência da atual disciplina do instituto do *whistleblower* ou informante no Brasil, sugerindo-se os necessários aperfeiçoamentos ao sistema jurídico nacional.

Os Estados Unidos da América são o país que mais tem desenvolvido e utilizado, com sucesso, as proteções e os estímulos a *whistleblowers* ou informantes no mundo. Por isso, quando se trata do tema em questão, notadamente em países que, como o Brasil, não têm tradição nessa área, a experiência norte-americana não pode deixar de ser tomada como paradigma.

64. O regime jurídico do *whistleblower* nos Estados Unidos da América

A figura do *whistleblower* tem suas raízes nas chamadas ações *qui tam* do direito medieval inglês. A expressão latina *qui tam* é uma redução da locução maior *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*, a qual significa, em tradução livre, *aquele que age nesta matéria em benefício do rei e em seu próprio benefício*. Trata-se de ações que foram bastante adotadas durante o século XIV na Inglaterra, conferindo-se legitimidade a qualquer pessoa para tomar medidas judiciais na defesa de interesses do Estado ou da

[1] RALPH NADER, PETER PETKAS & KATE BLACKWELL, WHISTLE BLOWING: THE REPORT OF THE CONFERENCE ON PROFESSIONAL RESPONSIBILITY (Grossman Publishers, 1972); CHARLES PETER & TAYLOR BRANCH, BLOWING THE WHISTLE: DISSENT IN THE PUBLIC INTEREST (Praeger, 1972).

monarquia, ficando o interessado que assim agisse com uma parte do proveito econômico obtido com a ação. Serviram para suprir a deficiência da estrutura estatal na época, em especial em áreas como a regulação do comércio e a ordenação urbana, em que particulares agiam para sancionar o descumprimento de regras por outros particulares, recebendo os primeiros uma parcela das multas aplicadas aos segundos.

As ações *qui tam* caíram em desuso na Inglaterra ao longo do tempo, mas adquiriram grande força nos Estados Unidos da América, onde passaram a se relacionar estreitamente à figura do *whistleblower*. Na realidade, no sistema jurídico norte-americano, o instituto do informante se vinculou inicialmente a uma modalidade específica de ação *qui tam*, mas depois ele se expandiu para além desses limites, em uma evolução contínua baseada profundamente na história e na cultura do país.[2]

Logo após a independência da Inglaterra, um episódio assinalou a importância da proteção a pessoas que forneçam informações relevantes a autoridades nos Estados Unidos da América. Em 1777, dois oficiais da marinha norte-americana, Samuel Shaw e Richard Marven, prestaram testemunhos segundo os quais o então comandante-em-chefe da marinha, Esek Hopkins, havia torturado prisioneiros ingleses em um navio durante a Revolução Americana (guerra da independência). Em razão disso, Shaw e Marven foram excluídos dos quadros da marinha e passaram a responder a uma ação criminal ajuizada por Hopkins por ofensa à sua honra. Então, o Congresso resolveu agir para resguardar os informantes, aprovando, em 30 de julho de 1778, uma lei que estabelecia ser dever de toda pessoa a serviço dos Estados Unidos, bem como de todos os seus habitantes, dar informações às autoridades sobre condutas ilícitas de qualquer agente público. Ao mesmo tempo, o legislativo declarou Hopkins culpado e o demitiu. Ainda, houve deliberação congressual no sentido do custeio da defesa dos oficiais no processo movido pelo comandante, tendo sido eles absolvidos ao final.[3]

Posteriormente, em 1863, durante a Guerra Civil Americana, foi aprovado o chamado *False Claims Act*, o qual consiste em uma lei que autorizava cidadãos a ajuizar ações em face de fornecedores do governo federal por fraudes na venda de bens ou na prestação de serviços, bastante comuns naquele contexto, especialmente em relação ao fornecimento de material

[2] ROBERT G. VAUGHN, THE SUCCESSES AND FAILURES OF WHISTLEBLOWER LAWS, 10-87 (Edward Elgar, 2012).

[3] A lei de 30 de julho de 1778 é considerada a primeira norma legal de proteção a informantes nos Estados Unidos. Em referência a ela, o dia 30 de julho passou a ser celebrado como o Dia Nacional do *Whistleblower* no país.

militar. A norma continha a previsão de um incentivo financeiro para a propositura dessas ações, tendo o autor o direito de receber parte do proveito econômico decorrente do processo, em caso de êxito. Tratava-se, portanto, de uma espécie de ação *qui tam*, de origem inglesa. Embora nunca tenha perdido vigência, o *False Claims Act* foi consideravelmente enfraquecido em 1943, a fim de evitar distúrbios no fornecimento de equipamentos militares durante a participação americana na Segunda Guerra Mundial, vindo a cair em desuso a partir de então.

No entanto, nas décadas de 1960 e 1970, estudos em universidades norte-americanas conferiram fundamento para um novo impulso a proteções e incentivos a *whistleblowers* ou informantes. Na Universidade de Yale, Stanley Milgram realizou um experimento para avaliar até que ponto um sujeito continuaria a infligir dor a alguém quando direcionado a tanto por uma autoridade. Ele recrutou pessoas informando-as falsamente que a experiência iria examinar o papel da punição no aprendizado. Uma pessoa ("professor") deveria formular perguntas a uma outra ("aluno"), ao mesmo tempo em que era instruída por um terceiro ("coordenador do experimento") a aplicar choques elétricos ao aprendiz quando as respostas fossem erradas. Quanto mais respostas erradas, maior seria a intensidade dos choques. Os resultados mostraram que 65% dos "professores" continuavam a aplicar choques, apesar dos gritos de dor dos "alunos", evidenciando que a maioria das pessoas tende a seguir ordens ou instruções superiores independentemente do mal que elas causem.[4]

Na Universidade de Stanford, Phillip Zimbardo simulou uma prisão no porão do departamento de psicologia. Os participantes do projeto, escolhidos entre pessoas mentalmente sadias, foram divididos aleatoriamente em "prisioneiros" e "guardas", sendo vestidos e caracterizados como tais. Os "prisioneiros" deveriam obedecer a regras aplicadas pelos "guardas". Apenas alguns dias depois do início do experimento, observou-se que os "guardas" começaram a infligir maus-tratos aos "prisioneiros", que aceitavam isso sem reação, ou seja, pessoas normais, em determinado cenário, tornaram-se "guardas sádicos" e "prisioneiros passivos".[5]

Na Universidade de Princeton, um outro experimento, levado a efeito por John Darley e Daniel Batson, observou estudantes que tinham que atravessar um caminho pelo *campus* para chegar ao local de uma reunião. Ao longo do caminho, os estudantes passavam por um homem

[4] Stanley Milgram, *Obedience to Authority*, 67 Journal of Abnormal and Social Psychology, 371-378 (1965).
[5] PHILLIP ZIMBARDO, THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL, 33 (Random House, 2007).

caído necessitando de ajuda. Verificou-se que os estudantes menos dispostos a prestar auxílio eram aqueles que tinham sido informados de que estavam atrasados para a reunião, ao passo que os estudantes mais propensos a parar e ajudar eram aqueles que haviam sido comunicados de que tinham tempo suficiente. Notou-se que as crenças religiosas dos estudantes tinham pouco peso na decisão de auxiliar ou não o homem necessitado. Concluiu-se que a *situação* em que as pessoas se inserem tende a influenciar mais os seus comportamentos do que a *disposição individual* de cada ser humano.[6]

Esses experimentos indicaram que organizações hierárquicas e contextos institucionais podem induzir pessoas comuns a agir de forma repreensível e acrítica. Ademais, fatores objetivos, em especial pressões inerentes a situações específicas, geralmente se sobrepõem a aspectos subjetivos, como o caráter dos indivíduos, levando-os a se comportar egoística e não altruisticamente. Tudo isso levou a uma maior consciência sobre a fundamental importância de sólidas proteções e fortes incentivos que encorajem *whistleblowers* a superar o silêncio, a inércia, o conformismo e o comodismo favorecidos por instituições hierárquicas ou mesmo por situações individuais, comunicando aos responsáveis pela tomada de providências a ocorrência de ilícitos que presenciarem, sobretudo no âmbito de organizações públicas ou privadas.

Outros acontecimentos históricos da mesma época também reforçaram na cultura norte-americana a necessidade de se resguardar e se estimular o fornecimento de informações sobre a prática de ilicitudes. Na década de 1960, o movimento pelos direitos civis, liderado por Martin Luther King Jr., pregando a luta pela igualdade racial nos Estados Unidos mediante desobediência civil não violenta e resistência pacífica, deixou evidente que a contraposição a injustiças e a abusos de poderes públicos ou privados é um dever moral de todos.

Em 1968, na Guerra do Vietnã, uma divisão do exército americano matou entre 175 e 500 civis vietnamitas desarmados, inclusive mulheres, crianças e idosos, no que ficou conhecido como o massacre de My Lay. Um piloto de helicóptero que presenciou os fatos e agiu no sentido de evitar mais mortes, Hugh Thompson, relatou a situação a seus superiores, mas não houve adequada investigação e muito menos punição dos responsáveis. Em vez disso, o próprio Thompson foi alvo de retaliação, passando a ser designado para missões perigosas que culminaram em graves ferimentos. Apenas posteriormente, um soldado que soube dos fatos por relatos, Ron Ridenhour, comunicou-os a membros do Congresso, levando a providências

[6] John M. Darley & C. Daniel Batson, *"From Jerusalem to Jericho": A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior*, 27 Journal of Personality and Social Psychology 100 (1973).

mais efetivas já em território americano. Ainda assim, após as devidas apurações, houve efetiva responsabilização de apenas um oficial, o tenente William Calley, condenado a uma pena cumprida em prisão domiciliar, restando praticamente impune aquele que até hoje é considerado o maior crime de guerra cometido pelos Estados Unidos.

Na década de 1970, os abusos de poder praticados na presidência de Richard Nixon vieram à tona muitas vezes justamente através de *whistleblowers*, como Daniel Ellsberg e Ernst Fitzgerald. Os ilícitos da gestão Nixon levaram ao *impeachment* e à renúncia presidencial, permanecendo gravados na memória americana e reclamando providências que minimizassem o risco de sua repetição.

Diante de tudo isso, em 1978 foi aprovado o *Civil Services Reform Act*.[7] Em suma, essa norma legal instituiu medidas administrativas de proteção contra represálias a agentes públicos federais que fornecessem informações sobre ilicitudes de que tenham tomado ciência no exercício de suas funções, prevendo inclusive punições a superiores hierárquicos que promovessem tal tipo de retaliação. Em seguida, o Congresso procurou reforçar os incentivos financeiros para a adoção de medidas contra ilícitos que viessem a prejudicar o governo federal, o que ocorreu por meio de reforma do antigo *False Claims Act*, em 1986.[8] Tal lei tornou-se um instrumento eficiente de participação de indivíduos no combate a fraudes contra o patrimônio público federal, as quais passaram a ser sancionadas com multas mais elevadas e com a obrigação de pagamento de três vezes o prejuízo causado ao erário. Continuou a haver legitimidade de qualquer pessoa para o ajuizamento dessas ações, as quais são propostas em sigilo. O governo federal é cientificado no início da demanda, dispondo de 60 dias para investigar os fatos, bem como para aderir ou não à pretensão deduzida em juízo. Se a alegação de fraude for julgada procedente, tendo o governo aderido à ação, o autor pode receber de 15 a 25% do proveito econômico da demanda. Se não houver adesão, governamental, o autor pode receber de 25 a 30% da condenação do responsável pela fraude. Também foram previstas proteções contra reprimendas ao autor no âmbito de suas relações trabalhistas, podendo ele ser

[7] 5 U.S.C. § 2302 (2018). A proteção a agentes públicos federais que se qualifiquem como informantes foi depois aperfeiçoada por meio do *Whistleblower Protection Ac*t, de 1989, e de normas legais posteriores.

[8] Em janeiro de 1986, o público norte-americano assistiu ao vivo pela televisão à tragédia da espaçonave *Challenger*, que explodiu logo após decolar, matando todos os sete astronautas. Posteriormente, soube-se que um prestador de serviços da NASA, o engenheiro mecânico Roger Boisjoly, havia levantado preocupações específicas sobre os defeitos que causaram o acidente, as quais foram ignoradas e mantidas longe do conhecimento dos astronautas que acabaram morrendo. O episódio acabou impulsionando a reforma do *False Claims Act*., para conferir maior proteção e estímulo a *whistleblowers* Boisjoly. A norma passou por outras melhorias recentes, em 2009 e 2010. 5 U.S.C. § 3729-3732 (2018).

reintegrado judicialmente ao emprego, caso tenha sido demitido injustamente por causa da demanda, bem como receber compensação correspondente ao dobro dos danos individuais sofridos, em qualquer hipótese.[9]

O *Civil Services Reform Act* e o *False Claims Act* trataram do *whistleblower* em conexão direta ou indireta com o setor público. Todavia, nos anos subsequentes, houve verdadeira proliferação de leis de proteção e incentivo a informantes no âmbito privado, especialmente em setores regulados pelo poder público, como a segurança do trabalho, o mercado financeiro, a tutela do meio ambiente, as relações de consumo, o mercado de alimentos e a segurança veicular. As mais relevantes dessas normas legais são aquelas relacionadas ao resguardo do mercado financeiro. Em 2002, depois de uma significativa crise econômica causada por fraudes contábeis em grandes empresas que negociavam valores mobiliários em bolsa, em particular a *Enron* e a *WorldCom*, foi editado o *Sarbanes-Oxley Act*, o qual estabelece que o empregado de uma companhia aberta que informar à agência de fiscalização competente, no caso a *Securities and Exchange Commission (SEC)*, a ocorrência de fraudes não pode ser retaliado sob qualquer forma em suas relações trabalhistas, devendo ser reintegrado em caso de demissão e ressarcido se tiver sofrido danos.[10] Posteriormente, em 2010, após outra grande crise econômica originada no âmbito bancário de empréstimos para aquisição de imóveis, foi aprovado o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)*, o qual estipula que um empregado de uma companhia que comunicar às agências competentes, em especial a *SEC*, a prática de fraudes ao mercado financeiro, terá direito, além de proteção contra represálias trabalhistas, a uma participação de 10 a 30% das multas aplicadas aos responsáveis. Essa lei assegurou ao informante, ainda, a possibilidade de prestar informações sob o manto do anonimato, caso em que se faz necessária a sua representação por um advogado. O interessado não precisa ajuizar uma demanda perante o Poder Judiciário, como na hipótese das ações *qui tam*, sendo suficiente o envio de comunicação a agências administrativas, modelo que acabou

[9] De acordo com informações do Departamento de Justiça Norte-Americano, entre 1986 e 2016, ações iniciadas por indivíduos com base no *False Claims Act* resultaram na recuperação de U$ 37.685.000.000,00 (trinta e sete bilhões, seiscentos e oitenta e cinco milhões de dólares) em favor do patrimônio público federal. No mesmo período, as ações de iniciativa do próprio Departamento de Justiça recuperaram U$ 15.347.000.000,00 (quinze bilhões, trezentos e quarenta e sete milhões de dólares), ou seja, menos da metade. A esse respeito, defensores do instituto destacam o seguinte: "*Whistleblowers* agora descobrem 70 por cento das fraudes recuperadas pelos Estados Unidos. *Whistleblowers* foram capazes de detectar e relatar mais fraudes em contratos governamentais do que todos os agentes públicos de fiscalização de contratos, inspetores gerais, advogados públicos e outros burocratas juntos". STEPHEN MARTIN KOHN, THE NEW WHISTLEBLOWER'S HANDBOOK: A STEP BY STEP GUIDE TO DOING WHAT'S RIGHT AND PROTECT YOURSELF, XIII (Globe Pequot, 2017).

[10] 18 U.S.C. § 1514A (2018).

sendo adotado por todas as outras normas federais sobre *whistleblower*, em um aperfeiçoamento das antigas leis de recompensa.[11]

As proteções e os incentivos a informantes passaram a ser tão valorizadas nos Estados Unidos da América que até mesmo estrangeiros que nem sequer residam no país podem ser qualificados como *whistleblowers* de acordo com a legislação norte-americana, beneficiando-se de sua tutela. Isso ocorre, por exemplo, nos casos de corrupção praticada no exterior por empresas que negociem ações em bolsas americanas, sendo tais atos passíveis de punição conforme o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).*[12] Como a fiscalização de violações a tal norma legal é feita pela *SEC* em conjunto com o Departamento de Justiça americano, informantes estrangeiros de atos de corrupção internacional ocorridos no exterior e enquadráveis no *FCPA* podem se beneficiar das proteções e dos incentivos a *whistleblowers* do *Dodd-Frank Act*, obtendo não só a tutela das autoridades dos Estados Unidos contra represálias trabalhistas, mas também a participação de 10 a 30% nas multas aplicadas pelas agências norte-americanas.

Ao lado de várias leis específicas que concedem proteção e incentivo a *whistleblowers* em diferentes áreas, podem ser apontadas algumas normas legais de caráter genérico. Uma delas é o dispositivo que considera crime de obstrução de justiça, com pena de até 10 anos de prisão e multa, a retaliação contra informantes.[13] Outra é o *Defend Trade Secrets Act*, que concede imunidade civil e criminal a *whistleblowers* pela violação de segredos comerciais realizada com o propósito de informar a ocorrência de ilícitos a autoridades.[14]

Vale ressaltar, ainda, que, nos Estados Unidos, as leis de proteção e incentivo a *whistleblowers* não existem apenas no nível federal, protegendo interesses federais enumerados pela Constituição.[15] Diversos Estados adotaram legislação semelhante, no exercício de sua competência legislativa geral, havendo em nível estadual tanto diplomas legais semelhantes ao *False Claims Act*, prevendo a legitimidade de indivíduos para ajuizar ações *qui tam* em casos de fraudes a contratos governamentais, com participação do autor no proveito econômico da demanda, quanto leis que concedem estímulos financeiros para o simples fornecimento de informações a agências do governo que culminem na aplicação de multas administrativas, sem

[11] 15 U.S.C. § 78u-6 (2018).
[12] 15 U.S.C. § 78dd-1 (2018).
[13] 18 U.S.C. § 1513e (2018).
[14] 18 U.S.C. § 1833(B)(1)(A) (2018).
[15] U.S. Const. art. I, § 8, cl. 19; id. amend. X.

que se exija a propositura de medidas judiciais, em um modelo mais conhecido e difundido de incentivo a informantes. Em qualquer caso, contudo, normalmente existem medidas de resguardo do *whistleblower* contra represálias.

No que diz respeito à jurisprudência, os principais julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o tema do *whistleblower* se relacionam à interação entre o instituto e a liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, não se podendo ainda apontar uma jurisprudência definida quanto ao assunto. No caso *Pickering v. Board of Education of Township High School District*, a Corte considerou que um professor de escola pública não pode ser demitido pelo fato de escrever uma carta a um jornal local criticando a administração escolar pela adoção de determinadas medidas para arrecadar dinheiro destinado à construção de novas unidades, uma vez que se trataria de matéria de interesse público que pode ser abordada pelo professor no exercício de sua liberdade de expressão como qualquer cidadão, configurando a demissão uma indevida represália pelo regular desempenho de um direito.[16] Em *Nixon v. Fitzgerald*, decidiu-se que o Presidente não responde por reparação de danos sofridos por agente público que foi demitido, por ordem presidencial, por ter prestado testemunho ao Congresso relatando superfaturamento e problemas técnicos em projeto de desenvolvimento de uma aeronave militar no âmbito do Pentágono, fazendo-se prevalecer a imunidade do chefe do Poder Executivo relativa a atos de seu ofício sobre a proteção ao depoente derivada da Primeira Emenda.[17] Já no caso *Garcetti v. Ceballos*, a Corte entendeu que o assistente de um promotor pode sofrer retaliações, como mudança de atribuições, transferência de lotação e negativa de promoção, pelo fato de, no exercício de suas funções, tecer considerações críticas sobre supostos defeitos por ele detectados em um procedimento de busca e apreensão, na medida em que essas observações se inserem no âmbito de suas atribuições como agente público, não estando por isso protegidas pela liberdade de expressão, que somente protegeria particulares.[18] Esse último precedente foi bastante criticado pelos defensores dos *whistleblowers*, tendo sido apontado como um retrocesso. No entanto, posteriormente, a Corte parece ter-se reorientado. Com efeito, em *Lane v. Franks*, julgou-se que uma empregada pública federal não pode ser demitida pelo fato de prestar depoimento na justiça em determinado sentido, uma vez que um agente público não pode ser retaliado pelo que

[16] *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968).
[17] *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982).
[18] *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

diga em juízo sob juramento, sobre assunto de interesse público, como ocorre com qualquer cidadão, estando a situação protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos.[19]

Todos esses precedentes citados se relacionam a *whistleblowers* no setor público, sendo o entendimento da Suprema Corte um tanto vacilante quanto à maior ou menor valorização e proteção à figura do informante. Em um julgado sobre o instituto no setor privado, a Corte evitou estender a proteção legal ao *whistleblower* com base na liberdade de expressão constitucionalmente prevista. Realmente, no caso *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*, compreendeu-se que uma empresa pode demitir um empregado pelo fato de ele ter relatado uma pretensa fraude financeira usando apenas os canais internos de recebimento de denúncias da própria empresa, pois a proteção contra esse tipo de retaliação prevista no *Sarbanes-Oxley Act* e no *Dodd-Frank Act* somente incide quando o empregado prestar informações à *Securities and Exchange Commission*, não podendo o judiciário ampliar tal tutela, ainda que com fundamento na Primeira Emenda.[20] Tal precedente também foi recebido com certo desapontamento pelos defensores da figura do *whistleblower*.

No Brasil, o *whistleblower* não tem apresentado o mesmo desenvolvimento que se observa nos Estados Unidos da América. Isso é o que se infere da análise dos principais traços da evolução do instituto no sistema jurídico brasileiro.

65. O regime jurídico do informante no Brasil

No sistema jurídico brasileiro, não existe uma ação *qui tam* como a prevista no *False Claims Act*. A ação popular, disciplinada na Lei n. 4.717/1965, é a que mais se aproxima disso. Contudo, embora por meio da ação popular qualquer cidadão possa defender o interesse público, agindo no sentido da decretação da nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e da consequente reparação de danos causados ao erário, não há qualquer participação do autor no montante eventualmente recuperado. O máximo que ele pode obter é o ressarcimento de custas processuais, despesas extrajudiciais e honorários advocatícios (art. 12). Na verdade, não existem incentivos legais para o ajuizamento desse tipo de demanda. O autor não conta nem mesmo com proteções específicas contra retaliações ou represálias.

[19] *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228 (2014).
[20] *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*, 583 U.S. ___ (2018).

Na realidade, tradicionalmente, o sistema jurídico brasileiro limitou-se a adotar uma única medida de resguardo a informantes, a qual consiste na proteção à identidade, especialmente por meio do anonimato. E mesmo essa providência tem sido alvo de questionamentos, principalmente com base no art. 5º, inciso IV, da Constituição de 1988, que veda manifestações do pensamento anônimas.[21]

Com efeito, a Lei n. 8.443/1992, que trata do Tribunal de Contas da União, previa, em seu art. 55, § 1º, a possibilidade de o órgão federal de controle externo em questão manter em sigilo a autoria de denúncias de irregularidades por ele investigadas. Todavia, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.405/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, exatamente com base na proibição constitucional ao anonimato.[22] Em seguida, a Resolução n. 16/2006 do Senado Federal suspendeu tal preceito legal.

Nada obstante, as polícias brasileiras sempre recorreram a informantes para obter dados acerca de atividades criminosas. No julgamento de questão de ordem no Inquérito n. 1.957/PR, ao defender a admissibilidade de notícias de crime anônimas, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim ressaltou em seu voto que "é prática comum da polícia ter seus informantes".[23] Esses informantes, típicos *whistleblowers*, normalmente têm suas identidades preservadas, para sua própria segurança pessoal, bem como para garantia da continuidade eficaz dos trabalhos policiais. Ressalte-se, também, que se disseminou a prática, ainda que informal, de remunerar ou recompensar financeiramente tais informantes pelo auxílio que prestam à polícia.

Nesse mesmo sentido, em especial a partir de meados da década de 1990 no Rio de Janeiro, teve início a criação de serviços privados, em colaboração com o poder público, chamados *disque-denúncia*, os quais consistem no recebimento, por meio telefônico, de informações sobre a prática de crimes, com seu subsequente repasse à polícia.[24] Diante do êxito

[21] No presente trabalho, faz-se uma análise sintética da questão do anonimato, centrada em sua relação com o instituto do *whistleblower* no Brasil. Para um exame mais amplo e aprofundado do tema, sugere-se uma obra do próprio autor: RODRIGO TELLES DE SOUZA, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E VEDAÇÃO AO ANONIMATO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO (Juruá, 2013).

[22] STF, Tribunal Pleno, MS n. 24.405/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.12.2003, m.v, RTJ 192/665.

[23] STF, Tribunal Pleno, INQ n. 1.957/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.05.2005, m.v, RTJ 196/101.

[24] A criação do disque-denúncia brasileiro foi inspirada precisamente na atitude de uma organização privada norte-americana, a *Crime Stoppers*, que surgiu em 1976, em decorrência do esclarecimento, a partir do recebimento de informações anônimas por telefone, de um homicídio ocorrido no ano anterior em

da iniciativa, o próprio poder público, nos âmbitos federal e estadual, passou a disponibilizar serviços de recepção de notícias sobre a prática de infrações penais. Para a formulação de comunicação desse tipo, não se exige a identificação do comunicante. No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* n. 84.827/TO, ao sustentar a possibilidade de aceitação de comunicações anônimas de crimes, o Ministro Carlos Britto salientou exatamente o seguinte: "Eu volto a lembrar: não há programa de política criminal ou, pelo menos, de investigação criminal de maior êxito que o 'disque denúncia'. O 'disque denúncia' significa o quê? É um chamamento à cidadania para, mantendo o anonimato, colaborar com as autoridades policiais".[25]

A propósito, vale mencionar, ainda, a Lei n. 9.807/1999, que cuida da proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. A norma legal em referência estabelece, em seu art. 7º, inciso IV, como medida possivelmente adotada em benefício da pessoa protegida, a preservação da identidade, da imagem e de dados pessoais. Tal tutela, todavia, afigura-se bastante precária, uma vez que o dispositivo não deixa claro se a preservação por ele mencionada ocorrerá ou não mediante anonimato. Além disso, o diploma legal parece condicionar essa proteção à prévia existência de uma ameaça.

No entanto, logo em seguida, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico duas normas internacionais extremamente relevantes em tema de *whistleblower* ou informante. A primeira foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1966, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 152/2002 e promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002, a qual, em seu artigo III, item 8, prevê a obrigação de que cada Estado adote sistemas para proteger funcionários públicos e particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive com a proteção de sua identidade. A segunda foi a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, conhecida como Convenção de Mérida, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 348/2005 e promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, a qual, em seu artigo 13, item 2, estabelece que cada Estado adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos de luta contra a corrupção, bem como facilitará o acesso a tais órgãos para formulação de denúncia, inclusive anônima.

Albuquerque, no Estado do Novo México, nos Estados Unidos (Crime Stoppers International, *https://csiworld.org/about-us*, último acesso em 06.05.2021).

[25] STF, 1ª Turma, HC n. 84.827/TO, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2007, m.v, DJU de 23.11.2007, p. 79.

Alguns anos depois, em 2010, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão, no *Habeas Corpus* n. 95.244/PE, em que anunciou a consolidação do entendimento da Corte sobre a admissibilidade da instauração de investigações com base em comunicações de ilícitos formuladas por pessoas não identificadas. De acordo com o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, diante de uma delação anônima, a autoridade investigante deve realizar diligências preliminares para confirmar os fatos narrados, podendo, após essa confirmação, instaurar formalmente uma investigação: "Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa 'denúncia' são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações".[26] Esse entendimento permanece inalterado até os dias atuais.

Embora resolvida a questão da admissibilidade de notícias anônimas de ilícitos para fins investigatórios, até recentemente, o Brasil não contava com legislação específica sobre a figura do *whistleblower*. O primeiro passo, nada obstante tímido, nesse sentido foi dado pela Lei n. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O diploma legal em questão, no seu art. 9º, § 1º, incisos III e IV, preceitua que as empresas públicas e sociedades de economia mista devem elaborar e divulgar um código de conduta e integridade que disponha sobre um canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento de tal código e das demais normas éticas e obrigacionais internas, bem como sobre mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação à pessoa que utilize esse canal de denúncias. Entretanto, além de a hipótese de incidência de tais regras ter-se restringido a violações a normas internas da empresa, não houve especificação de quaisquer instrumentos de proteção do informante contra represálias, assim como nem sequer se mencionou a possibilidade de instituição de incentivos, muito menos financeiros, à formulação de denúncias.

Por outro lado, a Lei n. 13.608/2018 procurou regular, com bastante atraso, a instituição dos serviços de disque-denúncia e o pagamento de recompensa a informantes, duas coisas que já existiam há muito tempo na prática. O art. 2º de tal norma legal estabelece que os Estados estão autorizados a criar serviços de recebimento de denúncias por telefone, assim como a celebrar convênio com entidades privadas para prestação desses serviços. O art. 3º proclama

[26] STF, 1ª Turma, HC n. 95.244/PE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.03.2010, m.v, RTJ 214/441.

que o informante que se identificar terá assegurado o sigilo dos seus dados, o que indica que a lei admite que o informante não se identifique, ou seja, aceita denúncias anônimas. O art. 4º preceitua que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer formas de recompensa, inclusive em dinheiro, pela prestação de informações úteis para a prevenção, repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos.

Finalmente, na primeira tentativa de inclusão do instituto do *whistleblower* no sistema jurídico brasileiro tal como ele se encontra atualmente delineado no sistema jurídico norte-americano, a Lei n. 13.964/2019 acrescentou os arts. 4º-A, 4º-B e 4º-C à Lei n. 13.608/2018. O primeiro dispositivo estabelece que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público", assegurando imunidade civil e penal referente ao relato razoável do informante que tenha agido de boa-fé. O segundo dispositivo, de modo ambíguo, estatui que a identidade do informante será preservada, mas poderá ser revelada, com seu prévio consentimento, em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos, o que aponta no sentido da inadmissibilidade de comunicações anônimas. O terceiro dispositivo garante ao informante proteção contra retaliações, tais como demissão arbitrária, mudança de funções, sanções disciplinares, perdas remuneratórias e recusa ao fornecimento de referências positivas, estabelecendo que a prática desse tipo de represália configurará falta grave passível de demissão a bem do serviço público. Por fim, de acordo com os dois últimos parágrafos do art. 4º-C, o informante tem direito ao recebimento do dobro dos danos causados por eventuais medidas retaliatórias, bem como pode receber até 5% do valor recuperado em favor do erário quando as informações por ele fornecidas se referirem a crimes contra a administração pública.

Sem dúvidas, até hoje, as novidades introduzidas pela Lei n. 13.964/2019 na Lei n. 13.608/2018 caracterizam-se como o maior passo dado pelo Brasil rumo à criação de um regime jurídico do informante mais próximo do modelo do *whistleblower* nos Estados Unidos da América. Contudo, esse passo ainda foi demasiadamente tímido e um notadamente trôpego. De fato, o tratamento normativo do instituto, no contexto brasileiro, continua bastante deficiente, em especial quando se tem em vista a experiência norte-americana.

66. Algumas notas sobre a considerável deficiência da atual disciplina brasileira do instituto do *whistleblower* ou informante

A primeira grande falha dos novos dispositivos da Lei n. 13.608/2018, acrescentados pela Lei n. 13.964/2019, diz respeito à *ausência de clareza quanto ao seu alcance*. O *caput* do art. 4º-A da Lei n. 13.608/2018 estabelece que e*ntidades da administração pública direta e indireta* devem criar unidades de ouvidoria ou correição para assegurar o direito de relatar informações sobre a prática de *crimes contra a administração pública e ilícitos administrativos*. Paralelamente, o § 1º do art. 4º-C dispõe que o cometimento de represálias ao informante caracteriza *falta disciplinar* que enseja *demissão a bem do serviço público*. Em conformidade, o § 3º do mesmo dispositivo restringe a recompensa financeira em favor do informante aos casos de relatos de *crimes contra a administração pública.* Tais dispositivos indicam que o mais recente regime jurídico do *whistleblower* no Brasil se limitou ao *setor público*, desconsiderando-se o largo e importante campo de atuação de informantes no *setor privado*. No entanto, nem sequer isso fica muito evidente, pois o mesmo *caput* do art. 4º-A da Lei n. 13.608/2018 assegura a *qualquer pessoa* o direito de relatar *quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público*. No mesmo sentido, o art. 4º-B, ao tratar da preservação da identidade do *whistleblower* como medida de proteção, alude a informantes em geral. De igual modo, o *caput* do art. 4º-C, disciplinando a tutela do *whistleblower* contra retaliações, pode ser entendido como abrangente de agentes públicos, bem como de empregados e prestadores de serviços de empresas particulares. De qualquer forma, o ideal seria a edição de uma nova legislação que dirima a dúvida, instituindo um amplo regime jurídico do informante, que contemple tanto o setor público como o setor privado. Como o instituto do *whistleblower* envolve proteções trabalhistas contra represálias, uma lei desse tipo deve ser federal, em observância à competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição de 1988.

Outro defeito considerável da Lei n. 13.608/2018, após as mudanças da Lei n. 13.964/2019, relaciona-se à *falta de identificação precisa do destinatário dos relatos protegidos*. Aparentemente, a norma legal tutela apenas os relatos feitos às *unidades de ouvidoria ou correição* de entidades da administração pública direta ou indireta. No entanto, existem, pelo menos, *três níveis* de destinatários de comunicações de informantes. O *primeiro* consiste nos *canais internos de denúncias das empresas* nas quais o *whistleblower* mantém

relação de emprego ou prestação de serviço. O *segundo* é composto por todos *os órgãos ou entidades públicas de fiscalização* da área regulada em que os fatos ocorreram, abrangendo não só unidades de ouvidoria ou correição, mas também a *polícia* e o *Ministério Público*, os quais nem sequer foram mencionados pelo novo regime jurídico do informante. O *terceiro* é a *mídia*, sendo a imprensa um relevante instrumento de veiculação de informações sobre ilícitos, exercendo ela uma função essencial de fiscalização e controle de poderes públicos e privados em um regime democrático. Uma nova legislação sobre *whistleblower*, mais clara e completa, deve especificar os pressupostos de proteção do informante por relatos feitos a cada um desses destinatários, eventualmente estabelecendo ordens de preferência entre eles, sem desconsiderar, por óbvio, a prioridade, perante todos, para o recebimento e tratamento de tais informações, dos órgãos e das entidades públicas, em especial a polícia e o Ministério Público, que têm função essencialmente investigatória.

Além disso, o art. 4º-B da Lei n. 13.608/2018, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, estabeleceu como medida de proteção do informante a *mera preservação de sua identidade*. Todavia, a mesma regra admite a possibilidade de revelação dessa identidade *em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos*, hipóteses não muito bem definidas. A norma ainda cria uma confusão em seu parágrafo único, o qual preceitua que a revelação da identidade do *whistleblower* ocorrerá mediante comunicação prévia e concordância formal dele. Não se esclarece, contudo, qual seria o efeito da ausência de concordância do informante. Ele teria a palavra final, e a sua identidade não seria revelada? A justiça poderia determinar essa revelação contra a vontade dele? A resistência do informante em revelar sua identidade, nos casos de relevante interesse público ou interesse concreto para a investigação dos fatos, proibiria ou de algum modo limitaria a consideração e o uso, para fins investigatórios, do relato por ele feito? Todas essas questões poderiam ser evitadas se o novo regime jurídico do *whistleblower* simplesmente tivesse instituído o *anonimato como medida de proteção ao informante*, já que as comunicações de ilícito anônimas são admitidas pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, conforme já destacado, como base para diligências investigativas preliminares. De resto, a possibilidade de revelação da identidade, ainda que em casos específicos, constitui fator de desestímulo a informantes, pelo risco que essa divulgação envolve, o que acaba por enfraquecer bastante o instituto. Vale ressaltar que, no regime jurídico norte-americano, a revelação da identidade de um

whistleblower, por si só, configura medida de retaliação ou represália proibida. Uma nova legislação deve corrigir esse sério problema do regime jurídico do informante brasileiro.

Ademais, a Lei n. 13.608/2018, com as mudanças da Lei n. 13.964/2019, *sanciona de forma insuficiente as represálias* contra *whistleblowers*. O § 1º do art. 4º-C da norma legal em questão apenas dispõe que as retaliações a informantes configuram ilícito disciplinar punível com *demissão a bem do serviço público*. Além de a regra somente oferecer tutela contra represálias oriundas de agentes públicos (os quais são os únicos demissíveis a bem do serviço público), prevê-se sanção de caráter meramente administrativo-disciplinar. Mesmo que se pretendesse limitar essa proteção a medidas adotadas por agentes públicos contra informantes, a prática desse tipo de retaliação deveria ser considerada, no mínimo, ato de improbidade administrativa reprimido pela Lei n. 8.429/1992. Contudo, especialmente em decorrência da necessária ampliação do regime jurídico do *whistleblower* ao setor privado, é indispensável, paralelamente, *tipificar as represálias a informantes como crime grave*. O ideal seria o sistema jurídico brasileiro prever um crime de obstrução de justiça mais amplo, que não se limite à perturbação de investigações ou processos referentes a organizações criminosas, como atualmente consta do art. 2º da Lei n. 12.850/2013, mas que abranja investigações ou processos em geral e contemple, entre suas condutas proibidas, as retaliações contra *whistleblowers*, tal como ocorre nos Estados Unidos da América. Também nesse ponto, fica evidente a imprescindibilidade de legislação federal para aperfeiçoamento do regime jurídico do instituto, em face da competência privativa da União para legislar sobre direito penal (art. 22, inciso I, da Constituição de 1988).

Por fim, *um dos maiores incentivos a informantes foi incompreensivelmente pouco valorizado* pelas alterações da Lei n. 13.964/2019 à Lei n. 13.608/2018, o que talvez seja o problema mais evidente do novo regime jurídico do *whistleblower* no Brasil. Com efeito, o § 3º do art. 4º-C do diploma legal em referência *limitou a recompensa financeira* em favor de informantes aos casos de relatos de crimes contra a administração pública. Não se sabe exatamente se essa categoria de crimes contra a administração pública se refere apenas aos delitos assim previstos no Código Penal ou se também contempla infrações penais que prejudicam órgãos e entes públicos e que são tipificadas em leis específicas sem o expresso rótulo de *crime contra a administração pública*, tais como os crimes licitatórios, os crimes próprios de prefeitos municipais e outros. De resto, ainda que se adote uma interpretação mais ampla da regra, um regime jurídico de *whistleblower* minimamente satisfatório, inclusive no

que diz respeito aos respectivos incentivos financeiros, não pode ser tão restrito, devendo abranger crimes em geral, além de ilícitos administrativos.

Não bastasse isso, o dispositivo em comento foi *ainda mais contido*, pois fez o estímulo financeiro a *whistleblowers* ser calculado com base no *valor recuperado*, o que equivale a limitar a recompensa aos casos de crimes contra a administração pública que *gerem prejuízos ao erário*. A estratégia mais adequada, contudo, seria incluir na base de cálculo para a recompensa financeira ao informante também as multas, sejam elas civis, penais ou administrativas, tal como ocorre nos diversos casos de estímulo a *whistleblowers* no sistema jurídico norte-americano. Basta pensar em crimes graves contra a administração pública que não acarretam danos materiais diretos à administração pública ou que não ensejam, pelas particularidades de cada situação concreta, a recuperação de valores ao patrimônio público. Isso pode acontecer em casos de corrupção em que há mero pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos para a prática de atos administrativos lícitos e regulares, sem um prejuízo imediatamente identificável ao erário, sendo o repasse da propina realizado de modo disfarçado, seguido de sofisticadas estratégias de lavagem de dinheiro para ocultação e dissimulação do produto do crime. Em tais situações, é bastante provável que não haja recuperação de valores, seja por não se comprovar efetivamente a existência de danos materiais, seja pelos próprios limites das apurações. No entanto, deixar um informante que comunicou os fatos aos órgãos de investigação sem uma recompensa financeira, em casos que tais, apenas por não ter havido recuperação de valores pelo Estado, afigura-se bastante injusto. A expressa inclusão das sanções pecuniárias, sejam elas multas civis, multas penais ou multas administrativas, na base de cálculo da recompensa financeira a *whistleblowers* minimizaria essa falha.

No mesmo sentido, observa-se que *o percentual máximo para o cálculo da recompensa financeira a whistleblowers foi fixado em patamar muito baixo*, de tão-somente 5% (cinco por cento) dos valores recuperados. Nos Estados Unidos, esse percentual em regra varia de um mínimo de 15% (quinze por cento) a no máximo 30% (trinta por cento), englobando ainda não somente danos ao erário ressarcidos, mas também sanções pecuniárias, como já destacado.[27] O percentual *máximo* brasileiro é de apenas 1/3 (um terço) do percentual mínimo mais comum no regime jurídico norte-americano. Fica claro, pois, o excesso de acanhamento do legislador

[27] A legislação norte-americana de proteção contra poluição oceânica e tráfico de animais e plantas silvestres, o *Act to Prevent Pollution from Ships (APPS)*, estabelece o maior percentual de recompensa financeira a *whistleblowers*, o qual pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das sanções civis e criminais aplicadas a infratores. 33 U.S.C. § 1908(a).

brasileiro, deixando muito a desejar em termos de incentivo a *whistleblowers*. Uma reforma legal deve ampliar as hipóteses de incidência, alargar a base de cálculo e majorar o percentual desse estímulo financeiro.

67. Conclusão

O Brasil não tem uma tradição consolidada de resguardar e estimular a prestação de relatos sobre o cometimento de ilicitudes, especialmente quanto a fatos ocorridos no interior de instituições públicas ou privadas. Ao estabelecer um regime jurídico de proteção e incentivo a informantes, é recomendável que o país se inspire na experiência dos Estados Unidos da América, onde a figura do *whistleblower* se desenvolveu intensamente com base em profundas raízes históricas e culturais.

As alterações da Lei n. 13.964/2019 à Lei n. 13.608/2018, as quais estabeleceram a mais recente disciplina do informante ou *whistleblower* no sistema jurídico brasileiro, são manifestamente deficientes, em especial quando se consideram os padrões norte-americanos. Para que o Brasil disponha de um regime jurídico que adequadamente regule o instituto, essencial para a investigação e dissuasão da prática de ilícitos altamente complexos e lucrativos, cometidos de modo oculto por pessoas profissionalmente qualificadas e competentes em suas áreas de atuação, no interior de organizações hierárquicas de natureza pública ou privada, faz-se necessária a edição de uma nova legislação federal que contenha as seguintes medidas:

a) estabelecimento de modo claro das proteções e dos incentivos a *whistleblowers* tanto em relação ao setor público quanto em relação ao setor privado, tutelando agentes públicos, bem como empregados e prestadores de serviços de empresas particulares, referindo-se a todos os tipos de infrações penais, abrangendo não somente crimes contra a administração pública, mas também crimes em geral;

b) esclarecimento sobre os destinatários dos relatos protegidos, contemplando os canais internos de denúncias de empresas, os órgãos e as entidades públicas de fiscalização da área regulada em que os fatos ocorrerem, abrangendo inclusive a polícia e o Ministério Público, assim como a mídia em geral, estabelecendo-se eventualmente ordens de preferência entre cada um desses destinatários, sem desconsiderar a prioridade de órgãos e entidades públicas, em especial a polícia e o Ministério Público, que têm função essencialmente investigatória, para o recebimento e tratamento de tais informações;

c) previsão do anonimato como medida de proteção ao informante, admitindo-se que relatos anônimos sobre ilícitos sejam recebidos e propiciem diligências preliminares que os confirmem, viabilizando então a instauração formal de uma investigação, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, eliminando-se a possibilidade de revelação da identidade do *whistleblower*, a qual há de ser considerada inclusive como uma modalidade de represália ou retaliação proibida;

d) tipificação das represálias ou retaliações a informantes como infração penal grave, de preferência por meio da previsão de um crime de obstrução de justiça mais amplo do que o atualmente descrito no art. 2º da Lei n. 12.850/2013, o qual proteja investigações ou processos em geral e contemple, entre suas condutas proibidas, as retaliações contra *whistleblowers*; e

e) ampliação das hipóteses de incidência, alargamento da base de cálculo e majoração do percentual da recompensa financeira a *whistleblower*s, de modo que esse estímulo seja cabível nos casos de relato de quaisquer crimes ou ilícitos administrativos, incida não só sobre o valor de prejuízos recuperados ao erário, mas também sobre sanções pecuniárias em geral (multas civis, administrativas e penais), bem como seja calculado, pelo menos, em até 30% (trinta por cento) do montante em questão.

68. Referências

Crime Stoppers International, *https://csiworld.org/about-us*, último acesso em 06.05.2021.

CHARLES PETER & TAYLOR BRANCH, BLOWING THE WHISTLE: DISSENT IN THE PUBLIC INTEREST (Praeger, 1972).

John M. Darley & C. Daniel Batson, *"From Jerusalem to Jericho": A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior*, 27 Journal of Personality and Social Psychology 100 (1973).

PHILLIP ZIMBARDO, THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL, 33 (Random House, 2007).

RALPH NADER, PETER PETKAS & KATE BLACKWELL, WHISTLE BLOWING: THE REPORT OF THE CONFERENCE ON PROFESSIONAL RESPONSIBILITY (Grossman Publishers, 1972).

ROBERT G. VAUGHN, THE SUCCESSES AND FAILURES OF WHISTLEBLOWER LAWS (Edward Elgar, 2012).

RODRIGO TELLES DE SOUZA, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E VEDAÇÃO AO ANONIMATO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO (Juruá, 2013).

Stanley Milgram, *Obedience to Authority*, 67 Journal of Abnormal and Social Psychology, 371-378 (1965).

STEPHEN MARTIN KOHN, THE NEW WHISTLEBLOWER'S HANDBOOK: A STEP BY STEP GUIDE TO DOING WHAT'S RIGHT AND PROTECT YOURSELF (Globe Pequot, 2017).

Métodos de incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas brasileiros de Whistle-Blowing à luz do projeto de lei nº 3.165/2015

Thiago Bottino[1]

Adriano Valente[2]

Resumo: O estudo apresentar as vantagens e os inconvenientes da adoção dos progrmas *whistle-blowing* que contam com a adoção cada vez maior pela generalidade dos países. Para tanto, procede-se a uma análise crítica do Projeto de Lei n. 3.165/2015, que visa instituir o programa de incentivo à revelação de informações de interesse público, apresentando seus pontos positivos e negativos.

Palavras-chave: *Whistle-blowing* no Brasil – Projeto de Lei n. 3.165/2015 – sistema de reporte pelo agente público – remuneração do informante.

Tanto as empresas quanto a Administração Pública, de forma geral, naturalmente representam âmbitos de penetração difícil para a atuação da Polícia e de outros órgãos fiscalizatórios. Consequentemente, uma porcentagem extremamente elevada de atos ilícitos cometidos em tais ambientes jamais é descoberta e permanece para sempre impune.[1]

Diante dessa dificuldade, nos últimos anos os poderes públicos de diversos ordenamentos estrangeiros seguem apostando em incentivar que seus cidadãos, ao tomarem

[1] Mestre e Doutor em Direito, PUC-Rio, 2008. Pós-Doutor pela Columbia Law School, 2014. Professor da graduação e membro do corpo docente permanente da Pós-graduação Stricto Sensu da FGV DIREITO RIO. Professor Associado de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Visitante na Columbia Law School (2018). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Conselheiro do IBCCRIM.

[2] Advogado e Mestre em Direito e Regulação pela FGV-RIO

[1] RAGUÉS, Ramón."El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidade corporativa:'whistleblowing' interno vs.'whistleblowing' externo". In: Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal, PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Víctor (dir.), Madrid: Edisofer, 2014, p. 459.

conhecimento de condutas praticadas em desacordo com a lei, reportem tais fatos às autoridades e recebam como contrapartida proteção e eventualmente recompensas.

Na literatura estrangeira, modelos de legislações que regulamentam institutos semelhantes são tradicionalmente denominados como *Whistle-Blowing Programs* e, basicamente, possuem como objetivo principal a detecção de atos ilícitos que dificilmente seriam descobertos pelos órgãos fiscalizadores responsáveis sem a colaboração dos indivíduos denunciantes.

Em termos gerais, iniciativas como essa oferecem um conjunto de medidas para a proteção e recompensas para a pessoa que, de boa-fé e em prol do interesse público, proceda à revelação de informações de que tenha conhecimento.

Fato é que, em virtude dos resultados positivos alcançados em contextos estrangeiros, os Programas *Whistle-Blowing* são apresentados (de forma quase negligente) como um modelo de sucesso infalível e absoluto para o aumento no número de denúncia realizadas. Propomos, contudo, que essa simplificação falha em não observar diversos riscos e desvantagens associados aos sistemas baseados em incentivos positivos.

De qualquer modo, não negamos que os incentivos monetários parecem, de fato, ter uma promessa considerável enquanto métodos de incentivo à denúncia de irregularidades. No entanto, assim como os sistemas tradicionais de "comando e controle" podem estar sujeitos a falhas, o uso de recompensas e incentivos positivos também pode levar a consequências indesejáveis.

Por isso, acreditamos que os legisladores brasileiros devem estar conscientes de suas desvantagens, riscos e efeitos colaterais potenciais apontados a seguir, bem como atentos as formas de contorná-los de forma eficiente e segura.

Numa ponta, acreditamos que as sanções positivas devem ser estabelecidas na forma da promessa de recompensas para os *whistle-blowers* que apresentem informações a respeito de infrações relevantes e que culminem com a recuperação de valores para o erário ou aplicação de multas, mas com ressalva de que o legislador cuide para que a legislação sobre o tema não permita abusos por parte das autoridades públicas, dos reportantes ou de agentes detentores de posição privilegiada no acesso às informações.

Embora não seja a única iniciativa legislativa sobre o tema, escolhemos o Projeto de Lei nº 3.165/2015, subscrito pelo Deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), como ponto de partida

para analisar, de forma mais aprofundada, aspectos controversos ou que de alguma forma ainda precisam ser aprimorados pelo legislador.

Nesse caminho, analisaremos a seguir os seguintes temas: (1) inclusão de ilícitos administrativos como reportes elegíveis, (2) deveres legais de denúncia *versus* recompensas financeiras, (3) conceito e elegibilidade dos *whistle-blowers* (4) controle da origem de informações privilegiadas, (5) inclusão de coautores ou partícipes em programas remunerados de incentivo à denúncia, (6) percentual de remuneração e (7) filtros para o recebimento e processamento dos relatos.

69. Inclusão de ilícitos administrativos como reportes elegíveis.

De algum modo, parece natural o pensamento de que os atos criminosos devem figurar como foco para o recebimento de denúncias por partes dos órgãos públicos. No entanto, o alcance dos Programas de *Whistle-Blowing* não se restringe ao âmbito penal, de forma que os reportes podem se relacionar a variados atos de corrupção, violações a regras de trabalho, conduta ímproba, antiética ou outros fatos ilegais ou irregulares que devam ser de conhecimento das autoridades, em razão de interesse público.[2]

Nesse sentido, um dos principais acertos relacionados ao Projeto de Lei nº 3.165/2015 é a inclusão de atos de improbidade administrativa como eleitos para o recebimento de reportes (Art. 2º).[3]

A razão principal é bastante clara: deixar ilícitos de outras naturezas excluídos dos reportes elegíveis retira a possiblidade de que diversas irregularidades importantes e graves sejam descobertas, por exemplo, por órgãos administrativos e agências reguladoras.

Para compreender a questão, basta considerar, por exemplo, que a efetividade na atuação de órgãos reguladores vai bastante além da esfera criminal, passando também pela necessidade do aprimoramento de ferramentas para a identificação de infrações e atividades indesejadas principalmente no campo administrativo, controlando riscos sistêmicos e a estabilidade setorial.

[2] OLIVEIRA, J. M. F. A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 27 de maio de 2018.

[3] Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se informação de interesse público a delação, notícia ou o fornecimento de qualquer peça de informação, dado, referência, indício ou prova capaz de ensejar ou auxiliar a apuração, processamento e julgamento de ação ou omissão que configure crime ou ato de improbidade administrativa.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.014 | ISSN: 2764-1899

Portanto, embora o estigma atribuído aos crimes seja naturalmente maior por parte da sociedade, seria um erro desprezar que existem infrações administrativas com impacto igualmente nocivo para setores regulados, sem que faça qualquer sentido a vinculação obrigatória entre a figura do *whistle-blower* e ilícitos de natureza exclusivamente penal.

70. Deveres legais de denúncia *versus* recompensas financeiras

No Brasil, via de regra, os deveres legais de denúncia se dividem de formas diferentes para agentes públicos e cidadãos comuns. Fora do exercício de função profissional, ambos se encontram desobrigados de comunicar às autoridades irregularidades das quais tiverem conhecimento. Contudo, no exercício de atividades laborais, a comunicação não realizada por algumas categorias de funcionários esbarra em dispositivos legais que transformam essa omissão em infração.

O caso mais relevante e abrangente para o Projeto de Lei nº 3.165/2015 trata-se do Artigo 116, IV, da Lei 8.112/90, o qual estabelece como um dos deveres de os agentes sob seu regime jurídico "levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo". Mais adiante, a mesma legislação prevê penalidades para o descumprimento desse dever funcional.

Destarte, é possível que esse sistema de denúncia compulsória seja apontado como incompatível à implementação de programas remunerados de incentivo à denúncia perante órgãos públicos no Brasil. Em outras palavras: o exercício de uma conduta obrigatória (denúncia de atos ilícitos observados no exercício do cargo) do agente público sob o regime jurídico da Lei 8.112/90 não permitiria o recebimento de contrapartidas financeiras de natureza premial, em sentido semelhante ao Projeto aqui analisado.

A preocupação com a questão se justifica pelo seguinte: na literatura, observamos com certa frequência a utilização do termo *whistle-blowing* apenas como uma liberação voluntária de informação, desassociando o ato de denúncia a qualquer forma de coação legal ou organizacional[4]. Nesse caminho, levando-se a questão ao extremo, haveria um impedimento

[4] Cf. BOATRIGHT, John. Ethics and the Conduct of Business (Prentice Hall, New Jersey), 2000; CHIU, Randy. Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control. Journal of Business Ethics, n. 1/2, p. 65, 2003; JOHNSON, Roberta Ann. Whistleblowing: When It Works and Why. School Library Journal, n. 6, p. 177, 2003; ROCHA, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e á Lavagem de Dinheiro – ENCCLA (2016).

absoluto para que os indivíduos submetidos a deveres legais de denúncia participem de programas remunerados de reportes.

Sobre o tema, embora possa ser apropriado que algumas profissões específicas tenham a obrigação de denunciar, defendemos que esse dever não deve de forma alguma ser generalizado a todos os funcionários de organizações ou categorias excessivamente abrangentes. Acreditamos também que a existência de tais deveres de denúncia, por si só, não parece decisivo o suficiente para que um agente público resolva em favor da denúncia de irregularidades, ainda mais considerando como extremamente remota a probabilidade de sua punição em caso de descumprimento.

Explicamos: ainda que a Lei 8.112/90 preveja alguma sanção negativa pela omissão dos agentes sob seu regime jurídico, certo é que a princípio se trata de penalidade branda (advertência) e com baixíssima probabilidade de ocorrência. Sobre esse aspecto, muito embora seja difícil o acesso aos dados a respeito da real taxa de punições já aplicadas com base no dever previsto no Artigo 116, IV, da Lei 8.112/1990[5], pressupomos que tais penalidades administrativas provavelmente representem um meio quase simbólico de coerção.

Com efeito, embora não enxerguemos confronto insuperável entre os deveres de denúncia previstos pelo Artigo 116, IV, da Lei 8.112/1990 e os sistemas de recompensas inerentes aos Programas *Whistle-Blowing*, na hipótese de incompatibilidade vislumbrada pelo legislador, a melhor escolha disposta seria a revogação do dispositivo infraconstitucional mencionado (artigo 116, IV, da Lei 8.112/90).

71. Conceito e elegibilidade dos *whistle-blowers*

Em tradução literal da língua inglesa para a portuguesa, o termo "*whistle-blower"* representa a junção das palavras "apito" (*whistle*) e "soprador" (*blower)*, remetendo à ideia de um indivíduo que, tomando conhecimento de determinada situação irregular, deseja chamar a atenção das autoridades responsáveis por sua fiscalização.

No entanto, a conceituação exata dos termos "*whistle-blower"* (agente denunciante) *e "whistle-blowing"* (ato de denunciar) enfrenta tratamentos bastante díspares por parte da

[5] Art. 116. São deveres do servidor: (...)VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011).

literatura especializada, dos ordenamentos jurídicos estrangeiros e de orientações internacionais sobre suas melhoras práticas.

NEAR & MICELI (1985), por exemplo, classificam o termo "*whistle-blowing"* como "*ato de revelação, por parte de membros ou ex-membros de determinada organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, direcionadas à pessoas ou organizações capazes de realizar ações contra os fatos reportados*".[6] A rigor, nessa proposta de definição são excluídas as denúncias realizadas por indivíduos sem histórico de vínculos com a organização relacionada às infrações relatadas.

O Conselho Europeu (2014)[7], em sentido semelhante, relaciona o termo "*whistle-blowing"* à denúncia contendo informações a respeito de ações ou omissões que representem ameaça ou dano ao interesse público, mas apenas quando enfrentadas pelo reportante no curso de seu trabalho.

Em direção diversa, outros autores e documentos apresentam definições mais abrangentes do instituto. A Convenção Interamericana contra a Corrupção (2002), ao tratar da figura do *reportante*, por exemplo, sugere a criação e fortalecimento de sistemas que protejam tanto funcionários públicos quanto os cidadãos particulares que de boa-fé denunciarem atos ilícitos, sem especificar restrições por vínculos organizacionais[8].

Em semelhante sentido, encontramos na literatura nacional a definição de ROCHA (2016), o qual propõe para o termo "*whistle-blower"* o seguinte significado:

> "[P]essoa que, detendo posição privilegiada de acesso a dados e informações de uma organização, sem ter obrigação legal, voluntariamente relata, a uma competente autoridade pública, um ato de interesse público, sobre fatos que entende ilegais, não triviais, ou outras irregularidades sob o controle de uma rganização e que podem configurar atos de corrupção, fraudes ou violação de um sistema normativo ou regulatório".9

[6] NEAR, Janet; MICELI, Marcia. Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing. Journal of Business Ethics, v. 4, n. 1, 1985, p.3.

[7] COUNCIL OF EUROPE. Protection of whistleblowers: Recommendation CM/Rec (2014), p. 11. Disponível em: https://rm.coe.int/16807096c7

[8] Referendada pelo Decreto nº 4.410/2002, a Convenção, ao utilizar a expressão "atos de corrupção", também trata como eleito para as proteções sugeridas apenas um grupo restrito de ilícitos.

[9] ROCHA, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e á Lavagem de Dinheiro – ENCCLA (2016). Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1/subsidios-para-implantacao-de-programas-dewhistleblower-no-brasil/view. Acesso em: 21/05/2018.

Nota-se que nesse caso as infrações elegíveis são tratadas de forma genérica e não são propostas limitações quanto à existência de vínculos entre o reportante e a organização relacionada aos fatos relatados. É possível observar, entretanto, uma restrição imposta pelo autor para os indivíduos que possuam deveres legais de denúncia, os quais de acordo com tal perspectiva não poderiam ser classificados como *whistle-blowers.*

Encontramos restrições semelhantes também defendidas por JUBB (1999):

> "O whistleblowing é um ato deliberadamente não obrigatório de divulgação, que é registrado publicamente e é feito por uma pessoa que teve ou teve acesso privilegiado a dados ou informações de uma organização, sobre ilegalidade não trivial ou outras irregularidades reais, suspeitas ou antecipado que implica e está sob o controle dessa organização, para uma entidade externa com potencial para corrigir o delito (...) [W]histleblowing é uma ação escolhida, não uma feita sob juramento ou sob algum tipo de coação, como ameaças."[10]

Em sentido idêntico, encontramos nas pesquisas de BOATRIGHT (2000)[11] e CHIU[12] (2003) a utilização do termo *whistle-blowing* apenas como uma liberação voluntária de informação, desassociando o ato de denúncia a qualquer forma de coação legal ou organizacional. JOHNSON[13] (2003), ao elencar os elementos integrativos do instituto, também apresenta a 'voluntariedade' como parte indissociável à figura do denunciante.

Nossa revisão também permitiu notar que parte expressiva da literatura oferece restrições baseadas nos canais buscados pelo observador de irregularidades. Nesse sentido, observamos a posição de FARRELL & PETERSON[14] (1982), GRAHAM[15] (1986) e VAN

[10] Tradução livre de*: "Whistleblowing is a deliberate non-obligatory act of disclosure, which gets onto public record and is made by a person who has or had privileged access to data or information of an organisation, about non-trivial illegality or other wrongdoing whether actual, suspected or anticipated which implicates and is under the control of that organisation, to an external entity having potential to rectify the wrongdoing (...) [W]histleblowing is a chosen action, not one done under oath or under some kind of duress such as threats."* In: JUBB, Peter. Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation. Journal of Business Ethics, n. 1, p. 77, 1999.

[11] BOATRIGHT, John. Ethics and the Conduct of Business (Prentice Hall, New Jersey), 2000.

[12] CHIU, Randy. Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control. Journal of Business Ethics, n. 1/2, p. 65, 2003.

[13] JOHNSON, Roberta Ann. Whistleblowing: When It Works and Why. School Library Journal, n. 6, p. 177, 2003.

[14] FARRELL, Dan; PETERSEN, James. C. Patterns of Political Behavior in Organization. Academy of Management Review, [s. l.], v. 7, n. 3, p. 403-412, 1982.

[15] GRAHAM, Jill. Principled organizational dissent: A theoretical essay. In B. M. Staw & L. L. Cummings (Eds.), Research in Organizational Behavior, v.8 Greenwich, CT: JAI Press, 1986.

DYNE[16] et al. (1995), todos sustentando a posição de que os denunciantes internos não se enquadram à figura do *whistle-blower*.

Outra divergência observada diz respeito à natureza dos atos ilícitos definidos como reportáveis. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2007), por exemplo, sugere a necessidade de proteção efetiva aos *whistle-blowers*, mas os classifica de forma restritiva como pessoas, de boa-fé e com motivos razoáveis, que denunciem às autoridades apenas alguma das condutas relacionadas aos atos de corrupção previstos no texto do Tratado[17].

Ainda sobre a natureza das infrações, a partir da análise de modelos já implementados também percebemos legislações desenvolvidas de forma específica apenas para o setor público ou privado.

A respeito dessas classificações propostas, no entanto, fazemos ressalvas sobre as limitações observadas. Diversos atos ilícitos são realizados por meio da colaboração concomitante entre cidadãos ligados à iniciativa pública e privada. É exatamente o que propõe ROCHA (2016) em trabalho de apoio à implementação de Programas *Whistle-Blowing* no Brasil, posição com a qual concordamos:

> "[T]endo a empresa corrompido um funcionário público, ou praticado ela mesma uma importante violação de regra setorial, tais ações possivelmente podem chamar a atenção tanto de um funcionário da repartição pública na qual o funcionário público corrupto trabalha quanto de um colega do setor privado que trabalha na empresa que promoveu a corrupção ou aquiesceu a ela."[18]

Nesse sentido proposto pelo autor, para que exista um funcionário estatal corrupto, é necessária também a existência de uma contraparte corruptora, muitas vezes representada por particulares sem vínculos diretos com a Administração Pública.

---

[16] VAN DYNE, Linn; PARKS, McLean. (1995). Extra-role behaviors: In pursuit of construct and definitional clarity (A bridge over muddied waters). In L. L. Cummings & B. M. Staw (Eds.), Research in Organizational Behavior (Volume 17, pp. 215-285). Greenwich, CT: JAI Press.

[17] UNCAC, Art. 33. "*Cada Estado-Parte considerará incorporar ao seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra qualquer tratamento injustificado a qualquer pessoa que relate, de boa-fé e com base em motivos razoáveis, perante as autoridades competentes, quaisquer fatos relativos aos crimes estabelecidos em conformidade com a presente Convenção."* Tradução livre de: *"Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competente authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention."*

[18] ROCHA, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e á Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, p.18.

Exemplificaremos, para melhor compreensão. Considere-se o caso de uma empresa pagadora de propinas a um ou mais funcionários de determinada repartição estatal. Tanto funcionários ligados à corporação privada quanto agentes relacionados ao órgão público provavelmente poderiam oferecer às autoridades fiscalizadoras importantes contribuições para a detecção da infração cometida.

Dessa forma, assim como nas limitações relacionadas à existência de vínculos profissionais aos órgãos ou empresas nos quais ocorreram os fatos relatados, acreditamos que a escolha por filtros demasiadamente restritivos pode desestimular colaborações relevantes para a detecção de diversos atos ilícitos.[19]

Portanto, por um lado, sem prejuízo das diversas definições possíveis para os termos apresentados, acerta o Projeto de Lei nº 3.165/2015 ao conferir em seu artigo 3º um tratamento razoavelmente expansivo à figura do *whistle-blower*, especialmente ao dispensar a obrigatoriedade de vínculos laborais e ao não restringir o Programa apenas ao setor público ou privado.[20]

No entanto, a iniciativa legislativa falha ao não oferecer mecanismos adequados para o controle da origem de informações privilegiadas obtidas por determinados grupos de indivíduos, ponto tratado na seção seguinte.

72. Controle da origem de informações privilegiadas

Outra ressalva importante é que não identificamos no corpo do Projeto analisado uma preocupação robusta com a cadeia de custódia dos relatos recebidos, de forma a impedir que agentes públicos utilizem de sua posição ou cargo em atividades de fiscalização para o comércio ou transação de informações privilegiadas sobre ilícitos.

Aqui, dois pontos devem ser destacados.

[19] No plano estrangeiro, a mesma ressalva foi proposta por BANISAR: "[A] comprehensive law should apply to both the public and private sector. Wrongdoing is not just done by one or the other." BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments. Corruption And Transparency: Debating The Frontiers Between State, Market And Society, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, 2011

[20] Art. 3º Qualquer pessoa, por ato voluntário e espontâneo, de boa-fé, pode revelar informações de interesse público, devendo fazê-lo perante autoridade policial ou administrativa, o Ministério Público ou o juiz competente.

O primeiro deles é ausência de regras, no PL, acerca da estruturação de unidades recebedoras de relatos, como sugerido no trabalho desenvolvido pela Transparência Internacional[21].

> Art. 11. As Unidades de Recebimento de Relatos deverão ser constituídas de modo a assegurar, entre outros, os seguintes padrões mínimos de serviço:
>
> I – ampla divulgação da sua existência e dos meios de acesso aos serviços de protocolo de relatos, assegurando-se, inclusive, o acesso digital por meio dos sítios dos órgãos ou entidades na rede mundial de computadores;
>
> II – registro e processamento dos relatos recebidos por reportantes, assegurando-lhes o acesso a informações sobre o encaminhamento do relato e os procedimentos instaurados, e a ciência sobre o resultado da apuração, ressalvadas as informações protegidas por sigilo;
>
> III – preservação da identidade do reportante no recebimento e encaminhamento de relatos, ressalvadas as exceções previstas neste Título;
>
> IV – publicação anual de dados e estatísticas sobre o desempenho do respectivo Programa;
>
> V – canal de comunicação para a solução de dúvidas sobre o Programa e procedimentos para a apresentação de relatos;
>
> VI – disponibilização de manual sobre o Programa, com informações sobre os requisitos para o recebimento de relatos e os critérios mínimos ou indicativos de relevância estabelecidos pelo órgão ou entidade, com demonstração do meio de apuração;
>
> VII – permanente identificação dos membros da Unidade de Recebimento de Relatos perante o reportante e o público.

Ao pretender instituir um "Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público", o Projeto de Lei deve, necessariamente, indicar como serão estruturados os órgãos recebedores dessas informações, bem como será feito o processamento das mesmas. Tal providência não apenas assegura maior rigor e transparência no tratamento das informações, como assegura maior controle contra eventuais abusos.

Ademais, a criação de regras para o recebimento e processamento das informações no âmbito público certamente orientará a criação de organismos semelhantes na iniciativa privada,

[21] Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/Novas%20Medidas%20Contra%20a%20Corrupc%cc%a7a%cc%83o%20Completo.pdf?sequence=12&isAllowed=y. Acesso em 21 de novembro de 2019.

sendo certo que muitas empresas já começam a estruturar programas próprios de *compliance*, os quais contam, em regra, com procedimentos para revelação de informações relativas à irregularidades.

Em segundo lugar, acreditamos ser necessário que o Projeto vede a possibilidade de que funcionários com acesso privilegiado a informação sobre ilícitos (policiais, investigadores e agentes lotados em órgãos de monitoramento) recebam recompensas financeiras por denunciarem fatos descobertos em razão de cargo ou função fiscalizadora. Chamamos a atenção também da necessidade do estabelecimento de controles para que tais agentes não repassem tais informações para terceiros (amigos ou familiares), os quais atuariam como verdadeiros "laranjas" para o recebimento dos valores oferecidos pela legislação.

73. Inclusão de Coautores ou Partícipes em Programas Remunerados de Incentivo à Denúncia

O artigo 14 do Projeto de Lei nº 3.165/2015 prevê a possiblidade de que o agente público autor de revelação seja coautor ou partícipe do crime ou ato de improbidade administrativa reportado às autoridades[22]. Ainda que o texto proposto apresente em seguida a redução ou vedação do valor pago ao reportante nesses casos, acreditamos que essa inclusão despertará na opinião pública a acusação de imoralidade pela remuneração de transgressores e provavelmente reforçará ainda mais o estigma negativo já relacionado ao instituto do *whistle-blowing*.

Dessa forma, pelo menos num primeiro momento, acreditamos que os programas remunerados de incentivo à denúncia não devem ser direcionados aos indivíduos diretamente envolvidos ou beneficiados pelos atos ilícitos relatados, restringindo-se as recompensas para os casos da colaboração de agentes que não compactuaram com as posturas dos indivíduos infratores e não possuem nenhuma relação de envolvimento com o erro observado.

Sobre esse ponto, não desconsideramos o fato de que a barganha entre Estado e cidadãos envolvidos em atos criminosos encontra-se já presente no ordenamento jurídico brasileiro, como nos casos dos institutos da delação premiada e acordos de leniência. Ponderamos,

[22] Art. 14, inciso III, § 2º: Se da apuração dos fatos revelados o juiz competente concluir que o agente público autor de revelação seja coautor ou partícipe do crime ou ato de improbidade administrativa a ela relativo, reduzirá o valor da compensação a que tiver direito, de acordo com as circunstâncias do caso, ou vedará seu pagamento.

contudo, que recompensas de natureza monetária transmitem um simbolismo totalmente diferente da concessão de benefícios como a atenuação de penas.

A ideia que se passa no primeiro caso é a de premiação por algum ato nobre e louvável, enquanto no segundo exemplo relaciona-se mais claramente com uma ideia de perdão estatal e benevolência pelo arrependimento do infrator.

Portanto, defendemos que num primeiro momento os modelos brasileiros de legislação *Whistle-Blowing* apenas ofereçam recompensas monetárias aos reportantes não envolvidos na atividade ilícita denunciada. Nada impede, contudo, que a partir do desenvolvimento dos programas e da evolução de pensamento e afinidade da sociedade com o instituto seja possível cogitar avanços para a forma de recompensar financeiramente também os diretamente envolvidos com o crime.

74. Percentual de Remuneração

Acerta o Projeto de Lei nº 3.165/2015 quando protege os *whistle-blowers* de forma concreta contra várias espécies diferentes de retaliação, oferecendo ainda a execução das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, além da proibição de remoção ou redistribuição de ofício e a possibilidade da alteração de lotação, com ou sem modificação de sede ou quadro, quando indispensável à manutenção de integridade física ou psicológica do *whistle-blower*.

No entanto, ressalvamos que nem todas sanções de revanche praticadas contra reportantes se consubstanciam em atos tão claros como violência física, demissões, transferências do local de trabalho ou reduções salariais. A distribuição de cargos e funções dentro do ambiente empresarial, por exemplo, podem se consubstanciar como instrumentos de retaliação tratados internamente como escolhas meramente discricionárias por parte dos superiores hierárquicos.

Assim também funcionam o isolamento social por outros colegas trabalho e a violência psicológica de superiores que submetem os funcionários à inação ou exercício de afazeres pouco úteis, outras espécies de escolhas que em diversas ocasiões dispensam os empregadores da concessão de justificativas formais e concretas.

Parte das retaliações, portanto, são práticas de difícil comprovação e proteção legal efetiva, tornando a escolha pela denúncia uma resposta pouca segura para os observadores de ilícitos. Por essa razão, até mesmo as medidas legais propostas podem ser insuficientes para a

proteção, de forma que as recompensas financeiras surgem como fator decisivo para desequilibrar a balança em favor do reporte.

No entanto, observamos que o teto percentual de compensação fixado pelo Projeto de Lei nº 3.165/2015 encontra-se abaixo de outros modelos estrangeiros com relevância no cenário internacional. É o caso, por exemplo, do Programa estabelecido pela *Securities and Exchange Commission (SEC)*, agência federal relacionada aos Títulos e Câmbio dos Estados Unidos a qual atualmente oferece recompensas que variam entre 10% e 30% do valor das sanções monetárias coletadas em ações movidas a partir de informações fornecidas por *whistle-blowers*.

Trata-se de uma questão simples. Assim como a reprovação (relacionada às sanções negativas) se sente e exprime com diferentes graus de intensidade, a aprovação, (relacionada a sanção positiva), também deve observar tratamento semelhante.[23] Dessa forma, o *quantum* de incentivo oferecido deve ser sempre proporcional ao grau de sacrifício envolvido no ato estimulado.[24]

Portanto, é preciso equilibrar os incentivos à participação no programa, sendo certo que em determinados casos, valores de recompensa maiores são necessários para estimular os indivíduos a reportarem fatos graves e cujas consequências de retaliação sejam maiores.

75. Filtros para o Recebimento e Processamento dos Relatos

Deixamos também em nossas conclusões a respeito do Projeto de Lei nº 3.165/2015 uma ressalva de que os Programas *Whistle-Blowing não* parecem adequados para o combate de infrações brandas ou quaisquer irregularidades pontuais de reduzido impacto. Inicialmente, assim como a aplicação realizada nas melhores práticas do contexto internacional, vislumbramos maior acerto quando a iniciativa legislativa encontra-se aplicada a setores envolvendo altos riscos sistêmicos ou quando as infrações reportadas afetem de forma realmente substancial o interesse e segurança pública.

Sugerimos, nesse aspecto, a inserção nos termos do Projeto de filtros para o recebimento e processamentos dos reportes semelhantes ao aplicado pela *Securities and Exchange Commission* (SEC) em seu Programa *Whistle-Blowing*, no sentido de que a contrapartida financeira apenas seja oferecida aos relatos que colaborem para a aplicação de multas ou

[23] RADCLIFFE-BROWN, Alfred. Social Sanction. Encyclopaedia of the Social Sciences, voI. XIII, 1934.
[24] GRABOSKY, Peter. Regulation by Rewards: On the Use of Incentives as Regulatory Instruments in Law & Policy, Vol. 17, No 3, 1995, p. 274.

recuperação de valores superiores a um patamar monetário mínimo estabelecido, evitando um número elevado de reportes irrelevantes e permitindo que a atenção do Programa se volte às informações verdadeiramente importantes.[25]

Há outro ponto: o art. 5º do Projeto de Lei não prevê a possibilidade de arquivamento dos relatos que não possuam elementos suficientes e razoáveis para seu encaminhamento à autoridade fiscalizadora ou correcional. Se a lei não previr que tais relatos possam ser arquivados, mas, ao contrário, obrigar que toda espécie de comunicação seja encaminhada ao Ministério Público ou órgãos correcionais, há um grave risco de ineficiência para alcançar as finalidades propostas no Projeto de Lei.

No caso, bastaria acrescer o art. 5º com um inciso V prevendo que a autoridade a qual a revelação for realizada "rejeitará e determinará o arquivamento de relatos que não apresentem elementos suficientes e razoáveis para seu encaminhamento à autoridade fiscalizadora ou correcional".

76. Conclusão

No corpo desse trabalho, expusemos alguns dos principais riscos, vantagens e desvantagens atribúidas aos sistemas de reportes baseados em recompensas financeiras, traçando seus paralelos e pontos de contato possíveis com o Projeto de Lei nº 3.165/2015, até agora iniciativa mais robusta para a implementação de Programas *Whistle-Blowing* no Brasil.

Concordamos que os resultados positivos colhidos em experiências estrangeiras realmente justificam a discussão do tema no Congresso. No entanto, a inovação merece certo tipo de cuidado e que se olhe para a questão com doses extras de atenção, sem deixar de observar as particularidades brasileiras e os riscos inerentes a esse tipo de instituto.

Destacamos também nossa advertência de que a justificativa de combate à corrupção a qualquer custo retornou ao Brasil resultados desastrosos nos últimos anos, especialmente com o atropelamento de garantias fundamentais dos investigados e acusados, sempre em troca da ideia de efeciência e celeridade em procedimentos e processos criminais.

[25] As recompensas monetárias previstas pelo modelo americano somente são pagas ao whistle-blower pela agência quando os relatos fornecidos resultam em uma ação de sanção e execução superior à US$ 1 (um) milhão. (Doddy Frank Act. Sec. 240. 21F-2) Nesse sistema, são excluídas da possiblidade de retribuições financeiras, portanto, as denúncias sobre infrações triviais ou que não retornem para a Securities and Exchange Commission a recuperação de valores desviados ou aplicação de multas.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.014 | ISSN: 2764-1899

Portanto, nossa ideia ao final do trabalho é que os legisladores brasileiros estejam conscientes de todos os aspectos e efeitos colaterais potenciais analisados, bem como atentos as formas de contorná-los de forma eficiente e segura. Esperamos, dessa forma, ter antecipado soluções e proporcionado subsídios importantes para futuras discussões e defesas favoráveis à regulamentação de Programas *Whistle-Blowing* no Brasil.

77. Referências Bibliográficas

BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments. Corruption And Transparency: Debating The Frontiers Between State, Market And Society, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, 2011.

BOATRIGHT, John. Ethics and the Conduct of Business (Prentice Hall, New Jersey), 2000.

CHIU, Randy. Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control. Journal of Business Ethics, n. 1/2, 2003.

COUNCIL OF EUROPE. Protection of whistleblowers: Recommendation CM/Rec, 2014. Disponível em: https://rm.coe.int/16807096c7

FARRELL, Dan; PETERSEN, James. C. Patterns of Political Behavior in Organization. Academy of Management Review, [s. l.], v. 7, n. 3, 1982.

GRABOSKY, Peter. Regulation by Rewards: On the Use of Incentives as Regulatory Instruments in Law & Policy, Vol. 17, No 3, 1995.

GRAHAM, Jill. Principled organizational dissent: A theoretical essay. In B. M. Staw & L. L. Cummings (Eds.), Research in Organizational Behavior, v.8 Greenwich, CT: JAI Press, 1986.

JOHNSON, Roberta Ann. Whistleblowing: When It Works and Why. School Library Journal, n. 6, 2003.

JUBB, Peter. Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation. Journal of Business Ethics, n. 1, 1999.

NEAR, Janet; MICELI, Marcia. Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing. Journal of Business Ethics, v. 4, n. 1, 1985.

OLIVEIRA, J. M. F. A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 27 de maio de 2018.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred. Social Sanction. Encyclopaedia of the Social Sciences, voI. XIII, 1934.

RAGUÉS, Ramón."El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidade corporativa:'whistleblowing' interno vs.'whistleblowing' externo". In: Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal, PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Víctor (dir.), Madrid: Edisofer, 2014.

ROCHA, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e á Lavagem de Dinheiro – ENCCLA (2016). Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1/subsidios-para-implantacao-de-programas-dewhistleblower-no-brasil/view. Acesso em: 21/05/2018.

VAN DYNE, Linn; PARKS, McLean. (1995). Extra-role behaviors: In pursuit of construct and definitional clarity (A bridge over muddied waters). In L. L. Cummings & B. M. Staw (Eds.), Research in Organizational Behavior (Volume 17, pp. 215-285). Greenwich, CT: JAI Press.

Whistleblowing e Poder Judiciário

Vlamir Costa Magalhães[1]

Resumo: Discorre-se sobre o instituto *whistleblowing* sob a perspectiva histórica e contemporânea, analisando o seu tratamento por parte dos tribunais, examinando a jurisprudência tanto de cortes de justiça do Brasil como do estrangeiro, por intermédio do exame de casos concretos.

Palavras-chave: Denúncias de irregularidades – proteção ao informante – Jurisprudência

Sumário: 1. Terminologia. 2. Breve histórico. 3. Desdobramentos contemporâneos. 4. *Whistleblowing* e Poder Judiciário. 4.1 *Whistleblowing* e o Supremo Tribunal Federal. 4.2 *Whistleblowing* e a Suprema Corte dos EUA: o caso Garcetti vs. Ceballos. 4.3 *Whistleblowing* e a Corte Europeia de Direitos Humanos. 4.3.1. O caso Guja vs. Moldávia. 4.3.2 O caso Bucur y Toma vs. Romênia. 5. Conclusões. 6. Referências.

78. Terminologia

O termo *whistleblower* advém do idioma inglês e pode ser traduzido para o vernáculo português para designar o indivíduo que sopra (*to blow* = soprar) o apito (*whistle*). Há também quem a vincule à conduta daquele que toca o sino, que mais se aproximaria da expressão *bell-ringer*. A figuração seria baseada no antigo hábito de policiais ingleses, que costumavam fazer soar um pequeno apito ou sino para avisar aos transeuntes sobre a presença ou fuga de um delinquente.[1]

Em qualquer hipótese ou formato linguístico, a origem e o sentido da conduta estão ligados à finalidade de advertir sobre a ocorrência de um ato ilícito, isto é, alertar entidades, superiores hierárquicos, autoridades estatais ou a sociedade como um todo sobre o cometimento

[1] Mestre e Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal.
[1] RAGUÉS Y VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 19.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.015 | ISSN: 2764-1899

de condutas ofensivas à ordem jurídica de maneira geral, abrangendo situações havidas tanto no setor privado, quanto episódios que afetem o serviço, o patrimônio ou o interesse público.[2]

79. Breve histórico

De início, há que se esclarecer que o fomento à denúncia de irregularidades e ilicitudes em geral não constitui novidade tão recente na história dos ordenamentos jurídicos. Contudo, somente a partir do quarto final do século XX, o termo *whistleblower* passou a ser empregado no universo corporativo para tecer referência ao indivíduo que denuncia o cometimento de ilegalidade praticada no curso de determinada atividade econômicoempresarial, da qual tomou conhecimento em razão de seu respectivo exercício profissional.

Na Roma Antiga, por exemplo, pessoas que fornecessem informações úteis ao Fisco, facilitando a cobrança de tributos em face de sonegadores, fariam jus a compensações pecuniárias calculadas com base em percentual do valor arrecadado. Tal contrapartida era fundamentada na ideia derivada da expressão latina *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* (aquele que traz o caso em nome do Rei ou de seu próprio interesse).[3]

Posteriormente, no contexto da Guerra da Secessão (1861-1865), nos EUA, a denominação passou a recair sobre indivíduos que detinham atribuições ligadas à segurança pública (vide, *v. g.*, a atuação dos *sheriffs*) em regiões desprovidas de representação mais consistente do Poder Público. Nesta fase, tem lugar os famosos cartazes ofertando recompensas para quem desse notícias sobre o paradeiro de criminosos, fossem eles encontrados vivos ou mortos.[4]

---

[2] ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil*, p. 2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536078>. Acesso em: 20/09/2019.

[3] É importante frisar que sua função englobava a comprovação dos fatos delatados, sob pena de serem castigados como caluniadores e não receberem o *praemia delatorum*. GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 208. Há quem aponte que o instituto seria baseado no costume medieval derivado da expressão latina *qui tam*, que expressaria que se a revelação resultasse em recuperação de dinheiro para o rei, o denunciante faria jus a uma parcela do valor recuperado. Assim ocorrendo, os cidadãos se sentiriam encorajados a ajudar o governo e seriam recompensados por isso, em nome da autoridade real. KOHN, Stephen Martin. *The whistleblower´s handboo*k: a step-by-step guide to doing what´s right and protecting yourself. Guilford/Connecticut: Lyons, 2011, p. 5. Sobre o tema, confira-se também: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: RT, 2019, p. 178.

[4] KOHN, Stephen Martin. *The whistleblower´s handboo*k... op. cit., p. 209.

No entanto, o pioneiro marco normativo a ser expresso e específico acerca de uma disciplina para estimular a denúncia de irregularidades remonta à edição do *False Claims Act*, lei norteamericana que, em 02/03/1863, passou a estabelecer o pagamento de uma recompensa[5] para denunciantes, que foi fixada entre 15 e 25% dos valores recuperados de fornecedores desonestos, que ofertavam cavalos enfermos, alimentos estragados e armamento defeituoso ao Exército.[6]

Na década de 1960, o instituto reapareceu por meio de uma sucessão de leis protetoras de direitos civis[7], que funcionaram como ferramenta de resistência frente aos abusos do poder econômico por parte de grandes corporações, tendência intensificada, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial.

Nas últimas décadas, o estabelecimento, por parte das empresas, de canais(chamados de *hotlines* ou líneas éticas)[8] para a realização de denúncias anônimas de ilicitudes passou a ser reconhecido como um instrumento a serviço do ideal de excelência na governança institucional, verdadeira demonstração de boa cidadania corporativa (*good corporate citizenship*).

A partir dos anos 2000, diversos países adotaram leis internas protegendo a figura do denunciante anônimo (ex.: África do Sul, em 2000; Japão, em 2004; Noruega, em 2005 e Índia, em 2011). O incentivo ao instituto expandiu-se também no âmbito do direito internacional, alcançando importante previsão no artigo 33 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, celebrada na cidade mexicana de Mérida, em 2003.

---

[5] Tais recompensas integram os chamados *bounty programs* (programas de recompensa*)*, previstos atualmente em diversos diplomas legais dos EUA, entre eles o *Dodd-Frank Act*, de 2010, e o *Sarbanes Oxley Act*, de 2002. ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal compliance*: de la ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimento. Lima: ECB Ediciones, 2014, p. 92.

[6] SILVA, Diogo Miguel Duarte. *A proteção do whistleblower na relação jurídico-laboral*. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-laborais. Lisboa: Universidade de Lisboa. 2017, p. 32. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/31884>. Acesso em: 25/10/2019.

[7] Como exemplos de leis norteamericanas fomentadoras da atuação de denunciantes, podem ser citados: *"Safe Drinking Water Act*, de 1974; *Energy Reorganization Act*, de 1974; *Resource Conservation and Recovery Act*, de 1976; *Toxic Substances Control Act*, de 1976, *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, de 1980; *Surface Transportation Assistance Act*, de 1982; *Whistleblower Protection Act*, de 1989; *Clean Air Act*, de 1990; *Pipeline Safety Improvement Act*, de 2002; *Public Company Accounting Act*, de 2002; *Investor Protection Act*, de 2002; *Military Whistleblower Protection Act*, de 2007; *American Recovery anda Reinvestment Act*, de 2009, entre muitos outros. Também merece registro o *Civil Service Act*, em 1978, que, após o rumoroso caso Watergate, disciplinou a proteção a funcionários que denunciassem comportamentos ilícitos havidos no seio da Administração Pública.

[8] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 161.

Em 2009, o estabelecimento de canais para recebimento de denúncias sobre irregularidades por parte das empresas foi inserido no *United States Federal Sentencing Guidelines Act*, documento produzido pelo parlamento norteamericano que veio a compilar um conjunto de critérios para orientação de juízes federais acerca da responsabilização penal de pessoas jurídicas e da respectiva dosimetria sancionatória destas.

Nesse viés, foram fixados diversos requisitos para avaliação da efetividade dos canais de denúncia a serem implementados (ex. gratuidade do acesso, multiplicidade de vias ofertadas, prestação de contas sobre as medidas investigatórias ou punitivas empregadas *etc*.), o que se deu, especialmente, com os fins de preservação do sigilo sobre a identidade do denunciante e de sua proteção em face de eventuais retaliações. Uma vez considerada eficaz na prevenção e repressão de ilicitudes, a implementação dos canais de denúncia passou a funcionar, nos termos das citadas Diretrizes Jurisprudenciais (*Sentencing Guidelines*), como causa de atenuação ou, até mesmo, de exclusão da sanção penal aplicável à pessoa jurídica.

80. Desdobramentos contemporâneos

Na linguagem atual, com marcada distinção em relação às figuras do *compliance officer*[9] e do *ombudsman*, [10] o termo *whistleblower* ou *chivato*[11] alude aos membros ou ex-membros de uma determinada entidade pública ou privada que decidem denunciar práticas ilegais ou antiéticas levadas a cabo pela própria organização ou por sujeitos que a integram, levando tais fatos ao conhecimento de superiores hierárquicos, autoridades estatais ou mesmo à imprensa.

Nesse prisma, o *whistleblower* exerce um papel mais específico que o de um mero denunciante ou delator, a uma, porque não participou do ilícito que narra e, a duas, porque, a princípio, toma conhecimento dos fatos revelados a partir de sua atuação profissional.

---

[9] A expressão designa o profissional que exerce a função de supervisionar o funcionamento de todas as medidas que integram o programa de cumprimento normativo, entre estas, o canal de denúncias anônimas. Sobre o tema, discorremos em: MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo*: criminal compliance, delinquência empresarial e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito das instituições financeiras. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p.

[10] A palavra *ombudsman* surgiu na Suécia, ainda no século XIX, sendo aplicada no Brasil a partir da década de 1980 para designar o profissional ou órgão interno da empresa que teria a função de receber reclamações, denúncias, críticas e sugestões. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

[11] MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa:* ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Barcelona: outubro, 2006, p. 07. Disponível em: <http://www.raco.cat>. Acesso em: 15/09/2016.

Cabe relembrar que alguns dos mais graves eventos criminosos inerentes à delinquência econômicoempresarial somente foram desvelados a partir de denúncias anônimas feitas por *whistleblowers*. Nesse contexto, é de se mencionar que, em 2002, a revista *Time* premiou, como personalidades do ano, as senhoras Cynthia Cooper e Sherron Watkins, respectivamente, ex-funcionárias da WorldCom e da Enron, empresas norteamericanas que, como é cediço, protagonizaram os dois mais rumorosos e nocivos episódios de falência fraudulenta da história do mundo corporativo.[12]

As fraudes contábeis que geraram a falência de ambas as empresas citadas acarretaram também grande prejuízo social, em particular, no tocante à perda de milhares de empregos, aos danos patrimoniais para investidores e às dívidas milionárias não honradas junto ao sistema bancário.

Em que pese não ter sido possível reparar todos os males causados pelos crimes referidos, os relatos destas *whistleblowers* propiciaram a construção de um importante marco de exceção na histórica impunidade da delinquência do colarinho branco. Os depoimentos de ambas formaram a base fundamentadora das condenações criminais de diversos executives, entre eles, Jeffrey Skilling e Bernard Ebbers, respectivamente, ex-CEOs da Enron e da Wordcom, que atualmente cumprem penas privativas de liberdade fixadas em mais de duas décadas, bem como pagaram multas individuais de valor superior a 40 milhões de dólares.

O *lobby* para garantir proteção a denunciantes em face de represálias e retaliações ganhou força com a criação, em 1988, do *National Whistleblower Center*[13], entidade não governamental sediada em Washington, nos EUA, que tem por objetivo prestar assistência jurídica a *whistleblowers*.

Outrossim, a intrínseca relação entre o fenômeno do cumprimento normativo (*compliance*) e a difusão das políticas de fomento e proteção ao denunciante anônimo foi bem traduzida pelos resultados da pesquisa realizada pelo *Ethics and Compliance Initiative*, na qual se revelou que, entre as grandes corporações estudadas – todas com, no mínimo, 90 mil empregados –, naquelas que adotavam um programa de cumprimento normativo eficaz, apenas 33% dos trabalhadores disseram ter observado condutas irregulares, 87% destes disseram se

[12] Sobre o tema: MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U. S. Corporate scandals*: from Enron to Reform. New York: M. E. Sharpe, 2006, p. 344.
[13] Informações disponíveis em: <http://www.whistleblowers.org/>. Acesso em: 05/01/2015.

sentir seguros para denunciar eventuais ilícitos ao canal de denúncias anônimas e apenas 4% dos empregados observaram algum tipo de retaliação a denunciantes.[14]

Já nas corporações que não contavam com um programa de *compliance* estabelecido, 62% dos empregados disseram já ter observado condutas irregulares, mas apenas 32% destes se sentiram confortáveis para denunciar e 59% relataram ter observado retaliações em face dos empregados que denunciaram ilicitudes ocorridas no curso da respectiva atividade empresarial.[15]

A eficácia dos canais para realização de denúncias anônimas também é destacada por estudo que apontou que os relatos de *whistleblowers* permitiram a descoberta de 54 de 100 episódios fraudulentos detectados em empresas cotizadas nas bolsas de valores norteamericanas, enquanto auditorias revelaram somente 4 de cada 100 atos ilícitos semelhantes.[16] Já na Alemanha, o percentual de delitos descobertos a partir de *whistleblowers* chega a 47%, enquanto investigações de entidades públicas iniciadas por meios tradicionais revelam apenas 5% dos crimes praticados por meio de empresas.[17]

81. Whistleblowing e Poder Judiciário

Tanto no ordenamento jurídico estrangeiro, quanto no Brasil, a jurisprudência tem performado um importante papel no delineamento dos efeitos das denúncias de *whistleblowers*, bem como estabelecido parâmetros objetivos para a concessão de proteção jurídica ao denunciante. A seguir, serão tecidos relatos e comentários sobre alguns casos concretos mais emblemáticos já levados à apreciação jurisprudencial ao redor do mundo.

81.1 *Whistleblowing* e o Supremo Tribunal Federal

Em que pese a persistente ausência de legislação no Brasil que, de forma efetiva e clara, discipline a recepção de denúncias anônimas de ilicitudes tanto no setor privado, quanto no âmbito do serviço público, o órgão plenário do Supremo Tribunal Federal tem um importante marco jurisprudencial em matéria de proteção do sigilo sobre a identidade do denunciante. Trata-se do acórdão proferido nos autos do mandado de segurança n. 24.405-4/DF, julgado em 03/12/2003.

[14] Informações disponíveis em: <http://www.ethics.org/>. Acesso em: 07/01/2017.
[15] Informações disponíveis em: <http://www.ethics.org/>. Acesso em: 07/01/2017.
[16] RAGUÉS Y VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing*... op. cit., p. 36.
[17] Ibid., p. 37.

Na hipótese, o impetrante, um servidor público então denunciado perante o Tribunal de Contas da União Federal pela suposta prática de ato ilícito, desejava saber a identidade do denunciante e alegou, incidentalmente, a constitucionalidade do art. 55, §1º da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92)[18], que confere ao aludido órgão a possibilidade de preservar o sigilo sobre a autoria da denúncia efetuada. A norma impugnada tem, como objetivo evidente, a proteção do denunciante em face de possíveis retaliações, represálias, perseguições e até mesmo atentados contra a sua integridade física e a de sua família.

Em seu voto, o Ministro Carlos Veloso, na condição de relator, iniciou o debate com a seguinte pergunta: *"A questão a ser perquirida, no caso, é esta: seria condizente com a Constituição a norma que autoriza o Tribunal de Contas da União a manter o sigilo em relação ao nome da pessoa que, perante aquela Corte de Contas, faz denúncia, contra administradores públicos, da prática de irregularidades por parte destes?"*

O próprio Ministro tratou de responder a questão que formulara, acolhendo, por fim, a argumentação de que a preservação do sigilo pelo TCU equivaleria a chancelar o anonimato e o "denuncismo irresponsável" (vedados pelo art. 5º, IV, da Carta Magna) e também violaria o direito à honra e à imagem do denunciado, bem como seu direito de resposta e de obter eventual reparação por dano moral (*ex vi* do art. 5º, V e X, da Constituição de 1988).

Sublinhe-se que não há nem no referido voto, nem no inteiro teor do acórdão, o apontamento de qualquer dado que demonstre concretamente o vislumbrado denuncismo irresponsável, haja vista que não foi feita uma mínima análise concreta das circunstâncias em que foi formulada a denúncia que deu origem à ação, nem foram discutidas evidências de má-fé do denunciante. [19]

Noutro giro, ainda que a citada decisão tivesse, a princípio, produzido efeitos apenas entre as partes do caso concreto, nos termos do artigo 52, X, da CR/88, o Supremo Tribunal Federal deu ciência do julgado ao Senado Federal, que, por meio da Resolução nº 16/2006, suspendeu a eficácia do §1º do art. 55 da Lei Orgânica do TCU e, portanto, desde então, este

[18] Eis o teor do citado dispositivo: "Art. 55. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. § 1° Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia."

[19] Sobre o caso, confira-se: BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. V. 20. N. 2, mai-ago/2015, p. 785/809. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 25/09/2019.

órgão não pode mais manter em sigilo a identidade dos denunciantes que o buscam para revelar ilícitos que afetem o serviço público e os recursos da União Federal.

Mais recentemente, parece estar em curso uma nova tendência mitigadora da postura inicial sobre a matéria. O próprio STF já reconheceu, a partir de 2009, a validade das denúncias anônimas como base para a realização de investigações. No julgamento de habeas corpus nº 100042-MC/RO, o Ministro Celso de Mello afirmou que, embora peças apócrifas não possam ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, nem possam as autoridades públicas iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar) apoiando-se, unicamente, em denúncias anônimas, nada impede que o Poder Público adote medidas informais com o objetivo de investigar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de ilicitude penal.[20]

Por fim, há que se mencionar que a atuação marcante de um *whistleblower* chamou a atenção num dos mais importantes e rumorosos julgados do Supremo Tribunal Federal, qual seja a ação penal n. 470/2005, julgada em que ficou popularmente conhecida como caso do mensalão.

No voto do relator, o então Ministro Joaquim Barbosa, foi enfatizado o depoimento prestado pelo Sr. Carlos Godinho[21], ex-funcionário do Banco Rural, que foi um dos pilares fundamentadores da condenação penal dos dirigentes da referida instituição financeira por participação em lavagem de dinheiro. Em suma, o denunciante relatou que, em que pese a existência de um programa de *compliance* formal ou de fachada (*cosmetic compliance*), que deveria, em tese, gerar alertas sobre operações suspeitas de lavagem de ativos, os dirigentes do banco ordenavam, internamente e por muitos anos, a omissão de tais relatórios, desativando, assim, os mecanismos de prevenção delitiva.

Em relação ao tema *whistleblowing,* este episódio escancara duas necessidades carentes de atenção no sistema legal-judicial brasileiro: a uma, a necessidade de estimular, facilitar e desburocratizar a atuação de *whistleblowers* e, o quanto antes esta se der, melhor para o

[20] Cf. informativo n. 565 do Supremo Tribunal Federal, de 26 a 30 de outubro de 2009. A postura atualmente encontra-se consolidada, tendo o Supremo Tribunal Federal fixado entendimento no sentido de que é possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial ou outros procedimentos formais de investigação. Nesse sentido: Agravo em Recurso Extraordinário n. 1120771/**RO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 05/10/2018, Primeira Turma.**

[21] Supremo Tribunal Federal, Ação Penal n. 470/MG, Tribunal Pleno, voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17/12/2012, Inteiro teor, p. 3019.

interesse público; a duas, a necessidade de afastar empecilhos retóricos inventados – às vezes, pelos próprios órgãos do Poder Judiciário – para evitar que os relatos de *whistleblowers* sirvam de fundamento válido para a punição de indivíduos que ocupam cúpula de comando de entidades públicas e privadas, verdadeiros responsáveis pelo estabelecimento de uma cultura institucional de respeito (ou desrespeito) à lei.

81.2 *Whistleblowing* e a Suprema Corte dos EUA: o caso Garcetti vs. Ceballos

A Suprema Corte norteamericana registra um precedente importante configurado no caso Garcetti vs. Ceballos, julgado em 30/05/2006. Richard Ceballos ocupava um cargo público junto à Procuradoria do distrito de Los Angeles e, após receber diversas denúncias por parte de advogados, chegou à conclusão que policiais locais haviam cometido abusos durante uma ocorrência criminal.

Ainda assim, contrariando as irregularidades relatadas, seus superiores hierárquicos decidiram ajuizar a ação penal baseada na mencionada operação policial. Ceballos aceitou, então, figurar como testemunha arrolada pela defesa no respectivo processo e, a partir desse momento, passou a sofrer represálias, sendo sucessivamente transferido e tendo promoções negadas, razões pelas quais buscou reparação judicial acerca da aludida perseguição, o que fez sob a alegação de violação de sua liberdade de expressão, garantida pela 1ª Emenda à Constituição dos EUA.

No entanto, ao final de todo o périplo das vias jurisdicionais, por apertada maioria de 5 votos contra 4, a Suprema Corte norteamericana entendeu que a conduta de Ceballos não estava amparada pela Lei Maior, uma vez que não se tratava da atuação de uma pessoa qualquer, mas sim de um agente público no exercício de sua função oficial. Em suma, a interpretação acolhida pela Corte Suprema dos EUA foi no sentido de que a liberdade de expressão vigora, em grau pleno, apenas para cidadãos comuns e, em grau menor, para agentes públicos, uma vez que o controle das palavras e do comportamento destes seria essencial à preservação da eficiência das funções estatais.[22]

Tal decisão foi duramente criticada por entidades norteamericanas defensoras do *whistleblowing* e, de fato, como se verificará a seguir, vai na contramão da tendência europeia de edificar uma política normativa e jurisprudencial de proteção à pessoa do denunciante em

[22] RAGUÉS Y VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing*... op. cit., p. 194.

face de retaliações como forma de estimular a revelação de ilícitos vulneradores de importantes valores sociais.

81.3 *Whistleblowing* e a Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos, doravante CEDH, tem construído ao longo dos anos uma tendência de proteção à pessoa do denunciante como instrumento para estimular a revelação de ilicitudes que, de alguma forma, afetem o interesse público e as funções essenciais à preservação da vida pacífica em sociedade.

Neste diapasão, com fundamento na Convenção Europeia de Direitos Humanos, pode-se asseverar que, em que pese ser ainda recente o desenvolvimento do instituto do *whistleblowing*, a CEDH já ostenta um largo histórico na confecção de critérios para proteção a denunciantes de ilicitudes. Sendo vários os precedentes jurisprudenciais que seriam dignos de menção, devido à limitação espacial do presente estudo, serão citados apenas dois casos concretos considerados mais emblemáticos.

81.3.1 O caso Guja vs. Moldávia.

No caso Guja vs. Moldávia (autos do processo n.º 14.277/04, julgado em 12/02/2008)[23] retratou-se que o cidadão Iacob Guja ocupava o cargo de chefe do Departamento de Imprensa da Procuradoria Geral da Moldávia, tendo, nessa condição, recebido e repassado à imprensa o teor de duas cartas recebidas pelo então Procurador Geral da República da Moldávia. Em tais cartas, agentes políticos solicitavam determinado direcionamento da interferência do Ministério Público em algumas investigações criminais. Por conta disso, Guja foi demitido, haja vista que as cartas eram endereçadas diretamente ao Procurador Geral (e, portanto, eram sigilosas), não tendo sido autorizada sua divulgação pública.[24]

A seu turno, a CEDH entendeu que a demissão em questão violou o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos[25],

---

[23] Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2008-II.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.

[24] BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. V. 20. N. 2, mai-ago/2015, p. 796. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 25/09/2019.

[25] Convenção Europeia de Direitos Humanos, Artigo 10: "1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia; 2. O exercício dessas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou

que englobaria não somente a possibilidade de manifestar opinião ou pensamento, mas também o direito do cidadão, servidor público ou não, de compartilhar informação de interesse coletivo e relevância social, ainda que obtida no âmbito do serviço público e no curso do exercício de atividade profissional.

A CEDH atestou, ainda, que os empregados têm, de fato, dever de guardar sigilo e lealdade para com o empregador, contudo, no caso concreto, esses deveres não prevaleceriam sobre o direito de difundir informações de relevância pública, especialmente pelo envolvimento de suposta corrupção ou grave prejuízo ao regular desempenho de função estatal.

A Corte assentou, ainda, que, no bojo de um sistema democrático, as condutas funcionais de agentes públicos devem estar submetidas ao controle não apenas dos Poderes estatais, mas também da mídia e da opinião pública. Em suma, em existindo interesse público, o relato e a pessoa devem ser protegidos e esse binômio configura a essência do que se concebe como política de proteção a *whistleblowers.*[26]

Por fim, a CEDH fixou alguns padrões objetivos para orientar a avaliação da aplicabilidade do direito de denúncia por parte do agente público:

1) existência de relevância pública na informação revelada, ou seja, deve haver repercussão da informação sobre a regular prestação de serviço público ou sobre valores socialmente prezados. Logo, é descabida a revelação de dado exclusivamente relativo à vida íntima e privada do agente público ou de terceiros;

2) crença razoável (*reasonable belief*) na autenticidade da informação divulgada, ou seja, não pode se tratar de mera fofoca, boato desprovido de fundamento ou tentativa leviana de adivinhação. Em suma, exige-se um exercício responsável da liberdade de expressão na forma de denúncia de ilicitudes[27];

3) a presença de boa-fé, ou seja, a motivação da divulgação não pode estar fundada, por exemplo, em intenção de vingança ou obtenção de vantagem indevida. O denunciante deve

---

sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial."

[26] ROCHA, Márcio Antônio. Anotações sobre o direito de livre expressão em relatos de whistleblowers, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Previdência.* 7. ed. 1º Semestre/2018, p. 08. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/previdencia/article/view/9310>. Acesso em: 30/10/2019.

[27] SILVA, Diogo Miguel Duarte. A proteção do whistleblower na relação jurídico-laboral... op. cit., p. 78.

estar movido pelo ideal de que as informações divulgadas sejam úteis à hígida consecução do interesse público. A boa-fé é presumida, salvo evidência clara e comprovada de má-fé.

81.3.2 O caso Bucur y Toma vs. Romênia.

No caso Bucur y Toma vs. Romênia (autos do processo n.º 40.238/02, julgado em 08/01/2013)[28], a CEDH fixou importantes vetores sobre a forma de veiculação da denúncia. Bucur y Toma, então agente do Serviço Secreto da Romênia, denunciou à imprensa que alguns de seus colegas estariam realizando interceptações telefônicas sem a prévia e necessária autorização judicial, violando, portanto, a privacidade de agentes políticos e jornalistas.

Vale esclarecer que o citado agente fez essa denúncia diretamente aos veículos de imprensa sem ter informado previamente à Comissão Parlamentar de Supervisão, algo que os tribunais internos entenderam como violação dos deveres legais de sigilo e lealdade, razão pela qual o mesmo foi condenado criminalmente, bem como obrigado ao pagamento de indenização pela divulgação pública de informações confidenciais.[29]

Entretanto, ponderando os já mencionados deveres de sigilo e lealdade do trabalhador com o direito fundamental à liberdade de expressão, a CEDH considerou que o agente divulgou informação de notória relevância para a preservação de função pública e a denúncia interna seria provavelmente infrutífera nesse caso, haja vista o possível envolvimento das autoridades administrativas que seriam responsáveis pela investigação nos fatos denunciados.[30]

82. Conclusões

À vista do exposto, há que se afirmar a necessidade, cada vez mais premente, de que o legislador brasileiro venha a disciplinar as condições para a realização de denúncias acerca de ilicitudes e seus efeitos probatórios. Como, em não raras hipóteses, os relatos de denunciantes são imprescindíveis à descoberta de determinados ilícitos graves, o regramento deve ser fixado sem burocratizar o tema mediante invenção de empecilhos inúteis ou que inviabilizem o instituto como o fim de proteção de interesses impublicáveis e obscuros, algo muito comum no Brasil.

---

[28] Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2013_01_159_FRA.pdf>. Acesso em: 29/10/2019.

[29] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing.* Una aproximación desde el Derecho Penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 190.

[30] Ibid., p. 191.

Ao revés, deve-se facilitar e estimular a atuação do informante, seja ele um cidadão, trabalhador do setor privado ou um servidor público, garantindo-se ao mesmo a preservação de sua identidade, bem como a proteção integral em fase de represálias de toda ordem.

Paralelamente, atentos à experiência advinda de Cortes de países democráticos, em particular, os europeus, cabe aos órgãos do Poder Judiciário do Brasil ponderar adequadamente todos os direitos fundamentais envolvidos na atuação de *whistleblowers* – não somente os individuais, mas também os titulados pela coletividade – para que, ao final e ao cabo, prevaleçam os valores essenciais ao progresso e à vida pacífica em sociedade.

83. Referências

BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. V. 20. N. 2, mai-ago/2015, p. 785/809. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 25/09/2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance.* São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, David Augusto. Whistleblower: uma proteção para o estado. *Revista Direito & Paz*. Ano X. N. 38. São Paulo: 2018, p. 334/354. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 205-230.

KOHN, Stephen Martin. *The whistleblower´s handbook*: a step-by-step guide to doing what´s right and protecting yourself. Guilford/Connecticut: Lyons, 2011.

MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals:* from Enron to Reform. New York: M. E. Sharpe, 2006.

MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa*: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Barcelona: outubro, 2006. Disponível em: <http://www.raco.cat>. Acesso em: 15/09/2016.

NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Director). *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 111-134.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing.* Una aproximación desde el Derecho Penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

_____. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 161/196.

ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil.* 58 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536078>. Acesso em: 20/09/2019.

_____. Anotações sobre o direito de livre expressão em relatos de whistleblowers, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Previdência*. 7. ed. 1º Semestre/2018. 24 p. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/previdencia/article/view/9310>. Acesso em: 30/10/2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: RT, 2019.

SILVA, Diogo Miguel Duarte. *A proteção do whistleblower na relação jurídico-laboral*. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-laborais. Universidade de Lisboa. 2017. 127 p. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/31884>. Acesso em: 25/10/2019.

ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance*: de la ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento. Lima: ECB Ediciones, 2014.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.015 | ISSN: 2764-1899

Comentários à Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União

Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos[1]

Tania Nemer[2]

84. Introdução

A Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas (*whistleblowers*)[1] que denunciam violações do direito da União[2] foi publicada em 26 de novembro de 2019 e entrou em vigor no mês de dezembro do mesmo ano.[3] Os legisladores europeus contam no âmbito nacional com dois anos[4] para transpor as disposições desta diretiva para as regulamentações nacionais de proteção aos denunciantes.[5]

A inserção de canais de denúncia em programas de conformidade não é matéria nova e se configura como elemento essencial da formação estrutural, assim como da efetividade da Compliance.[6]

[1] Dr. Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M. é Senior Legal Counsel e Compliance Officer na OSRAM GmbH, em Munique, Alemanha.

[2] Tania Nemer é Community Outreach Prosecutor no Summit County Prosecutor´s Office em Ohio, Estados Unidos da América (USA).

[1] Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União.

[2] Direito da União entendido como Direito da União Européia.

[3] A Diretriz Européia entrou em vigor no dia 16 de dezembro de 2019.

[4] Até o dia 17 de dezembro de 2021, todos os países da União Européia terão que haver transposto as disposições da Diretiva em seus ordenamentos jurídicos nacionais.

[5] Resolution 2300, 2019, Improving the protection of whistleblowers all over Europe: All EU member countries will be legally required to transpose this directive into their national law within two years from its entry into force. However, the member States of the Council of Europe that are not, or not yet, members of the EU also have a strong interest in drawing on the draft directive with a view to adopting or updating legislation in accordance with the new European standards.

[6] Vitorino Clarindo dos Santos, Jorgete, Rechtsfragen der Compliance in der internationalen Unternehmensgruppe, 2013, P. 58.

O trabalho com denunciantes em empresas multinacionais é multifacetado e único, seja em virtude da matéria em si objeto da denúncia e de análise e investigação pelo Compliance Officer local, seja através dos mais diversos tipos de cultura a que pertencem os denunciantes, ou pelo número e qualidade de funções de pessoas envolvidas na denúncia (o que requer tempo no preparo e condução de entrevistas), ou pelo impacto causado ou que possa vir a causar a denúncia apresentada pelo denunciante em relação à empresa.

No que diz respeito à identificação de riscos, canais de denúncia são meios de ajuda na identificação de infrações empresariais.[7] Assim, é recomendado a todas as empresas, mesmo as que são regidas por forma jurídica empresarial que dispense a constituição de um sistema de Compliance e independente da nova diretiva européia de proteção a *whistleblowers*, que estabeleçam canais de denúncia, sejam eles alocados no departamento de pessoal, jurídico, auditoria, Conselho Fiscal, que estejam sob a direção do órgão de representação de funcionários, de um *Ombudsmann* ou do próprio departamento de Compliance.[8] As denúncias podem ser feitas pelo empregado por telefone, por e-mail, online, ou seja, através do próprio canal de denúncias publicado na internet e/ ou intranet da empresa, por correio escrito, de forma direta ao seu superior hierárquico, ao Compliance Officer da subsidiária em questão, ao Chief Compliance Officer, a um *Ombudsmann* (em existindo) ou através do contato com o funcionário competente pelo recebimento da denúncia, em se tratando de departamento diverso do seu.

A exposição de motivos da proposta da Diretiva elenca efeitos econômicos positivos com a inserção de regras de proteção a denunciantes: Estudos levados a cabo pela Comissão Européia em 2017 constataram que, apenas no âmbito dos contratos públicos, as perdas anuais de potenciais benefícios para o bom funcionamento do mercado único seriam da ordem de 5,8 a 9,6 bilhões de euros.[9] Além disso, apenas no que diz respeito ao impacto no orçamento da União Européia, quanto à prevenção contra a fraude e a corrupção, estima-se que o atual risco

[7] Kremer/ Klarhold, ZGR 2010, P. 113, 132.

[8] Em alguns países e culturas, canais de denúncia também podem ser vistos de forma suspeita, uma vez que o caráter de delação de um colega de trabalho para com o outro, tira dele a confiança que deve existir para que seu uso sirva na descoberta e posterior tratamento de infrações empresariais de maneira eficaz. Nesse sentido: Deiseroth/ Derleder, Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, P. 248; Mahnhold, "Global Whistle" order "deutsche Pfeife" - Whistleblower-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, P. 737 e seguintes.

[9] Milieu, Estimating the economic benefits of whistleblower protection in public procurement, 2017.

de perda de receitas se situe entre 179 e 256 bilhões de euros por ano.[10] A proteção aos denunciantes também deve contribuir para uma tributação mais efetiva na União Européia, combatendo a elisão fiscal. A última resulta em perda de receitas fiscais para os Estados-Membros e a União em cerca de 50 a 70 bilhões de euros por ano.[11] Conforme prevista na Diretiva, a proteção aos denunciantes será igualmente crucial para evitar o desvio de armas de fogo, suas partes, componentes e munições, assim como de produtos relacionados com a defesa, uma vez que encorajará a denúncia de violações do direito da União, como a fraude documental, a alteração de marcações e a aquisição fraudulenta de armas de fogo dentro da União em que as violações consistem, frequentemente, no seu desvio do mercado legal para o ilegal.[12] Também no que toca a empresas de fabricação de produtos, a União Européia estima que elas constituam a principal fonte de prova, do que resulta que as denúncias feitas por *whistleblowers* nessas empresas têm um elevado valor acrescentado, face ao seu privilégio no acesso de informações sobre eventuais práticas desleais ou ilícitas de fabricação, importação ou distribuição de produtos.[13]

No tocante à incidência orçamental para a implementação do sistema de denúncias no setor público, a União Européia prevê custos superiores a 204,9 milhões de euros de custos únicos e 319,9 milhões de euros de custos operacionais anuais.[14] Para médias e grandes empresas do setor privado, os custos deverão ser superiores a 542,9 milhões de euros de custos únicos e operacionais anuais em torno de 1.016,9 milhões de euros.[15]

Para assegurar que os efeitos positivos acima elencados quanto à implementação de um sistema de *whistleblowing* europeu se concretizem, a União Européia definiu um conjunto de normas jurídicas mínimas comuns que proporcionem uma sólida proteção contra atos de retaliação dirigidos a denunciantes, sem que os últimos tenham que arcar com desvantagens, sejam essas de ordem pessoal ou econômica.[16] É inegável que denúncias trazidas ao domínio

[10] Proposta da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.
[11] Proposta da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.
[12] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 2.
[13] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 2.
[14] Proposta da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.
[15] Proposta da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.
[16] Cf. Recomendação CM/Rec (2014) 7 do Conselho da Europa, de 30 de abril de 2014, sobre a proteção dos autores de denúncias de irregularidades; Resolução 2171 (2017) da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, de 27 de junho de 2017.

público podem inserir um marco antes não previsto e incorrigível na biografia de denunciantes, não apenas de Edward Snowden[17], como Margrit Herbst[18], Chelsea Manning[19], Daniel Ellsberg[20], Miroslav Strecker[21], entre tantos outros, cujas denúncias ganharam o domínio público.[22] Reações das mais diversas e de grande impacto a denúncias feitas por *whistleblowers* podem acarretar a perda financeira, de trabalho, afetar a vida privada e até mesmo a saúde. Ainda em situações em que o denunciante age de boa-fé, corre o risco de ser publicamente julgado e ter a sua fama manchada por falta de proteção. O mesmo pode ainda ser levado a completa isolação, ter a vida arruinada, ter que pagar com a própria vida ou com a da de seus familiares. Em virtude disso, a União Européia prevê em nova diretiva uma melhor proteção a *whistleblowers*, através da implementação de um sistema tripartite de denúncias.

[17] Edward Snowden é atualmente o denunciante norte-americano mais conhecido do mundo: Enquanto funcionário de uma empresa de consultoria externa a serviço da agência de inteligência da NSA, ele descobriu e tornou pública a vigilância do governo norte-americano através da internet. Em 2020, um Tribunal Federal americano decidiu que o programa de vigilância telefônica de inteligência americana denunciado por Snowden era ilegal. Para isso veja o link.

[18] Margrit Herbst é uma médica veterinária alemã, que em 2001 recebeu o prêmio *whistleblower* da associação de cientistas alemãs, depois de haver descoberto e denunciado o início do escândalo da EEB (encefalopatia espongiforme bovina, conhecida como doença da vaca louca) na Alemanha durante os anos 90. Margrit identificou vários casos suspeitos em 1994. No entanto, seus superiores não apenas a ignoraram, como liberaram os animais infectados para abate e sua carne infectada entrou no mercado. Quando o número de bovinos com casos suspeitos da doença aumentou e a empresa continuou a ignorar os fatos, a médica deu uma entrevista na televisão na qual tornou públicos os casos de EEB. Veja para isso o link.

[19] Chelsea Manning divulgou em 2013 relatórios de guerra, documentos militares classificados e despachos diplomáticos do Afeganistão e do Iraque para a plataforma WikiLeaks, tornando públicos os crimes de guerra cometidos pelo exército americano. Culpada por espionagem, passou sete anos na prisão, antes que o então presidente Barack Obama comutasse grande parte de sua pena. Veja para isso o link.

[20] Daniel Ellsberg tornou público em 1971 os chamados Documentos do Pentágono, que revelaram inúmeras inverdades que a população americana escutara sobre a Guerra do Vietnã e os objetivos de guerra de vários governos dos EUA. Ellsberg, economista e ativista pela paz, conta hoje com 90 anos de idade. Assista para isso o filme.

[21] Miroslav Strecker revelou em 2007 que determinada carne bovina de padrão inferior ao autorizado para o consumo havia sido reetiquetada e declarada como alimento. Durante o escândalo descobriu-se que a empresa, que posteriormente foi fechada, havia vendido 105 toneladas inteiras de resíduos de carne aos fabricantes de Döner (espetadas de carne) de Berlim. Veja para isso o link.

[22] Delling, CCZ 2019, P. 214. Trágico caso de *whistleblower* recente relatado pela imprensa antes do início da pandemia relativa ao Corona-vírus é o do médico chinês, Dr. Li Wenliang, que avisou sobre a existência da chegada do vírus, e por escrito requereu que seus colegas médicos, fizessem o uso de máscaras de proteção nasal-bucal. O governo chinês obrigou seu comparecimento na estação policial local, sob alegação de propagação de informações falsas. Infelizmente Dr. Li Wenliang faleceu vítima do Corona-vírus. Para curta reportagem do Tagesschau alemão publicado em 07 de fevereiro de 2020, clique no link. O último foi acessado pela última vez em 20 de maio de 2021.

85. Conteúdo da Diretiva Européia de Proteção a Whistleblowers e Terceiros

O principal conteúdo da Diretiva Européia é proteger denunciantes de boa-fé obedecendo o seguinte sistema: Primeiramente, através da garantia da proteção da identidade do denunciante. Por outro lado, sendo a identidade do denunciante conhecida, a Diretiva prevê medidas que o protegem de tal forma, que ele não deve temer represálias em seu ambiente profissional. Finalmente, a Diretiva regula a proteção do denunciante da imputação de responsabilidade ou punição.[23]

85.1 Âmbito de Aplicação Pessoal

O legislador europeu demonstrou esforços na garantia de uma proteção o mais larga possível a denunciantes.

Seguindo a norma européia, quase todo tipo de pessoa natural pode ser enquadrada na definição legal do art. 5, 7, contando que satisfaça o pré-requisito do vínculo de trabalho com uma empresa ou o Estado.[24] A efetiva aplicação do Direito da União, requer que a proteção seja concedida a um leque tão vasto quanto possível de categorias de pessoas, que independentemente de serem cidadãos da União ou nacionais de países terceiros, por força das suas atividades profissionais, independentemente da natureza dessas atividades e de serem ou não remuneradas, têm um acesso privilegiado a informações sobre violações, cuja denúncia seja do interesse público e que podem vir a sofrer atos de retaliação se as denunciarem.[25]

No que toca à aplicação pessoal e de acordo com o art. 4, no. 2 da Diretriz Européia, a mesma protege também denunciantes que, no setor público ou privado, comuniquem ou divulguem informações sobre violações que tenham tomado conhecimento durante a existência de uma relação profissional, que entretanto haja terminado. Igualmente aplica-se a Diretiva àqueles denunciantes cuja relação profissional não se tenha ainda iniciado, nos casos em que as informações sobre violações tenham sido obtidas durante o processo de recrutamento ou noutras fases de negociações pré-contratuais.

---

[23] Garden/ Hiéramente, BB 2019, P. 963 - 965.

[24] Diretriz Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, art. 5. Definições, 7) "Denunciante", uma pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais.

[25] Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

O âmbito de aplicação pessoal não se limita a empregados ativos, de acordo com o art. 45 do Tratado de Funcionamento da União Européia (TFUE)[26], englobando ainda condições de trabalho atípicas, como a de trabalhadores temporários, não assalariados, titulares de participações sociais, pessoas pertencentes a órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de empresas, incluindo membros não executivos, assim como voluntários, candidatos a vagas de emprego, estagiários que sejam remunerados ou não, quaisquer pessoas que trabalhem sob a supervisão e a direção de contratantes, sub-contratantes e fornecedores. Incluídos nesse catálogo se encontram ainda facilitadores[27], terceiros que estejam ligados aos denunciantes e que possam ser alvo de retaliação num contexto profissional, tais como colegas ou familiares dos denunciantes, assim como entidades jurídicas que sejam detidas pelos denunciantes, para as quais os últimos trabalhem ou com as quais estejam de alguma forma ligados num contexto profissional. Em situações em que pessoas casadas trabalhem para o mesmo empregador e confirmem ser uma delas *whistleblower*, a outra também goza de proteção legal, caso o denunciante seja demitido ou de alguma outra forma prejudicado pelo empregador.[28] Assim, a exposição de motivos da Diretriz Européia no. 81 esclarece que, as pessoas que efetuarem diretamente uma divulgação pública, também deverão beneficiar-se de proteção, se tiverem motivos razoáveis para crerem que, em caso de denúncia externa, exista um risco de retaliação ou uma perspectiva diminuta em que os elementos de provas possam ser

[26] Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Part Three: Union Policies and Internal Actions - Title IV: Free Movement of Persons, Services and Capital - Chapter 1: Workers - Article 45 (ex Article 39 TEC)

1. Freedom of movement for workers shall be secured within the Union.

2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.

3. It shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health:

(a) to accept offers of employment actually made;

(b) to move freely within the territory of Member States for this purpose;

(c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;

(d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in regulations to be drawn up by the Commission.

4. The provisions of this Article shall not apply to employment in the public service.

[27] Diretriz Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, art. 5. Definições, 8) “Facilitador” é uma pessoa singular ou coletiva referida na denúncia ou na divulgação pública como autora da violação ou que a esta seja associada.

[28] Diretriz Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, art. 4.

ocultados ou destruídos, ou em que uma autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou estar envolvida na violação em si.

A Diretriz também assegura proteção em seu art. 4, no. 4, alínea a) ao facilitador, sendo esse definido como pessoa singular, que auxilia um denunciante no procedimento de denúncia em um contexto profissional, e cujo auxílio deve ser confidencial. A norma européia prevê ainda proteção em seu art. 4, no. 4, alínea c) a entidades jurídicas que sejam detidas pelos denunciantes, para as quais os mesmos trabalhem ou com as quais estejam de alguma forma ligados em um contexto profissional.

85.2 Âmbito de Aplicação Legal

No que diz respeito à aplicação legal, a Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers* elenca de forma enumerativa as áreas legais nas quais a proteção aos denunciantes é garantida, não harmonizando assim totalmente a proteção dos mesmos.[29] A aplicação legal da Diretiva abrange violações no âmbito de aplicação dos atos da União Européia indicados no art. 2, no. 1, alínea a), que dizem respeito aos seguintes domínios: Contratação pública, serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção da lavagem de capitais e do financiamento do terrorismo, segurança e conformidade dos produtos, segurança de transportes, proteção ao meio-ambiente, proteção contra radiações e segurança nuclear, segurança dos gêneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal, saúde pública, defesa do consumidor, proteção da privacidade e dos dados pessoais e segurança da rede e dos sistemas de informação. Adicionalmente a alínea b) prevê proteção em se tratando de infrações oriundas de violações lesivas dos interesses financeiros da União Européia, a que se refere o artigo 325 do TFUE e especificadas em medidas da União aplicáveis.[30] Além disso,

[29] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2020, P. 2.

[30] **Article 325 TFUE:**

1. The Union and the Member States shall counter fraud and any other illegal activities affecting the financial interests of the Union through measures to be taken in accordance with this Article, which shall act as a deterrent and be such as to afford effective protection in the Member States, and in all the Union's institutions, bodies, offices and agencies.
2. Member States shall take the same measures to counter fraud affecting the financial interests of the Union as they take to counter fraud affecting their own financial interests.
3. Without prejudice to other provisions of the Treaties, the Member States shall coordinate their action aimed at protecting the financial interests of the Union against fraud. To this end they shall organise, together with the Commission, close and regular cooperation between the competent authorities.

também enumeradas na alínea c) estão as violações relacionadas com o mercado interno, a que se refere o art. 26, no. 2 do TFUE, inclusive violações das regras da União de concorrência e de auxílios estatais, bem como violações relacionadas com o mercado interno relativamente a atos que violem normas de fiscalidade societária ou a práticas cujo objetivo seja a obtenção de vantagens fiscais que contrariem o objetivo ou a finalidade do direito fiscal societário.[31]

Não existe proteção ao denunciante em denúncias feitas a temas éticos ou violação geral de contratos, tampouco a diretrizes empresariais internas, a não ser que as violações constituam também infrações a leis elencadas na Diretriz.[32]

Aos Estados Membros da União Européia é permitido alargarem a proteção, nos termos do direito nacional, no que toca a domínios ou atos não abrangidos no art. 2 da Diretiva. Isso pode ser feito através da criação de uma lei nacional com proteção a denunciantes, que também pode se aplicar a denúncia de violações nacionais.

86. Obrigação do Estabelecimento de Canais de Denúncia Interna

A principal novidade surgida com a entrada em vigor da Diretiva Européia de proteção a *whistleblowers* é a obrigação do estabelecimento de canais de denúncia interna. De acordo com o art. 8 da Diretiva, entidades jurídicas dos setores público e privado, contando pelo menos com 50 ou mais trabalhadores, são legalmente obrigadas a estabelecer canais de denúncia interna. Ao legislador nacional cabe decidir livremente pelo estabelecimento dos referidos canais para entidades que empregam inclusive menos que 50 trabalhadores. Em virtude dos

4. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, after consulting the Court of Auditors, shall adopt the necessary measures in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the Union with a view to affording effective and equivalent protection in the Member States and in all the Union's institutions, bodies, offices and agencies.
5. The Commission, in cooperation with Member States, shall each year submit to the European Parliament and to the Council a report on the measures taken for the implementation of this Article.

[31] **Article 26 TFUE:**

1. The Union shall adopt measures with the aim of establishing or ensuring the functioning of the internal market, in accordance with the relevant provisions of the Treaties.
2. The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties.
3. The Council, on a proposal from the Commission, shall determine the guidelines and conditions necessary to ensure balanced progress in all the sectors concerned.

[32] Bachmann/ Kremer e outros em Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK), Compliance Management System, Whistleblowing, 2021, Rn. 28.

custos[33] e do complexo aparato administrativo que canais de denúncia trazem consigo, vale explicitar que a decisão de se seguir ou não o disposto na Diretriz no setor privado, deve ser proporcional à dimensão empresarial e aos riscos que sua atividade apresenta para o interesse público.[34] Sem prejuízo dos Estados-Membros poderem incentivar as entidades jurídicas do setor privado com menos de 50 trabalhadores a estabelecer canais de denúncia menos prescritivos do que os estabelecidos na Diretriz, os mesmos canais devem ser capazes de assegurar a confidencialidade e o seguimento diligente da investigação.

No que toca ao setor público, os Estados-Membros podem dispensar da obrigação de se estabelecer canais de denúncias a cidades ou municípios com menos de 10.000 habitantes ou menos de 50 trabalhadores atuantes no órgão público. Além disso, também é possível dispor no âmbito nacional que os canais de denúncia possam ser partilhados por autoridades comuns, desde que os canais de denúncia internamente partilhados sejam distintos e autônomos, relativamente aos canais de denúncia externamente aplicáveis.

Estudos empíricos mostram que a maioria dos denunciantes tende a denunciar internamente, na organização em que trabalha.[35] A denúncia interna é também a melhor forma de fazer chegar as informações às pessoas que podem contribuir para a eliminação rápida e eficaz dos riscos para o interesse público.[36]

87. Obrigação do Estabelecimento de Canais de Denúncia Externa

A Diretriz Européia de proteção a *whistleblowers* prevê em seu art. 10 a criação de canais de denúncia externas pelos Estados-Membros europeus, tendo os últimos que designar autoridades competentes para receber, dar retorno de informação e seguimento a denúncias, além de dotar as autoridades dos recursos adequados para a realização desse fim. A regra é silente quanto à interpretação do que vem a ser "recursos adequados". Fato é que o preenchimento das exigências a que se refere a norma jurídica só é possível, através da criação

[33] Proposta da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10: Prevê-se que os custos de implementação de canais de denúncias para o setor privado (médias e grandes empresas) ascendam a 542,9 milhões de euros de custos únicos e 1.016,5 milhões de euros de custos operacionais anuais. Quanto ao setor público, prevê-se que os custos de implementação ascendam a 204,9 milhões de euros de custos únicos e 319,9 milhões de euros de custos operacionais anuais.

[34] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 25.

[35] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

[36] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

de uma forma organizacional independente e autônoma, na forma de uma separação na organização dos canais de informação geral das autoridades, garantindo a integridade e tratamento confidencial dos relatórios recebidos, incluindo seu armazenamento duradouro, bem como o desempenho de uma função de informação pública abrangente no que diz respeito à estrutura legal e às referências processuais gerais.[37] Adicionalmente faz-se necessário que as autoridades competentes designem pessoal particularmente treinado para lidar com o tratamento de denúncias, e em especial que o último tenha condições técnicas de prestar a todas as pessoas interessadas informações sobre os procedimentos de denúncia, receber e dar seguimento às mesmas, manter contato com o denunciante (para efeitos de dar retorno da informação) e solicitar informações adicionais, se necessário.[38]

88. Igualdade Interna e Externa de Canais de Informação

A Diretriz Européia de proteção a *whistleblowers* prevê em par de igualdade o uso de canais de denúncias interno e externo. O chamado terceiro degrau de denúncia - denúncia feita ao público (ex. à imprensa) - permanece subsidiário aos dois anteriormente mencionados. A origem disso se dá na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre a proteção das fontes na imprensa. Segundo a Suprema Corte, a proteção da fonte jornalística não é simplesmente um privilégio, mas um componente essencial de uma imprensa livre. A proteção das fontes e a proteção das denúncias estão intimamente ligadas.[39] Assim, a Diretriz Européia dá continuação à argumentação do TEDH enfraquecendo a necessidade de se oferecer a denúncia inicialmente a um canal interno.[40]

De acordo com o art. 10 da Diretriz, os denunciantes podem comunicar informações sobre violações diretamente às autoridades, sem haver antes denunciado fatos internamente, por exemplo, em empresas onde trabalham ou tenham trabalhado. No entanto, seguindo o que rege o art. 7 da Diretriz, a regra é a de que a denúncia deva primeiramente ser feita ao canal

[37] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 3.

[38] Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 29: O pessoal das autoridades competentes que é responsável pelo tratamento das denúncias, deverá ter formação profissional, nomeadamente sobre as normas aplicáveis em matéria de proteção de dados, para tratar das denúncias e assegurar a comunicação com os respectivos denunciantes, bem como para dar o seguimento adequado à denúncia.

[39] EGMR, de 21.07.2011 - 28274/08.

[40] Jahn, NWJ-aktuell 20/2019, P. 20.

interno, antes de se proceder à denúncia através de canais externos, em todos os casos em que a violação possa ser eficazmente resolvida a nível interno e sempre que o denunciante considere não existir risco de retaliação. Cabe aos Estados-Membros, com isso, incentivar a denúncia através de canais internos de denúncias.[41]

Questionável nesse contexto é como se harmonizar uma exigência do uso prioritário de um canal interno, onde inexiste o dever legal de fazê-lo. Juridicamente pode-se argumentar no sentido da criação de standards legais de confidencialidade de grau ainda superior aos já existentes a nível Europeu para denunciantes, assim como o alargamento através da inserção de uma regra de "anistia" no parágrafo do Código Penal que regulamenta os efeitos da aplicação da pena no que diz respeito à contribuição para a descoberta de crimes graves, na lei alemã prevista no Código Penal (StGB) no § 46.[42] Tomando a Alemanha apenas a título de exemplo,

[41] Esta fórmula de compromisso decorre do fato de que alguns Estados-Membros, como a Alemanha e a França, terem sido a favor de uma prioridade obrigatória para a denúncia interna, mas não haverem conseguido se impor na formação do acordo. Nesse sentido Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 4.

[42] No Brasil o § 46 StGB traz regras similares à confissão espontânea, prevista no art. 65, alínea d) do Código Penal Brasileiro, assim como a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, conhecidos como tentativa abandonada e previstos no art. 15 do mesmo código.

Compare Hiéramente/ Ullrich, jurisPR-StrafR 25/2019 Anm. 1; zum Spannungsverhältnis zwischen DS-GVO-Auskunftsrechten und Whistleblowerschutz: Dzida, BB 2019, 3060, P. 3066 mit Verweis auf LAG Baden-Württemberg de 20.12.2018 - 17 Sa 11/18, NZA-RR 2019, P. 242 = NZA 2019, P. 711 Ls;

§46 b StGB Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten

(1) Wenn der Täter einer Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist,

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder
2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann, kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern, wobei an die Stelle ausschließlich angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren tritt. Für die Einordnung als Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist, werden nur Schärfungen für besonders schwere Fälle und keine Milderungen berücksichtigt. War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nr. 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. Anstelle einer Milderung kann das Gericht von Strafe absehen, wenn die Straftat ausschließlich mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist und der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat.

(2) Bei der Entscheidung nach Absatz 1 hat das Gericht insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und den Umfang der offenbarten Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung oder Verhinderung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung, das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Täter und die Schwere der Tat, auf die sich seine Angaben beziehen, sowie
2. das Verhältnis der in Nummer 1 genannten Umstände zur Schwere der Straftat und Schuld des Täters.

e sem nenhum prejuízo de outras regras dispostas em outros ordenamentos jurídicos europeus, seria necessário promover a comparação dos crimes objeto da Diretriz de proteção a *whistleblowers* e terceiros com os previstos no § 100 do Código Processual Alemão (StPO), considerados crimes graves e garantir também a esses crimes as garantias trazidas pela nova diretriz.

Quanto à prática empresarial, é de suma importância que canais de denúncia sejam comunicados em toda a empresa ou grupo empresarial (em se tratando de conglomerados empresariais) e para todos os funcionários, independentemente de sua hierarquia, de forma clara e simples. Seu uso e regras devem estar disponíveis não apenas em diretrizes internas da empresa, como também na intranet, em página interna dedicada a isso. Além disso, a credibilidade do canal de denúncias começa com o "tone from the top", em que a diretoria geral reconheça o canal e o propague dentro da empresa de forma positiva e credível. Adicionalmente, é dever do Compliance Officer ou do especialista da área de Compliance endereçar o assunto em treinamentos a funcionários, mas também através de newsletters, competições internas, testes, risk assessments, medidas internas de comunicação, na avaliação anual de funcionários em condicionamento ao recebimento de parte do bônus, entre outras. Sobretudo é necessário deixar claro para os empregados o caráter confidencial no uso do canal de denúncia interno, criando segurança em seu uso, assim como no tratamento da denúncia.[43] Quanto maior a sua confiança no uso do canal, maior a chance dele ser usado. Isso poderá levar empregados a preferirem usar o canal interno antes de se dirigirem a órgãos externos.

Existe entendimento na literatura, de que o oferecimento de vantagem financeira ao *whistleblower* possa encorajá-lo a "quebrar o muro do silêncio" na preferência do uso do canal interno.[44] No entanto, essa forma de oferecimento de vantagem, pode criar uma atmosfera de desconfiança, além de ser pouco centrada no êxito empresarial, razão pela qual não deva ser seguida.[45]

---

(3) Eine Milderung sowie das Absehen von Strafe nach Absatz 1 sind ausgeschlossen, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 der Strafprozessordnung) gegen ihn beschlossen worden ist.

[43] Para maiores informações quanto à implementação de sistemas de *whistleblowers* em empresas européias, veja estudo suíço sobre a prática do procedimento de desenvolvimento de proteção a denunciantes no link: www.whistleblowingreport.de

[44] Granetzny/ Krause, CCZ 2020, P. 29; Schmolke, NZG 2020, 5-11; Dzida, NZA Editorial 23/2012.

[45] Não existe na Alemanha incentivo legal de pagamento de prêmios a informantes. O lado positivo gerado pela parte financeira consiste na tentativa de motivação do denunciante em usar o canal de denúncia interno, ao

Os artigos 13 e 15 da Diretriz regulam a possibilidade de proteção no oferecimento da denúncia às autoridades públicas e à imprensa apenas como *ultima ratio.* De acordo com o prescrito, aquele que fizer a denúncia pública à imprensa beneficia-se de proteção, desde que se verifique ter inicialmente efetuado uma denúncia interna ou externa, sem que tenham sido tomadas medidas adequadas como consequência da denúncia no prazo legal. Além disso, a informação sobre a infração deve ser publicada quando se tenha motivos para crer que a violação constitua perigo iminente ou manifesto para o interesse público (em situação de emergência) ou de risco irreversível, ou que exista um risco de retaliação, perspectiva diminuta de que a violação seja resolvida de forma eficaz, ou em situações em que os elementos de prova podem ser ocultados ou destruídos, ou ainda em hipóteses em que uma autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou estar envolvido na mesma.

Indiscutível é o fato de que com a inserção do sistema tripartite de denúncia a nível europeu, a possibilidade do denunciante se volver ao órgão público anteriormente à empresa, traz consigo enormes riscos à reputação da última. Aparenta ser duvidosa a possibilidade externa incondicional que o oferecimento de denúncias diretamente às autoridades públicas equilibre adequadamente os interesses conflitantes do interesse público no processo e liberdade de expressão do denunciante, de um lado, e *pars pro toto*, os interesses econômicos da empresa.[46] Nesse sentido, a lição que fica para o legislador nacional é, sem sombra de dúvidas, cuidar para que haja suficiente apoio aos canais de denúncia internos.

89. Confidencialidade

A Diretiva requer dos Estados-Membros que os canais de denúncias sejam concebidos de tal forma, que não permitam acesso a pessoal não-autorizado para recebê-la, além de terem que assegurar a confidencialidade do denunciante e terceiros mencionados na denúncia.

No que diz respeito a canais internos, a confidencialidade é estatuída como mandamento e está direcionada sobretudo à identidade do denunciante e terceiros mencionados

invés de se voltar, primeiramente, ao canal de denúncia externo. Ou através da motivação de denunciantes que já não mais trabalham para a empresa, cuja infração de regra interna ou lei chegou a seu conhecimento durante o período da existência do contrato de trabalho.

[46] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

na denúncia, a fim de impedir o acesso de pessoal não autorizado, de acordo com o art. 9 da regra européia.

Quanto à canais externos, o art. 12 dispõe que os mesmos precisem ser concebidos, instalados e operados de forma a assegurar a exaustividade, integridade e confidencialidade das informações e a também impedir o acesso de pessoal não-autorizado. Dessa forma, ambos os canais interno e externo oferecem a *whistleblowers* e terceiros a mesma proteção referente à sua identidade.

Questionável é ainda assim, se a proteção de dados pessoais a que se refere a Diretiva é absoluta ou se *whistleblowers* ou terceiros podem, em certos casos, ter seus dados revelados sob algumas circunstâncias.

O entendimento do art. 16 da Diretriz, é que os Estados-Membros precisam garantir que sem o explícito consentimento do denunciante, nenhum de seus dados pessoais, derivados ou não de sua identidade, sejam revelados a pessoa diferente daquela responsável pelo processamento da denúncia. No entanto, o parágrafo 2 do mesmo artigo dispõe que a identidade do *whistleblower* seja revelada, se uma obrigação necessária e proporcionada imposta pelo direito da União ou direito nacional, no contexto de uma investigação por autoridades nacionais ou processos judiciais existir, inclusive com vista a salvaguardar os direitos de defesa da pessoa visada. Em tendo sua identidade ou seus dados revelados, o denunciante terá que ser informado antes que a divulgação dos mesmos ocorra.

Nesse contexto a primeira decisão do LAG (Tribunal do Trabalho de Stuttgart), de 20 de dezembro de 2018, que julgou que empregados devam ter o direito de inspecionar arquivos em denúncias feitas por terceiros, as quais lhe digam respeito.[47] A mera promessa de manter a identidade em segredo não é, por si só, razão suficiente para uma retenção permissível de informações sobre o denunciante.[48]

A proteção da identidade e demais dados pessoais de *whistleblowers* não é absoluta. Ao contrário, o *whistleblower* deve contar com o fato de que sua identidade possa ser revelada, se ele a fizer constar da denúncia.

---

[47] LAG Stuttgart 20.12.2018 - 17 Sa 11/18.

[48] Altenbach/ Dierkes, EU-Whistleblowing-Richtlinie und DSGVO, 2020, P. 129. Esse artigo não trata de regras específicas do Direito da Proteção de dados ou do Direito do Trabalho, que possam estar relacionadas com a Diretiva Européia.

Esse posicionamento reflete a prática jurídica atual alemã. A forma mais segura de um *whistleblower* revelar a sua identidade é se dirigir a um advogado que atue enquanto *Ombudsmann* na resolução da denúncia. No entanto, o Tribunal Regional de Bochum decidiu em segunda instância, que os documentos que um advogado recebe, prepara e armazena enquanto *Ombudsmann* sobre as referências ou fatos recebidos do *whistleblower*, não são livres de apreensão, segundo o § 97, (1) no. 3 StPO (Código de Processo Penal alemão), uma vez que a relação de mandato do O*mbudsmann* só existe para com a empresa e o denunciante não é considerado acusado, mas simplesmente testemunha.[49]

Na decisão do Jones Day, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão, a seguir Supremo Tribunal Federal) também declarou que a proibição de apreensão à luz do art. 97 (1) no. 3 StPO (Código de Processo Penal alemão) pressupõe uma relação de confiança entre a pessoa sujeita ao sigilo profissional e a pessoa acusada.[50] O § 160 a (1) no. 1 da mesma lei proíbe medidas de investigação contra advogados que presumivelmente produziriam conclusões ou provas sobre as quais eles estariam autorizados a se recusar a testemunhar.[51] Entretanto, de acordo com o § 160 a (5) da StPO, esta disposição é considerada

[49] Vitorino Clarindo dos Santos, Jorgete, 2020, Palestra "Investigações Internas" no ICRio: *https://youtu.be/j8fAUKlizhU*; LG Bochum NStZ 2016, P. 500; Crítica feita por Park, Beschlagnahme und Durchsuchung, 4. Aufl. 2018, Rn. 545 e seguintes; Vogel/ Poth CB 2019, P. 45, sobretudo a 48; LG Hamburg NJW 2011, P. 942 (HSH Nordbank).

§ 97 StPO Beschlagnahmeverbot

Abs. 1 Der Beschlagnahme unterliegen nicht
3. andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten erstreckt.

[50] BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2388, Rn. 83 ff; Crítica feita por Xylander/ Kiefner/ Bahlinger BB2018, P. 2953, sobretudo 2954.

[51] Dilling, CCZ 2019, P. 6.

§ 160a StPO
Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern

(1) 1Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder Nummer 4 genannte Person, einen Rechtsanwalt oder einen Kammerrechtsbeistand richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese das Zeugnis verweigern dürfte, ist unzulässig. 2Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. 3Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. 4Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnungen ist aktenkundig zu machen. 5Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine Ermittlungsmaßnahme, die sich nicht gegen eine in Satz 1 in Bezug genommene Person richtet, von dieser Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.

(2) 1Soweit durch eine Ermittlungsmaßnahme eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen;

regra acessória em relação ao § 97 do Código de Processo Penal, considerado l*ex specialis*, no caso da apreensão.[52] Além disso, o interesse do Estado no Processo Penal prevalece sobre o interesse do cliente no que toca ao sigilo.[53] Desta forma, um denunciante (que não seja também acusado) e que procura um advogado enquanto *Ombudsmann* (e não enquanto advogado de defesa) deve temer, *de lege lata*, que sua identidade seja revelada, caso o escritório de advocacia que contratado, sofra as consequências de um mandado de busca e apreensão (em sendo o escritório objeto de busca e apreensão sobre o assunto, cujo denunciante relatou).[54] É preciso salientar, no que toca à confidencialidade da relação cliente-advogado, que o Supremo Tribunal Federal, em sua constante jurisprudência, geralmente estabelece altos padrões de exigência para a busca e apreensão em escritórios de advocacia, razão pela qual a mesma felizmente não configure prática cotidiana no país.[55]

O mesmo não se pode afirmar em relação a empresas, que não podem invocar a disposição do § 160 a, do Código de Processo Penal, que provavelmente será aplicável em quaisquer casos em que a busca não for também destinada a uma apreensão.[56]

Portanto, não é correto afirmar que os sistemas de denúncias baseados na internet ou intranet de empresas protejam melhor a confidencialidade das informações e o anonimato dos

---

betrifft das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung, ist in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen. 2Soweit geboten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken. 3Für die Verwertung von Erkenntnissen zu Beweiszwecken gilt Satz 1 entsprechend. 4Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Rechtsanwälte und Kammerrechtsbeistände.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden, soweit die in § 53a Genannten das Zeugnis verweigern dürften.

(4) 1Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist. 2Ist die Tat nur auf Antrag oder nur mit Ermächtigung verfolgbar, ist Satz 1 in den Fällen des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 anzuwenden, sobald und soweit der Strafantrag gestellt oder die Ermächtigung erteilt ist.

(5) Die §§ 97, 100d Absatz 5 und § 100g Absatz 4 bleiben unberührt.

[52] BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2387, Rn. 73 e seguintes.

[53] BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2389, Rn. 90.

[54] Dilling, CCZ 2019, P. 6, Rn. 218.

[55] BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2386, Rn. 68; Park, Beschlagnahme und Durchsuchung, 4. Aufl. 2018, Rn. 828: „Das BVerfG verlangt insoweit für die Beschlagnahme bei Berufsgeheimnisträgern eine „besondere verfassungsrechtliche Rechtfertigung.“

Das korrelierende Verbot der überschießenden“ Beweis- und Datengewinnung spielt in der Verfahrensrealität nur selten eine Rolle. Die Ermittlungsbeamten gehen hier sehr häufig mit der „Staubsaugermethode“ vor. Dies wirkt dann besonders schwer, wenn Grundrechte unbeteiligter Dritter betroffen sind.“

[56] Xylander/ Kiefner/ Bahlinger, BB 2018, P. 2953, sobretudo 2954; Dilling, CCZ 2019, P. 6, Rn. 218.

denunciantes, do que o uso de advogados enquanto *Ombudsmänner/ Ombudsleute*.[57] Isto porque as empresas que recebem denúncias ou relatos de *whistleblowers*, não podem invocar a confidencialidade da comunicação entre advogado e cliente, o que também é de interesse público, e assim, possivelmente atacar a falta de proporcionalidade de um mandado de busca e apreensão. [58]

Além disso, no caso de uma busca em escritório de um advogado, não se deve temer que as autoridades investigadoras possam fazer uso de seu poder discricionário e, de acordo com o § 110, Subseção 1, Código de Processo Penal, "examinar" todo o banco de dados e, além disso, também os documentos e informações de clientes e denunciantes que não são diretamente afetados pela denúncia feita pelo *whistleblower*, o que não é necessariamente verdadeiro quanto a empresas.[59] Portanto, mais sensato é combinar as possibilidades técnicas oferecidas pelos sistemas de denúncia baseados na internet e os privilégios legais existentes para advogados, a fim de proporcionar a maior proteção possível aos denunciantes, de tal forma que as informações transmitidas com segurança pelos mesmos, possam, da mesma forma, ser recebidas pelos advogados.[60] Estes também podem se colocar à disposição para as reuniões presenciais a que se refere o art. 9 § 2 da Diretriz.

Adicionalmente, de acordo com seu art. 3, no. 3, alínea b), a Diretriz não afeta a aplicação da legislação da União ou nacional no que diz respeito à proteção das obrigações de confidencialidade dos advogados e médicos.[61]

Ao mesmo tempo, geralmente pode acontecer no curso de investigações internas - se necessário após notificações internas de acordo com o art. 8 da Diretriz - que as autoridades de aplicação da lei "intervenham"[62] e apreendam documentos das empresas, o que pode ocasionar na revelação da identidade do denunciante.[63]

---

[57] Wiedmann/ Seyfert, CCZ 2019, P. 12, sobretudo 17; Dilling, CCZ 2019, P. 6.

[58] Dilling, CCZ 2019, P. 6.

[59] Dilling, CCZ 2019, P. 6; Peters, NZWiST 2017, P. 465, sobretudo 467; Heinrich, wistra 2017, P. 219, sobretudo 223; Basar/ Hiéramente, NStZ 2018, P. 681: Tradução livre do comentário dos autores, no original disponível na nota de roda-pé no. 55: "A proibição correlata de provas excessivas e coleta de dados raramente desempenha um papel na realidade processual. Os investigadores muitas vezes procedem aqui com o "método do aspirador de pó". Isto tem um efeito particularmente severo, quando os direitos fundamentais de terceiros não envolvidos são afetados".

[60] Dilling, CCZ 2019, P. 6.

[61] Dilling, CCZ 2019, P. 6.

[62] Dilling, CCZ 2019, P. 6; Xylander/ Kiefner/ Bahlinger BB 2018, P. 2953, sobretudo 2956.

[63] Dilling, CCZ 2019, P. 6; Rieder/ Menne CCZ 2018, P. 203, sobretudo 205.

A confidencialidade da identidade do denunciante é, portanto, protegida apenas de forma muito limitada pelo art. 16 da Diretriz. Dessa forma, é particularmente alarmante que o art. 5, no. 2 da mesma deixe ao critério dos Estados-Membros a decisão de aceitar ou não relatórios anônimos e dar seguimento aos mesmos. Entretanto, se o denunciante não puder ter a certeza de que sua identidade será protegida, ele apresentará sua denúncia de forma anônima, em caso de dúvida. Se tal denúncia anônima não for recebida e acompanhada como deve, ela falhará.[64]

Não obstante e de acordo com o art. 25, no. 1 da Diretriz, os Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições mais favoráveis aos direitos dos denunciantes do que os dispostos na regra européia. Como a salvaguarda da identidade do denunciante é uma preocupação central da Diretiva, isto deve ser absolutamente protegido na prática, para que os objetivos pretendidos pelo denunciante possam ser levados a cabo.[65] Assim, o conflito entre os interesses da aplicação da lei, por um lado, e a confidencialidade dos dados pessoais do denunciante de outro, deve ser resolvido de acordo com os objetivos da Diretiva, de forma que estes últimos estejam livres de apreensão.[66] Pois se é verdade que a denúncia muitas vezes falha devido à falta de confiança existente por parte dos denunciantes, a resolução do fato só poderá ser bem sucedida se a sua identidade e seus dados pessoais forem protegidos e o denunciante possa ter a certeza de que assim permanecerá, em qualquer caso.[67]

[64] Dilling, CCZ 2019, P. 6; Bitmann/ Brockhaus/ v. Coelln/ Heuking, NZWiST 2019, P. 1, sobretudo 5.

[65] Dilling, CCZ 2019, P. 6.

[66] Vogel/ Poth, CB 2019, P. 45, sobretudo 47. Tradução livre do comentário dos autores: "A apreensão de relatos de denunciantes desorganiza a arquitetura de um sistema de denúncia eficaz e funcional“.

[67] Vogel/ Poth, CB 2019, P. 45, sobretudo 47. Tradução livre do comentário dos autores: "Denunciantes que não podem confiar na preservação de seu anonimato raramente denunciarão violações de lei por medo de represálias, independentemente do nível de proteção legal, para não se exporem a acusações de denúncia (muro de silêncio)“. Dilling, CCZ 2019, P. 6. Bittmann/ Brockhaus/ v. Coelln/ Heuking, NZWiSt, 2019, P. 1, sobretudo 5. Tradução livre do comentário dos autores: “Entretanto, no contexto da denúncia, há uma necessidade urgente de reconhecer o direito dos *Ombudsmänner*/*Ombudsleute* ao silêncio e à liberdade de apreender seus documentos, pois a eficácia de um sistema de denúncia depende do anonimato dos denunciantes”.

90. Medidas de Proteção de Denunciantes

90.1 Proteção Contra Represálias e Imputação de Responsabilidade e Punição

A carência de proteção adequada diante do previsto na Diretriz quanto à identidade do denunciante já foi exaustivamente tratada no ponto 6 deste artigo.

De acordo com o previsto no art. 19 da Diretriz, os Estados-Membros devem proibir qualquer forma de retaliação contra denunciantes.

A definição do que vem a ser retaliação está prevista no art. 3, no. 12 da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União. Segunda esta, "retaliação" é qualquer ameaça, omissão ou ato, proferidas ou praticado em consequência da denúncia interna ou externa, que ocorra em contexto profissional e cause ou possa causar prejuízos injustificados ao denunciante.

Os prejuízos estão também listados pelo legislador no art. 19, incluindo particularmente a suspensão, despedimento, despromoção ou não promoção, alteração de funções, alteração do local de trabalho, redução de salários e alteração do horário de trabalho, recusa de formação, avaliação negativa de desempenho ou referência negativa para fins de emprego, imposição ou administração de qualquer medida disciplinar, admoestação ou outra sanção, (incluindo a financeira) coação, intimidação, assédio ou ostracização, discriminação, desfavorecimento ou tratamento injusto, não conversão de um contrato de trabalho temporário em um contrato permanente, sempre que o trabalhador tiver expectativas legítimas de que lhe seria oferecido emprego permanente, não renovação ou rescisão antecipada de um contrato de trabalho temporário, danos, inclusivamente à sua reputação, nomeadamente nas redes sociais, ou perda financeira, incluindo perda de negócios e perda de rendimentos, inclusão em lista negra, com base em acordo formal ou informal à escala setorial, que possa implicar a impossibilidade de, no futuro, os denunciantes encontrarem emprego no setor ou na indústria, rescisão antecipada ou resolução do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, revogação de licença ou autorização, assim como encaminhamento para tratamento psiquiátrico médico.

É indispensável haver o nexo causal entre as medidas elencadas e a denúncia do *whistleblower*, ou seja, uma estreita ligação entre a denúncia e o tratamento desfavorável sofrido, direta ou indiretamente pelo denunciante, de forma a esse tratamento desfavorável ser

considerado um ato de retaliação e, consequentemente, o denunciante poder beneficiar-se da proteção jurídica nesse contexto.[68]

A proteção contra a retaliação como meio de salvaguardar a liberdade de expressão e a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social é concedida tanto a pessoas que comuniquem informações sobre atos ou omissões dentro de uma organização (através de uma denúncia interna), quanto à uma autoridade externa (através da denúncia externa), como à pessoas que disponibilizem essas informações na esfera pública, por exemplo, diretamente ao público, através de plataformas em linha ou redes sociais, ou aos meios de comunicação social, representantes eleitos, organizações da sociedade civil, sindicatos ou organizações empresariais e profissionais.[69]

No que concerne a imputação de responsabilidade, a mesma está regulamentada no art. 21, no. 2 da Diretriz, segundo o qual à *whistleblowers* não será imputada qualquer tipo de responsabilidade, desde que os mesmos tenham motivos razoáveis para crer que a comunicação ou divulgação pública de suas informações foi necessária para revelar uma violação nos termos da Diretriz, especialmente em matérias previstas no art. 21, no. 7, nomeadamente em processos judiciais por difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou que tenham por objeto pedidos de indenização com fundamento no direito privado, público ou em contratos coletivos de trabalho.

As altas custas judiciais oriundas de contestação através da via judicial, são tema que podem assustar denunciantes, conforme o antevisto na Exposição de Motivos no. 99 da Diretriz. Assim, empresas empenhadas em calá-lo, tentarão provar a sua má-fé, pretendendo com isso retirá-lo do manto da proteção legal, imputando-o dessa forma responsabilidade.[70] Cabe ao denunciante, então, alegar o disposto no no. 99 da Exposição de Motivos da Diretriz, que sua denúncia está embasada pela mesma, cabendo a empresa atual ou ex-empregador provar o contrário.[71]

Objeto de crítica feita nesse contexto por *Dilling*, no entanto, se dá ao fato de haver pouco apoio na Diretriz quanto à solução do problema surgido com o art. 21, no. 7, uma vez que é o próprio *whistleblower* quem tem que provar quais são os motivos razoáveis que

[68] Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 25.
[69] Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 25.
[70] Dilling, CCZ 2019, P. 9.
[71] Dilling, CCZ 2019, P. 9.

embasam a necessidade do oferecimento da denúncia ou divulgação pública na revelação da violação, e não o empregador ou ex-empregador.[72] Essa não é matéria de fácil produção de prova, enquanto réu, salientando aqui a falta de regulamentação da inversão do ônus da prova.[73] Dependendo da condição financeira e emocional e de saúde em que se encontre o *whistleblower*, as consequências de um processo de responsabilização podem dissuadí-lo a oferecer denúncias.

Finalmente, no que toca à proteção contra represálias diversas das acima aludidas, a Diretriz Européia prevê em seu art. 21, no. 8 que os Estados-Membros devem tomar medidas necessárias para garantir a disponibilidade de vias de recurso e de indenização integral dos danos sofridos pelas pessoas objeto de proteção no art. 4, que preencham os requisitos do art. 5, no. 1, qual seja, haver oferecido a denúncia de boa-fé. Entre essas medidas garantidoras se incluem assistência financeira e medidas de apoio, incluindo apoio psicológico aos denunciantes no âmbito de processos judiciais.[74]

90.2 Inversão do Ônus da Prova

Segundo a Diretriz, é provável que, para justificar atos de represália, seja difícil para o denunciante provar a existência do nexo de causalidade entre a denúncia e a retaliação, tendo, possivelmente, os autores das últimas mais poder e recursos para documentar as medidas tomadas, assim como a sua fundamentação. Por conseguinte, assim que o denunciante demonstre *prima facie* que denunciou violações ou que realizou uma divulgação pública nos termos da Diretiva e que sofreu um prejuízo, deverá haver uma inversão do ônus da prova para a pessoa que tomou as medidas prejudiciais à qual caberá demonstrar que essas medidas não estavam, de modo algum, associadas à denúncia ou à divulgação pública.[75]

No que diz respeito à inversão do ônus da prova, existe entendimento doutrinário de que esse posicionamento da Diretriz traz consigo risco de abuso, uma vez que empregados podem pretender com o oferecimento de uma "suposta denúncia" não serem demitidos.[76] Observa-se esse comportamento sobretudo em países europeus, nos quais o sistema de proteção a

[72] Dilling, CCZ 2019, P. 9.

[73] Sobre a inversão do ônus da prova veja o item 7.2.

[74] O reconhecimento do oferecimento desse tipo de garantias está disposto no art. 20, no. 2 da Diretriz.

[75] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 32.

[76] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

whistleblowers é enraizado, citando aqui a Grã-Bretanha como exemplo. Assim, não é raro que o número de denúncias aumente na Inglaterra, quando uma empresa está prestes a fazer cortes de pessoal.[77] Com o objetivo de combater essa prática, o empregador deve produzir extensa documentação para poder provar, se necessário, em uma ação de demissão posterior, que as medidas não estavam relacionadas com a denúncia promovida pelo empregado.[78]

Outro aspecto a ser relatado é que, de acordo com o art. 21 no. 1 da Diretriz, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir a proteção contra atos de retaliação, das pessoas que gozam da proteção da Diretriz. E assim, o no. 6 do mesmo artigo prevê que as pessoas a que se referem o art. 4° devem ter acesso a medidas corretivas contra atos de retaliação, se for o caso disso, inclusivamente a medidas cautelares enquanto aguardam a resolução dos processos judiciais, nos termos do direito nacional.

O art. 21, no. 5 regulamenta que em procedimentos perante um tribunal ou outra autoridade, relativos a prejuízos sofridos por um denunciante, e sujeito à demonstração pelo denunciante de que fez uma denúncia ou uma divulgacão pública e sofreu um prejuízo, deve presumir-se que o prejuízo corresponde a uma retaliação por ter feito a denúncia ou a divulgação pública. Nesses casos, recai na pessoa que tomou a medida prejudicial demonstrar que tal medida se baseou em motivos devidamente justificados. Na exposição de motivos de no. 95 da Diretriz, se reconhece que embora os tipos de ação judicial possam variar de acordo com os sistemas jurídicos, deverão garantir que a indenização ou a reparação seja real e efetiva, de forma proporcionada aos prejuízos sofridos e dissuasora.

É preciso que fique claro, ainda assim, que a prática da proteção dada ao denunciante é limitada. Não será demasiadamente difícil ao empregador provar a inexistência do nexo de causalidade entre a denúncia e, por exemplo, a demissão, em casos em que uma advertência tenha sido feita por escrito já contando algum tempo em relação ao oferecimento da denúncia.[79] Portanto, a inversão do ônus da prova só ajuda o denunciante em parte. É sabido que a falta de igualdade financeira na busca pelo direito em juízo pode levar empresas a arrastarem processos

[77] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.
[78] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.
[79] Dilling, CCZ 2019, P. 8.

por anos, o que dificultará em muito, a situação do *whistleblower*.[80] Em países em que inexiste a Defensoria Pública, é preciso que o denunciante encontre não apenas um, mas vários advogados que estejam dispostos a atuar em sua defesa, recebendo apenas valores pré-determinados em tabelas de recebimento de honorários mínimos, o que não é necessariamente fácil de ser encontrado.[81] Enfatize-se aqui que a complexidade da matéria é tamanha, que o *whistleblower* de fato precisará de mais de um profissional com a qualificação adequada para defendê-lo.[82] É de pouca utilidade, assim, "ter ou estar com o Direito" se lhe falta recursos na execução de sua pretensão.[83]

Recomenda-se, nesse contexto, que as empresas em particular documentem exaustivamente as avaliações de seus funcionários, sistemas de bônus, desenvolvimentos de carreira, emitam avisos, bem como problemas e conflitos que já tenham sido levantados de forma isolada, a fim de criar uma base de provas favorável para a empresa no caso de uma disputa legal.[84]

90.3 Sanções

O art. 23, no. 2 da Diretriz dispõe que os Estados-Membros prevejam sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis a pessoas físicas ou jurídicas que impeçam ou tentem impedir a denúncia, pratiquem atos de retaliação contra denunciantes, instaurem processos vexatórios ou violem o dever de manutenção da confidencialidade de sua identidade ou dados.

A lei européia prevê ainda - além da proibição expressa de retaliação imposta por lei - que é essencial que os denunciantes que sejam alvo de atos de retaliação, tenham acesso a vias de recurso e a uma indenização. O recurso adequado para cada caso deverá ser determinado em

---

[80] Dilling, CCZ 2019, P. 8.

[81] Além disso, a concordância do juízo com o oferecimento de justiça gratuita se refere apenas a um único advogado contratado.

[82] Dilling, CCZ 2019, P. 8.

[83] Essa dificuldade é reconhecida na exposição de motivos no. 99 da Diretriz Européia, segundo a qual as custas judiciais poderão constituir uma despesa significativa para os denunciantes que contestem, por via judicial, as medidas de retaliação de que são alvo. Embora possam recuperar essas custas no final do processo, poderão não ter a capacidade de desembolsar as referidas custas no início do processo, especialmente se estiverem desempregados e incluídos numa lista negra. Em certos casos, o apoio judiciário no âmbito de processos penais, em particular quando os denunciantes cumprem as condições estabelecidas na Diretiva (UE) 2017/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, e, de um modo mais geral, o apoio às pessoas em situação de grave carência econômica poderão ser essenciais para o exercício efetivo dos seus direitos à proteção.

[84] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

função do tipo de retaliação sofrida e a indenização pelo prejuízo deverá ser integral, de acordo com o direito nacional. O recurso adequado poderá assumir a forma de ação de reintegração, por exemplo, em caso de despedimento, transferência ou despromoção, bem como de recusa de formação ou de promoção, ou de reativação de uma autorização, de uma licença, ou de um contrato; de indenização por perdas financeiras atuais e futuras, por exemplo, por perda de salários vencidos, mas também por perda futura de rendimentos, custos adicionais a uma mudança de emprego; e de indenização por outros prejuízos econômicos, como despesas de contencioso e custos de assistência médica, bem como por danos morais tais como dor e sofrimento.[85]

De acordo com a exposição de motivos no. 102 da Diretriz, as sanções penais, civis ou administrativas são necessárias para assegurar a eficácia das normas em matéria de proteção dos denunciantes. Acredita-se que a imposição de sanções a pessoas que pratiquem atos de retaliação ou outros atos prejudiciais contra denunciantes pode desencorajá-los à prática dos mesmos.

A sanção no que toca à divulgação de informações falsas feitas pelo *whistleblower* quando do oferecimento da denúncia (art. 23, no. 2), será tratada no item 7.4 à seguir.

7.4 Veracidade como Critério de Motivação da Denúncia do *Whistleblower*

Whistleblowers beneficiam-se da proteção garantida pelo legislador europeu se as informações sobre as violações que comunicaram eram verdadeiras no momento em que foram transmitidas na denúncia e cujas matérias estavam cobertas pelo âmbito de aplicação da Diretriz, de acordo com o disposto em seu art. 6, no. 1, alínea a).

A proteção legal requer a veracidade da informação apresentada pelo *whistleblower*, não estando amparados legalmente denunciantes que estando cientes, informam fatos ou situações contendo erro. A veracidade como critério de motivação da denúncia do *whistleblower* é anterior à própria diretriz e já constava do trabalho de autoria da Assembléia Parlamentar Européia no. 2300, de 2019.[86]

[85] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 32.
[86] Resolution 2300, 2019, Improving the protection of whistleblowers all over Europe.

Irrelevante para o oferecimento da denúncia permanece o motivo que moveu o denunciante a denunciar.[87]

Segundo a exposição de motivos da Diretriz, a veracidade, enquanto requisito de motivação da denúncia, é uma salvaguarda essencial contra denúncias de má-fé, levianas ou abusivas, uma vez que garante que as pessoas que, no momento da denúncia, deliberadamente e com conhecimento de causa, comunicam informações erradas ou enganosas, não gozem de proteção. Simultaneamente, o requisito garante que a proteção não cessa se o denunciante tiver comunicado informações inexatas sobre violações, de boa-fé.[88] De igual modo, os denunciantes deverão ter direito a proteção ao abrigo da Diretiva se tiverem motivos razoáveis para crer que as informações comunicadas são abrangidas pelo seu âmbito de aplicação.[89]

Uma das dificuldades apresentada pela doutrina se encontra em assegurar que o *whistleblower* não atua de má-fé, quando denúncia.[90] Haverá sempre o risco de que a parte contrária tente provar a inexistência da boa-fé, com o objetivo de retirar do denunciante a proteção garantida por lei.[91]

O ordenamento europeu de proteção a denunciantes, no que toca à veracidade da informação como critério de motivação da denúncia, assemelha-se ao § 93 Abs. 1, S. 2 da lei das sociedades anônimas alemã (AktG), que codifica a chamada *Business Judgement Rule*. Segundo a AktG, a diretoria não viola seu dever de tomar uma decisão comercial com base em informações adequadas, mesmo que tal decisão se revele posteriormente errada, se tiver agido de boa-fé. [92] Em ambas as leis de proteção a denunciantes, quanto a referência da *Business*

---

[87] Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 6.

[88] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

[89] Exposição de motivos da Diretiva européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

[90] Garden/ Hiéramente, BB 2019, P. 963, sobretudo 964: „Unklar ist, welchen Sorgfaltsmaßstab der Hinweisgeber bei Prüfung der Voraussetzungen für eine Meldung zugrunde zu legen hat“; Vogel/ Poth, CB 2019, P. 45, sobretudo 46.

[91] Dilling, CCZ 2019, P. 4.

[92] Vitorino Clarindo dos Santos, Jorgete, Rechtsfragen der Compliance in der internationalen Unternehmensgruppe, 2013, P. 5.

§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG
Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das

Judgement Rule na lei das sociedades anônimas, privilegia-se uma decisão tomada de boa fé, baseada em fatos válidos.[93]

Não é questão fácil de se avaliar na prática empresarial a existência da boa-fé baseada em informações existentes da diretoria, que pode, no tocante a isto, contar com advogados altamente qualificados e experientes em sua defesa.[94] Se *whistleblowers* poderão arcar com a mesma armadura técnica a seu favor, os anos de prática de aplicação da lei demonstrá-lo-ão. *Dilling* acrescenta que denunciantes com falta de conhecimento na área jurídica possam encontrar dificuldade até mesmo em saber se as informações que desejam revelar, estão incluídas nas matérias que estão sob o alcance da Diretriz.[95]

A prática empresarial mostra grande diversidade de motivos pelos quais alguém se torne um denunciante, sendo alvo de crítica o legislador europeu por parecer conhecer apenas dois tipos: Os que agem de boa-fé e aqueles que denunciam de má-fé. Não carece de dúvidas a necessidade de proteção do *whistleblower* que age de boa-fé, independente dos fatos elencados na denúncia por ele apresentada gozarem ou não de veracidade - o que já lhe falta proteção legal na última hipótese. O fato é que a prática na matéria de investigação em grupos empresarias é por vezes mais complexa do que o caso ao qual a lei oferece proteção, lidando o Compliance Officer não raramente com denunciantes que, na esmagadora maioria dos casos, participaram, de alguma forma, naquilo que denunciam, seja enquanto co-autores, ou através de atos de ação ou omissão que os compromete, sequer os incrimina. Co-autores e partícipes não denunciam, via de regra, informações falsas.[96] No entanto, é questionável se a proibição de represália permitirá que empresas possam, na esfera trabalhista, punir denunciantes disciplinarmente, se se ficar provada a sua esfera de responsabilidade. Segundo *Hommel*, isto se faz necessário, para que se possa alcançar resultados adequados, tanto no que diz respeito às responsabilidades pessoais, quanto para garantir o funcionamento geral e a aceitação de um sistema de gerenciamento de Compliance na empresa.[97]

Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

[93] Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

[94] Dilling, CCZ 2019, P. 4.

[95] Dilling, CCZ 2019, P. 4.

[96] Hommel, CCZ 2021, Die Zusammenarbeit mit Whistleblowern - Anmerkungen zu der EU-Whistleblower-Richtlinie, P. 2 e 3.

[97] Hommel, CCZ 2021, Die Zusammenarbeit mit Whistleblowern - Anmerkungen zu der EU-Whistleblower-Richtlinie, P. 3.

A Diretriz prevê em seu art. 23 no. 2, que os Estados-Membros devem prever sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis a denunciantes, nos casos em que os últimos tenham comunicado ou divulgado publicamente, com conhecimento de causa, informações falsas. Igualmente devem os Estados prever medidas de indenização dos danos resultantes de tais denúncias falsas ou divulgação pública, de acordo com o direito nacional. É inadmissível que o denunciante movimente o aparato interno de uma empresa, assim como a máquina estatal, se de antemão tem ciência que divulga informação que não é verdadeira. Vale lembrar que há factível dificuldade de prova nesse caso.

91. Procedimento

Quanto ao procedimento de recebimento e tratamento de denúncias internas, a Diretriz européia prevê em seu art. 9, no. 1, alínea b) que seja enviado aviso de recebimento da denúncia ao *whistleblower* num prazo de sete dias, a contar da data de recepção.

Além disso, é necessário que seja designada uma pessoa ou serviço imparcial, que manterá a comunicação com o denunciante e, se necessário, que solicitará informações adicionais e dará retorno de informação ao mesmo.

Adicionalmente, a Diretriz exige o estabelecimento de prazo razoável para dar retorno ao informante, prazo este que não exceda três meses a contar do aviso de recepção. Em casos em que o aviso de recepção não tenha sido enviado ao denunciante, aplica-se o prazo três meses a contar do prazo de sete dias após a apresentação do oferecimento da denúncia.

Até mesmo para empresas que já possuam um sistema de denúncias implementado, a Diretriz traz consigo a necessidade de adaptação de seu sistema, seja através da nova regra de prazo específico para confirmação do recebimento da denúncia, seja em relação ao período de tempo relativo ao retorno a ser dado ao *whistleblower*, dentro de 3 meses. É importante salientar que nesses 3 meses não estão incluídos necessariamente o tempo específico para se dar fim à investigação, uma vez que, dependendo do assunto e caso concreto, assim como dos atores envolvidos no mesmo durante o exame dos fatos e de informações novas que podem surgir ao longo do processo, o tempo da investigação pode ser alargado.[98] Esforços devem sempre ser

[98] Art. 11, no. 5 Diretiva UE 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União: Os Estados-Membros podem dispor que, em caso de elevado afluxo de denúncias, as autoridades competentes podem tratar prioritariamente

levados a cabo na garantia de uma resposta célere, em respeito à confiança do denunciante no sistema de Compliance e a outros prazos previstos em outras legislações para conclusão da investigação, sobretudo no que diz respeito ao Direito do Trabalho.

Quanto ao prazo para o processamento de denúncias através de canais de denúncia externa, a Diretriz remete o aplicador da lei aos arts. 11 e 12, que estabelecem as regras quanto à aplicação de prazo de canais de denúncia interna, recomendando primeiramente o uso do último antes da apresentação de denúncia através do canal externo.[99]

No que diz respeito à denúncia pública, entendida como a denúncia à imprensa, a Diretriz regulamenta em seu art. 15 a necessidade de haver sido efetuada uma denúncia interna ou externa, ou diretamente uma denúncia externa nos termos dos capítulos II e III, sem que tenham sido tomadas medidas adequadas como consequência da denúncia nos prazos a que se refere o art. 9, no. 1, alínea f), ou art. 11, no. 2, alínea d) ou em havendo outros motivos elencados na alínea b), itens i) e ii). A Diretriz silencia, quanto a vigência dos prazos para o oferecimento da denúncia pública.[100]

92. A posição do Departamento de Justiça americano (DOJ) na avaliação da efetividade de programas de Compliance

Em 1º de junho de 2020, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) atualizou suas orientações para seus promotores sobre como conduzir investigações.[101] A orientação também ajuda empresas a melhor elaborar programas para mitigar possíveis condutas indevidas e, em surgindo um problema, a negociar uma resolução mais favorável. A forma como o governo resolve uma investigação depende em parte da qualidade de um programa de conformidade corporativa, não apenas quando a má conduta ocorreu, mas durante a investigação e depois.

Em suma, promotores devem analisar <u>três</u> questões básicas:

---

as denúncias de violações graves ou de violações de disposições essenciais abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretriz, sem prejuízo do prazo previsto no art. 2, alínea d).

[99] Veja para isso informação constante neste artigo sob a rubrica 5 - Igualdade Interna e Externa de Canais de Informação.

[100] Veja para isso informação constante neste artigo sob a rubrica 5 - Igualdade Interna e Externa de Canais de Informação.

[101] U.S. DEP'T JUSTICE, CRIMINAL DIV., EVALUATION OF CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS (June, 2020), https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download

1. Se um programa de conformidade corporativa é bem elaborado:

- O foco deve ser voltado para uma revisão constante, testes e melhorias, e não apenas uma avaliação de risco no início do processo.

- Este exame constante se aplica tanto à própria empresa quanto a terceiros, particularmente às formas comuns de encobrir má conduta ou suborno, e deve ser feito continuamente.

- Também é vantajoso se o programa e a avaliação de risco utilizarem outros recursos na empresa ou na indústria como parte de sua melhoria contínua. Um exemplo é tornar o treinamento, bem como a disponibilidade de políticas e procedimentos (por exemplo, código de conduta) mais acessíveis para os funcionários, a fim de manter a conformidade, relatar questões confidencialmente, etc. Enquanto esta orientação se concentra na capacidade da empresa de melhorar seu programa de conformidade interna, o DOJ oferece uma linha direta para que os funcionários de qualquer empresa possam relatar más condutas ao Escritório do Inspetor Geral.

2. Se o programa é implementado de boa fé com o nível apropriado de recursos adequados e capacitação para funcionar efetivamente;

O foco deve ser razoável com base no tamanho da empresa, indústria, conjuntura, etc. e o programa de compliance deve se adaptar continuamente às necessidades corporativas e ao perfil de risco.

A criação de um canal interno para que os *whistleblowers* possam denunciar a má conduta contribui para a eficácia do programa de compliance.

O pessoal encarregado da área de compliance deve receber treinamento e recursos adequados (incluindo mão-de-obra e mandato) para monitorar e testar diretrizes internas e controles, bem como acesso às autoridades apropriadas.

Uma cultura de incentivo a compliance (e falta de incentivo à não compliance) deve ser incentivada em todos os níveis da organização.

O DOJ analisará o Processo de Recursos Humanos e quem participa na tomada de decisões disciplinares.

3. E o programa realmente funciona na prática.

Um programa adequado e eficaz de compliance corporativa deve ser implementado, ou um programa existente deve ser melhorado. Os promotores quererão saber por que uma

empresa optou por estabelecer um programa de compliance de uma determinada maneira e como ele evoluiu ao longo do tempo.

Os denunciantes devem ter condições de denunciar suspeitas de má conduta através de canais internos confidenciais e/ou anônimos.

A existência de má conduta não significa automaticamente que o programa de compliance era ineficaz no momento em que a má conduta foi praticada. Esta orientação foi emitida pela primeira vez em 2017 e seu foco é reforçar a noção de que as empresas devem aperfeiçoa-se continuamente para garantir que elas não sejam processadas criminalmente.

93. Perspectivas e considerações finais

A Diretiva Européia de proteção a denunciantes e terceiros relacionados à denúncia coloca sob prova pequenas e médias empresas contando com no mínimo 50 empregados, que ainda não possuam um canal de denúncias devidamente instalado. Empresas que atualmente já possuem um sistema de denúncias em uso precisam revê-los, adaptando-os às novas regras surgidas com a entrada em vigor da Diretiva. Essa adaptação diz respeito tanto à parte técnica, quanto ao procedimento a ser observado para o tratamento devido à denúncia, assim como à qualificação necessária de pessoal para lidar tanto com o seu processamento, quanto com os denunciantes, em os últimos desejando ou não tornar pública a sua identidade.

Enquanto elemento essencial do sistema de Compliance, o bom funcionamento do canal de denúncias depende da garantia da confidencialidade do *whistleblower*, relacionada à sua identidade e a dos dados constantes de seus relatórios, assim como dos de terceiros, pelo *whistleblower* denunciados.

A confidencialidade hoje não é absoluta em todos os países da União Européia. Existe maior proteção na apreensão judicial de dados em escritórios de advocacia do que em empresas, tendo as últimas ou não um departamento jurídico ou sistema de compliance devidamente instalados. O papel do advogado enquanto *Ombudsmann* é de suma importância nessa questão.

A proteção à confidencialidade do denunciante é fundamental no uso do sistema de denúncias. Do contrário, ele se calará, comportamento que pode corroborar para a continuação da prática de infrações internas ou a leis.

O contínuo desenvolvimento do sistema de Compliance depende também do denunciante. Dessa forma, constitui tarefa de cada Estado-Membro, antes da promover a transposição das regras contidas na Diretriz em seu ordenamento jurídico nacional, analisar leis

co-relacionadas nacionais (e.g. Direito Penal, Direito do Trabalho), adaptá-las, assegurando tanto a empresas e a escritórios de advocacia a proibição de apreensão de informações apresentadas pelo *whistleblower*.

Como a Diretriz Européia permite ao denunciante se dirigir ao órgão público antes de informar possíveis violações em empresas que trabalha ou trabalhou, é necessário que empresas criem ou adaptem canais de denúncia de tal forma, que motivem o *whistleblower* a denunciar. Também aqui a garantia da absoluta confidencialidade de seus dados e de terceiros ocupa papel extremamente importante. Do contrário, empresas correm o risco de verem falhas em seus processos internos levadas a órgãos públicos, sem que antes tomem conhecimento do mesmo, incluindo possíveis riscos à sua reputação.

Em alguns países da Europa, a instauração de canais de denúncia internos requer a aprovação do órgão dos empregados (*works council*, também conhecidos como *unions*), que deve ser obtida o quanto antes. A aprovação é não apenas requisito legal, como aumenta a credibilidade do sistema de denúncias por parte do *whistleblower*.[102]

Outro fator pivotal no aumento da confiança por *whistleblowers* em sistemas de denúncias, é a proibição de represálias. É fundamental que o tratamento legal a ser oferecido pelos Estados-Membros fortaleça o denunciante nesse ponto. Adicionalmente, é necessário que seja garantido apoio financeiro, assim como apoio pessoal de forma ampla (incluindo custos de despesas de assistência médica, bem como por danos morais, tais como dor e sofrimento), com o objetivo de ampará-lo em lidar com as consequências dos fatos por ele denunciados, ainda durante a fase de investigação dos mesmos.

No que toca aos custos de implementação e de operação de canais de denúncias em empresas, esses serão muito superiores aos estimados pela Diretriz, tanto em relação ao denunciante quanto em empresas que precisam contar com aparato de processamento de informações denunciadas e processá-las adequadamente. E esses custos só fazem sentido se empresas não tiverem que temer ter suas informações internas levadas ao público, antes mesmo que possam ser informadas sobre as mesmas. É preciso que seja garantido a pequenas e médias empresas européias a condição de processamento da denúncia, de forma que tenham efetivamente como aplicar o princípio da legalidade. *Whistleblowers* correm aqui o risco de não

[102] A título de exemplo pode-se citar a França e a Alemanha.

terem como arcar financeiramente com o pagamento de defesa técnica competente, caso se tornem vítimas de represálias.

Quanto aos empregados e funcionários designados para o recebimento e tratamento da denúncia, é necessário que sejam qualificados para esse fim, que recebam treinamentos adequados, saibam e tenham condições técnicas de processar devidamente a denúncia. Advogados, Investigadores e *Compliance Officers* são as pessoas mais indicadas para o exercício dessa função. Treinamentos precisam ser também oferecidos a todos os empregados e funcionários da empresa, em todos os graus de hierarquia, quanto ao uso e suas garantias relacionados ao oferecimento de denúncias internas. Isso inclui a confirmação do oferecimento da denúncia em até uma semana e resposta ao denunciante em prazo não superior a 3 meses.

Quanto à inversão do ônus da prova, por parte das empresas européias, será mais do que nunca exigido cautela na documentação futura com empregados e funcionários, uma vez que aqui existe o perigo do denunciante se aproveitar da norma nacional introduzida em transposição da Diretiva Européia, visando "cavar" uma proteção em casos em que esteja prestes a ter sua relação de trabalho finalizada pelo empregador.

De forma geral avalia-se a criação da Diretriz como positiva, tendo que se enfatizar a existência de suas chances e sobretudo muitos desafios a denunciantes, empresas, especialmente as de pequeno e médio porte, assim como aos Estados-Membros da União Européia.

1. Sobre as autoras:

Sobre o Direito Europeu: Dr. Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M. é Senior Legal Counsel e Compliance Officer na OSRAM GmbH, em Munique, Alemanha.

Sobre o Direito Americano: Tania Nemer é Community Outreach Prosecutor no Summit County Prosecutor´s Office em Ohio, Estados Unidos da América (USA).

As informações objeto desse trabalho não refletem necessariamente a opinião das empresas ou órgãos públicos onde as autoras trabalhem ou tenham trabalhado.

As autoras podem ser contactadas no endereço de e-mail: internationalcompliance.contato@gmail.com

Resenha ao livro *Manual de Compliance Penal en España*, de Rafael Aguilera Gordillo. Navarra: Thomson Reuters, 2020.

Artur de Brito Gueiros Souza[1]

94. Introdução

No atual estágio evolutivo do Direito Penal Econômico e Empresarial já não se discute o "se" a corporação deve ser penalmente sancionada pela infração cometida no curso de suas atividades, mas o "como" deve ser. Sobre isso, apresentam-se três grandes modelos de atribuição de responsabilidade penal ao ente moral: (1) responsabilidade pela própria desorganização empresarial ou modelo de autorresponsabilização; (2) responsabilidade pelo fato praticado por um indivíduo integrante da organização ou modelo de heterorresponsabilização; e (3) modelos híbridos, mistos ou ecléticos.[1]

Em termos gerais, o modelo da autorresponsabilização conta com a maior dileção por parte dos doutrinadores, não somente pela influência de grandes nomes das ciências criminais – como, *v.g.*, o Prof. Klaus Tiedemann[2] –, mas, também, porque os seus postulados parecem melhor harmonizar com o funcionalismo penal e com as políticas de compliance que se difundem no âmbito corporativo. No entanto, da análise das disposições legais dos países que tratam da responsabilidade penal da pessoa jurídica (doravante RPPJ), evidencia-se a opção pelo modelo de heterorresponsabilização, pois em geral são feitas referências às condutas ou decisões de "pessoas qualificadas" (dirigentes) ou mesmo de funcionários de escalão inferior, quando atuem em nome ou benefício do ente moral. E, na busca de soluções de consenso, edificam-se, cada vez mais, na Doutrina, na Jurisprudência e na Lei em sentido amplo – o que

[1] Professor Titular de Direito Penal da UERJ; Coordenador Acadêmico do CPJM; Procurador Regional da República na 2ª Região.

[1] Cf. ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica. Proposta de alteração do PLS n. 236/12.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 22. Sobre o assunto: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial: Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance.* São Paulo: LiberArs, 2021, p. 209.

[2] TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico. Introducción y Parte General.* Trad. Abanto Vásquez et al. Lima: Grijley, 2009, p. 232 e segs.

também abarca as normativas e memorandos dos órgãos de persecução penal – modelos intermediários que se valem de aspectos dos dois anteriores.[3]

É nesse espectro de discussão e proposições que vem a baila a instigante obra *Manual de Compliance Penal en España*, escrita por Rafael Aguilera Gordillo. Sobretudo, porque se propõe – de forma original, creio eu – a discorrer sobre o que se denomina de *modelo antrópico de responsabilidade penal corporativa*, em contraposição ao conhecido *modelo antropomórfico* (ou construtivista) difundido, no Direito Penal Econômico, por Carlos Gomez-Jara Díez, Günther Heine e outros doutrinadores.[4]

A ideia central da obra resenhada é a assertiva de que são as pessoas físicas as únicas com capacidade para a realização de comportamentos típicos e antijurídicos, ainda que o juízo de culpabilidade possa ser feito não somente contra elas, como também contra os entes morais.

95. Morfologia da obra resenhada

O *Manual de Compliance Penal* está estruturado em quatro partes, contendo, no total, cinco capítulos: (1) Correntes doutrinárias de atribuição de responsabilidade penal ao ente corporativo; (2) Noções preliminares e fundamentos do compliance; (3) Propostas para a fundamentação e análise científica da responsabilidade corporativa e do compliance; (4) Regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Código Penal espanhol; e (5) Os modelos de organização e gestão ou programas de compliance.

Da perspectiva topográfica, constata-se que o Autor inicia suas reflexões criticando os fundamentos sociológicos que deram sustentação à construção do modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Depois disso, socorre-se não somente do atual estágio evolutivo da Sociologia, mas, igualmente, de outros saberes científicos. Na sequência, elabora-se proposta para a responsabilidade penal corporativa, por intermédio daquilo que se denomina de "novo institucionalismo" (teoria dos jogos, modernas tecnologias, inteligência artificial e *big data*), no escopo de dar sustentação ao citado modelo antrópico. Na parte

[3] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, cit., p. 210.

[4] Cf. GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In* Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. ____. (Dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Do mesmo: *La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría necesidad para la práctica. In* La teoría del delito en la práctica penal económica. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María: MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). Madrid: La Ley, 2013. HEINE, Günther. *Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In* Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

propriamente normativa, procede-se à interpretação dos chamados "atos de conexão" (*hechos de conexión*) existentes entre a conduta do agente individual e a punição da pessoa jurídica. Por fim, por intermédio de uma abordagem prática, discorre-se sobre a identificação das atividades que podem gerar delitos a serem prevenidos, o processo de formação de vontade e tomada de decisões no ente moral, a gestão dos recursos financeiros destinados a fiscalização por parte do compliance, o funcionamento dos canais de denúncia, a proteção dos *whistleblowers*, investigações corporativas e o sistema interno de aplicação de sanções disciplinares.

Com relação às fontes bibliográficas, há, naturalmente, a forte presença da doutrina espanhola – seguramente uma das mais consistentes, nos dias de hoje, a respeito do Direito Penal Econômico e do *criminal compliance*. Contudo, pode-se também observar a influência de autores do âmbito científico anglo-saxão. Cite-se, por ex., os trabalhos de Colin Mayer: (1) *Firm Commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*; e (2) *Prosperity: Better business makes the greater good* – ambos editados pela *Oxford University Press.*

96. Crítica à teoria dos sistemas de Luhmann

De acordo com o livro, o substrato ideológico do sistema da autorresponsabilidade da pessoa jurídica (responsabilidade da própria organização), proviria da corrente sociológica que toma as organizações como entes com plena autonomia decisória e concreta aptidão para se auto-organizar. Por essa vertente, faz-se possível atribuir à pessoa coletiva a punição por um fato emanado da própria organização. Importaria dizer que, caso venha a ocorrer um ilícito no seu interior, derivado de um *defeito organizativo*, a imposição de sanção penal à empresa se legitimaria plenamente.[5]

Como se sabe, essa construção é fruto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que objetivou incorporar, na Sociologia, os postulados da teoria da autopoieses, desenvolvida, na Biologia, por Maturana e Varela. Como escrito alhures, *autopoieses* significa a autonomia e a constância de uma dada organização das relações entre as unidades constitutivas de um sistema, organização esta que é autorreferencial, autorreprodutiva e reflexiva. Luhmann valeu-se do modelo autopoiético para afirmar que autorreferência e clausura sistêmica seriam princípios

[5] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de Compliance Penal em España.* Navarra: Thomson Reuters, 2020, p. 49.

aplicáveis não somente à Biologia, mas também aos sistemas sociais, como, p. ex., ao Direito, desvinculando-o do ontologismo e fixando seu "ponto arquimédico" no funcionalismo.[6]

Todavia, o Autor da presente obra ressalta que a teoria dos sistemas não foi a única destinada a explicar o comportamento organizacional, mencionando-se, dentre outras, a *teoria do individualismo metodológico* de Max Weber. Segundo ele, analisa-se a relação sujeito e sociedade por uma perspectiva antrópica que, diferentemente do postulado sistêmico, toma o indivíduo como o único com capacidade de tomar decisões dentro ou fora do contexto coletivo. Consequentemente – na linha expositiva de Weber – o papel das pessoas naturais se apresentaria como fundamental no momento de estudar os fenômenos que ocorrem no ambiente organizativo. Nesse aspecto, parte-se da constatação de que é a "ação social" individual que cria os sistemas sociais (família, empresa, Estado, Mercado etc.), não tendo o sistema organizado capacidade explicativa por si mesmo, isto é, sem levar em conta que se trata do produto da interação de diversos atores individuais. Sendo assim, o modelo weberiano parte da premissa de que é a pessoa física, como um ser estratégico, que possui a aptidão para dar as "cartas" e de tomar as "decisões" no ambiente coletivo, no escopo de se atingir certos fins sociais.[7]

Além dessa, o livro apresenta outras teorias destinadas a também analisar o ente corporativo e o processo decisório que se dá no seu interior, sendo certo que – segundo o Autor – existiriam mais de *vinte* correntes sociológicas sobre o assunto. É certo que boa parte dessas diversas teorias foram elaboradas em um contexto de superação do funcionalismo sistêmico de Luhmann, de sorte que ele não seria mais utilizado pela Sociologia contemporânea. São mencionadas, dentre outras, as teorias desenvolvidas pelos seguintes autores: Talcott Parsons, Pierre Bourdieu, Jürgen Habermas, Charles Wright Mills, Harold Garfinkel, Friedrich Hayek, Daniel Kahneman e Gary Becker.[8]

Diante dessa leitura holística, o Autor considera "falaz" e "pouco realista" a concepção da organização como um sistema autopoiético, isto é, um modelo que nega relevância ao

---

[6] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Direito Penal. Volume Único.* 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 122. Nessa linha: "O Direito determina, ele próprio, quais os pressupostos da relevância jurídica de um fato, da validade jurídica de uma norma etc. O sistema jurídico apenas se torna autorreprodutivo *stricto sensu* quando os seus componentes autorreferencialmente constituídos se encontram de tal modo interligados e articulados que atos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si." (TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético.* Trad. Engrácia Antunes. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1993, p. 71).

[7] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, pl 50 e segs.

[8] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 62 e segs.

indivíduo, seja de forma isolada ou em conjunto com outros. Seria – no seu entender – muito "criticável" supor, como o faz a teoria dos sistemas, que a conduta do indivíduo estaria totalmente submetida à função autônoma de uma organização, abstraindo-se as interrelações humanas, as motivações e as finalidades das pessoas, inerentes que são à tomada de decisão no interior da organização. Aguilera Gordillo ilustra seu raciocínio relatando que, em uma empresa, seria "idílico" defender que todos os indivíduos que desempenhem uma função seriam "permutáveis" ou que atuariam "plenamente submetidos" às normas e interesses da própria companhia. Na verdade, isso amputaria do processo de compreensão da tomada de decisão corporativa as faculdades imanentes à própria condição humana. É o que se verifica, por ex., com o carisma, a capacidade de liderança, a origem socioeconômica, a formação educacional, as ambições pessoais, os laços emocionais de afeto ou inimizade, ou seja, o conjunto de características e qualidades que fazem com que as decisões humanas realmente se guiem por estratégias e finalidades que não estão necessariamente submetidas às orientações ou restrições "impostas" por um sistema social organizado.[9]

Sendo assim – segundo consta no livro resenhado –, Luhmann teria se ocupado do estudo das organizações, tratando de "simplificar" e "reduzir" a evidente complexidade desse objeto. Por esse motivo, a notoriedade que, no passado, recebeu a teoria dos sistemas residiu justamente na simplificação da ideia de considerar a organização como um "ser vivo" que se auto-organiza; que se desenvolve e, eventualmente, se expande, de maneira apartada das ações dos indivíduos. Essa simplicidade da teoria dos sistemas teria "cativado" setores de outras ciências – inclusive parcela dos doutrinadores do Direito Penal –, que assimilaram rapidamente, sem maiores questionamentos, as suas premissas. No entanto – para o Autor –, a realidade do

[9] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 59. Vale a pena registrar a observação de Aguilera Gordillo no sentido de que a visão sistêmica de Luhmann não seria capaz de explicar aquilo que se conhece como consequências "não intencionais" ou "não queridas" da ação. Explica-se: uma organização pode estabelecer um conjunto de normas para determinar um conjunto de ação por parte dos indivíduos que a integram, mas, na prática, a iniciativa pode gerar efeito contrário ao almejado. Assim, o Governo pode subir os impostos para aumentar a arrecadação tributária, mas isso pode causar o indesejado efeito de incrementar a evasão fiscal. Uma empresa pode estabelecer regras rigorosas de cumprimento de horário com objetivo de aumentar a produtividade, mas isso pode gerar desânimo ou desincentivo entre os empregados, causando o efeito contrário. O exemplo mais conhecido desse fenômeno – como bem lembrado pelo Autor – é a célebre metáfora da "mão invisível" de Adam Smith, por intermédio da qual as ações individuais das pessoas na interação no Mercado, na busca de seus interesses pessoais, acarretam o efeito de gerar benefícios econômicos para a coletividade. (*Idem*, p. 60).

que ocorre no interior das pessoas jurídicas é muito mais "complexa", exigindo, assim, a elaboração de teorias menos "simplistas" e "pitorescas" para a sua compreensão.[10]

97. Crítica ao modelo da autorresponsabilidade penal

Depois de apresentar objeções à teoria dos sistemas, a obra se dedica a refutar a construção dogmática da atribuição de RPPJ derivada do defeito de organização, também conhecida como teoria da autorresponsabilidade penal corporativa. Segundo ela, por intermédio do funcionalismo decorrente da teoria dos sistemas, toma-se a empresa como uma organização autopoiética que se administra e se organiza por si mesma. Para esse postulado, da mesma forma que a pessoa natural é um ser autônomo e livre, capaz de conhecer e dirigir seus próprios atos – condição necessária para o juízo de responsabilidade penal individual –, as empresas ostentariam, de modo análogo, atributos de autorreferencialidade que fundamentariam a sua responsabilidade por um defeito de organização.[11]

De acordo com Aguilera Gordillo, a primeira crítica a essa construção é que ela seria *tautológica*. Com efeito, ainda que seja certo que as empresas dão normas a si mesmas e, nesse sentido, essas normas seriam "autorreferenciais", isso, por si só, não explica "como" elas funcionam, tampouco explica em que medida são observadas as relações entre os indivíduos e essas normas ou, ainda, como elas se relacionam com outras normas (legais, sociais ou morais). Ademais, não é correto dizer que uma organização (empresa) imponha a si própria todas as normas, pois, em sua maioria, elas provêm do exterior, como ocorre com as normas legais imperativas que as empresas têm que acatar (*compliance requirements*), em contraposição às normas voluntárias de conformidade adotadas pelo ente moral (*compliance commitments*).[12]

Seja como for, a corrente jurídico-penal derivada do postulado sistêmico defende que a pessoa jurídica deve ser penalmente responsável diante da constatação da inexistência de uma "atmosfera" proclive a impedir a comissão de condutas delitivas. Diversamente, quando uma empresa, por si mesma, orienta suas políticas e decisões a fim de estabelecer uma cultura organizativa tendente ao respeito pelas normas, à prevenção e controle dos riscos – quer dizer, promove uma cultura de conformidade –, ela estaria atuando de maneira não reprovável do ponto de vista penal. Contra esse argumento, Aguilera Gordillo observa ser insustentável a

[10] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 73.
[11] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 74.
[12] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 75.

construção de tal "atmosfera respeitosa" ignorando-se as ações individuais. As empresas não têm as qualidades das pessoas naturais, razão pela qual seria muito difícil sustentar que elas possuiriam os atributos da culpabilidade por fato próprio. Nesse sentido, seria "insólito" pretender analisar o grau de discernimento ou maturidade do ente moral, para determinar a sua imputabilidade, através de critérios como tamanho, número de trabalhadores, setor onde atua ou o organograma da firma.[13]

Segundo o Autor, com o objetivo de superar esses obstáculos, fez-se necessário que o modelo de autorresponsabilidade de base sistêmica efetuasse uma "maquiagem" teórica, valendo-se da categoria da *equivalência funcional* (antropomorfologia). Nessa senda, elabora-se um "paralelo" entre a culpabilidade individual e uma (hipotética) culpabilidade empresarial. Assim, a reprovabilidade da pessoa jurídica se assentaria em três pressupostos: (1) o paradigma da organização empresarial como um ente que deve desempenhar o papel de boa cidadã, demonstrando respeito às normas; (2) o paradigma da relação igualitária entre as empresas, devendo, como denominador comum, todas demonstrarem respeito às leis, vale dizer, elas devem atuar no contexto da livre concorrência dentro dos parâmetros da legalidade (*neminem laedere* empresarial); e (3) o paradigma da aptidão empresarial para influir nos assuntos da ágora, tais como políticas públicas, processo de elaboração legislativa, realização de campanhas publicitárias de responsabilidade social corporativa (*corporate free speech*).[14]

Consoante o livro, a verdade é que esses paradigmas são desempenhados pelos *indivíduos* que integram as corporações. Para Aguilera Gordillo, são as pessoas que decidem – individualmente ou de maneira colegiada – sobre a implementação de modelos de governança corporativa ou de programas de compliance. Ou seja, são as pessoas físicas que têm capacidade real de executar ou evitar o conteúdo abstrato dos discursos societários, pois são elas que decidem, votam e executam as pautas e procedimentos da empresa – que poderão ter ou não relevância penal – e, acima de tudo, são os indivíduos que ostentam e fazem valer os seus direitos políticos fundamentais na condição de cidadãos.[15]

Seguindo-se nessa direção, o "último prego no caixão" da inadequação da teoria da autorresponsabilidade penal empresarial residiria, justamente, na figura do oficial de compliance (*compliance officer*). Dito de outra forma, se um indivíduo detém papel tão

[13] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 77.
[14] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 77-80.
[15] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 80.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.002 | ISSN: 2764-1899

relevante na organização – e se lhe é conferida a real capacidade para intervir e influir em matéria de cumprimento normativo –, fomentando, o poder público, que as pessoas jurídicas incorporem tal figura, Aguilera Gordillo considera que isso evidenciaria a própria concepção do indivíduo (no caso, o oficial de conformidade) com autêntica capacidade decisória ou, em todo caso, com influência real e correcional sobre o ente moral.[16]

98. O modelo antrópico de responsabilidade penal

Como examinado até aqui, a obra sob comento sustenta que a responsabilidade penal por fato próprio da pessoa jurídica não seria dogmaticamente convincente, tampouco ajustada à complexa realidade do que ocorre no interior das corporações. Rechaça-se, pois, o modelo da autorresponsabilidade. Em seu lugar, partindo da perspectiva da heterorresponsabilidade, erige-se a proposta eclética do *modelo antrópico*. Para tal desiderato, respeita-se o fato de que somente as pessoas físicas é que possuem a real capacidade de decidir e de realizar uma conduta penalmente relevante. Com esse fundamento, considera-se que só o indivíduo realiza a conduta típica e antijurídica, sendo que somente haverá que falar de culpabilidade da pessoa jurídica quando verificado o requisito normativo do "ato de conexão". Como se pode observar, defende-se que a RPPJ depende do atuar do indivíduo no interior da companhia, ainda quando este não venha a ser identificado no caso concreto.

E o que seria esse ato de conexão? Segundo o livro, a *raison d'être* dessa categoria está em que a punição de uma empresa decorre das ações feitas no mundo real pelas pessoas físicas a ela vinculadas. A conduta do indivíduo e a responsabilidade da pessoa jurídica estão indissoluvelmente vinculadas, pois esta não pode se dar sem aquela. Depreende-se, assim, que o ato de conexão vem a ser o comportamento delitivo da pessoa física praticado em nome e benefício da pessoa jurídica.[17]

Nesse particular, reitera-se que apesar da proximidade com a heterorresponsabilização, o modelo proposto por Aguilera Gordillo é de natureza *híbrida*, tendo em vista que a análise do processo de tomada de decisão no âmbito corporativo não se dá mesma forma verificada no puro (automático) modelo vicarial. Nesse sentido, alude-se a existência das "influências" e "constrições" existentes no interior da pessoa jurídica como destinatária das normas penais. Por outras palavras, cuida-se de modelo eclético de responsabilidade penal porque procura dar

[16] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 81.
[17] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 94.

respostas eficazes à toda a problemática inerentes às organizações, mas que não ignora que o fato delitivo é materialmente protagonizado pelas pessoas físicas.[18]

A referência a influências e constrições se conecta aos programas de compliance, pois estes lhes dão o tom e a intensidade. No postulado antrópico de Aguilera Gordillo, apesar de não gozar de autonomia própria – não é autopoiética! –, a pessoa jurídica é composta por um "emaranhado" de constrições e influências surgidas, decididas e aplicadas pelos indivíduos que estão no seu seio. Sendo assim, não obstante somente existir conduta típica e antijurídica por parte dos indivíduos, a reprovabilidade penal do ente moral ocorre em virtude do seu *vínculo* com as pessoas que a integram; como resultado de uma análise das contrições e procedimentos que estruturam o ente corporativo.[19]

Em termos práticos, diante da comissão delitiva por parte de um indivíduo, caso se observe a ausência (ou insuficiência) de constrições e influências tendentes a impedir a ocorrência de infrações corporativas (por ex., a deficiência de um programas de compliance para a prevenção de ilícitos ou a existência de atitudes permissivas com condutas ilícitas), se detecta um déficit organizativo, aspecto implícito ao ato de conexão – ou ao "ato vinculante" nas palavras de Tiedemann[20] –, o que conduz a atribuição de responsabilidade penal do ente moral, desde que presentes os demais pressupostos legais.[21]

Por esse viés, se incorporam conceitos que permitem analisar a lógica do processo de tomada de decisão no contexto corporativo, aferindo de que forma ela é afetada pelas influências e constrições. Isso auxilia não apenas à fundamentação da RPPJ, como também à elaboração de melhores estratégias de prevenção dos delitos empresariais (desenvolvimento do compliance). De toda sorte, considera-se relevante a proposição antrópica contida na obra resenhada, não só pelos seus pressupostos teóricos – e pela qualidade da elaboração científica por parte do Autor –, mas, igualmente, pelo fomento ao estabelecimento e aprimoramento de uma cultura de compliance empresarial.

[18] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 95.
[19] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 96.
[20] TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 233.
[21] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 96.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.002 | ISSN: 2764-1899

99. Modelo antrópico e a teoria do crime da pessoa jurídica

O modelo advogado no Manual ora resenhado estabelece um modelo eclético, pois analisa o comportamento humano levando em consideração aspectos como a correlação entre os indivíduos, ou grupo de indivíduos, assim como a própria influência das organizações. Todavia, respeita-se a tradição secular da dogmática penal acerca da consideração da pessoa natural como a única "titular" da conduta típica e antijurídica. Nesse figurino híbrido, a RPPJ se explica e se justifica ao tomar o ente moral como um contexto de influências e constrições onde os próprios indivíduos tomam decisões e adotam comportamentos no plano coletivo.[22]

Por esse viés, caso ocorra um déficit organizativo, materializado no ato de conexão, fundamenta-se a RPPJ. Em sentido inverso, caso se observe que foram implementados, na organização, constrições e procedimentos claramente dirigidos a impedir a ocorrência de ilícitos – isto é, caso seja efetivamente implementado um programa de compliance –, há o bloqueio do ato vinculante, pois não teria havido o necessário defeito organizativo e, como consequência, não poderia operar a transmissão de responsabilidade penal da pessoa física para a pessoa jurídica.[23] Esta concepção reforça claramente a coesão entre a tomada de decisão dos indivíduos e da empresa em cujo contexto se desenvolve suas atividades profissionais. A análise das constrições entre indivíduos e o ente corporativo evita o risco de uma *responsabilidade penal objetiva* contra a pessoa jurídica – que vem a ser, justamente, a grande crítica ao modelo puro de heterorresponsabilização.[24]

Vale sublinhar que os diplomas legais que adotam a RPPJ estabelecem que se evidencie, no caso concreto, a realização de um comportamento delitivo por parte de um indivíduo a ela intimamente vinculada. No caso do Brasil, o artigo 3º, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Proteção Ambiental), alude a punição da pessoa jurídica nos casos de infrações cometidas por "decisão" do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, "no seu interesse ou benefício". A *decisão* das pessoas físicas ligadas à empresa, referida naquele dispositivo da nossa Lei de Proteção Ambiental, nada mais seria do que o multicitado ato de conexão. Ressalte-se, contudo, que para a atribuição da responsabilidade à corporação não é necessário

[22] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 242.
[23] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 243.
[24] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 211.

que a pessoa física que protagonizou a conduta/decisão tenha sido identificada, investigada ou criminalmente processada.[25]

Ainda sob a perspectiva da teoria do crime, a conduta delitiva da pessoa física vinculada ao ente moral pode se dar por ação ou omissão, devendo, ainda, ser considerada típica e antijurídica, não sendo, porém, necessária sua culpabilidade. Isto é, a RPPJ não deve ser entendida como uma responsabilidade acessória (pura), visto que isso suporia que, para poder ser sancionada, teria que ser igualmente imposta pena à pessoa física que realizou o comportamento delitivo. Nesse sentido, a acessoriedade neste sistema de responsabilidade penal corporativa se circunscreve aos termos da conduta típica e antijurídica da pessoa física, vale dizer, à *teoria da acessoriedade limitada*. A exigência de que a conduta desenvolvida pela pessoa física seja antijurídica pressupõe que o agente não tenha atuado sob o manto de uma causa de justificação, pois a sua presença faria com que não houvesse o pressuposto do ato de conexão.[26]

Na hipótese em que ocorra, na pessoa física, alguma circunstância que exclua a sua culpabilidade, isso não afetaria o juízo de exprobação da pessoa jurídica. Desse modo, pode dar-se situações nas quais há atribuição de RPPJ, mas onde o indivíduo que realizou a conduta típica e antijurídica tenha sido exculpado por haver sido declarado inimputável, ou porque não lhe foi possível a adoção de comportamento diverso ou, ainda, porque ele tivesse incorrido em erro de proibição (por ex., em razão de ausência de treinamento ou a necessária formação acerca das normas de compliance).[27]

Em resumo, considerando o esquema sequencial da teoria do delito, o livro ora resenhado assevera que é possível que se declare a RPPJ, ainda que ocorram circunstâncias que impeçam a punibilidade da pessoa física que desenvolveu o comportamento delitivo. Nesse contexto, e no concreto marco da tipicidade, é oportuno registrar que a RPPJ se dá a partir do comportamento doloso ou culposo da pessoa física. Logicamente, para se determinar se cabe punição por dolo ou culpa, deve-se analisar os delitos para os quais se contempla a punição da pessoa jurídica – no caso do Brasil, como se sabe, somente para os crimes ecológicos. Por outro lado, o comportamento delitivo por parte da pessoa física pode se dar a título de consumação

[25] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 548.181. 1ª Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. Pub. DJe de 30/10/2014.
[26] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 267-268.
[27] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 269.

ou de tentativa. Portanto, a pessoa jurídica pode se sancionada ante o *conatus* da pessoa física. Ademais, a pessoa física pode protagonizar o delito na condição de autor, coautor ou partícipe, fazendo com que esta norma de extensão fundamente a RPPJ.[28]

100. Síntese reflexiva

A avaliação final a ser feita ao *Manual de Compliance Penal en España* é no sentido de que se desenvolve um robusto modelo eclético de responsabilidade penal do ente moral, distanciando-se, pois, dos paradigmas da hetero e da autorresponsabilização penal. Naturalmente, uma resenha de poucas laudas para uma obra que conta com cerca de quinhentas páginas, não pode ir além de uma superficial abordagem com relação aos fundamentos científicos expostos pelo Autor.

Dito isto, talvez o grande mérito do modelo antrópico de responsabilidade penal empresarial é que ele vai na contramão dos esforços que muitos têm se dedicado para a elaboração das categorias da conduta, tipicidade e antijuridicidade próprias para a pessoa jurídica. Ao elaborar uma crítica demolidora ao modelo de autorresponsabilidade penal – bem assim ao construtivismo decorrente do funcionalismo penal –, não haveria o porquê de se insistir em teorizar sobre como seria a conduta típica e antijurídica do ente moral. Simplesmente, esses elementos da teoria do delito não existiriam para a pessoa jurídica, a não ser que se adentre em um excessivo abstracionismo da (superada) teoria dos sistemas e da autopoieses.

Somente as pessoas físicas praticam conduta penalmente relevante. O mesmo vale para as categorias da tipicidade, antijuridicidade, consumação/tentativa e codelinquência. Dessa maneira, não se rompe com o patrimônio histórico e evolutivo da teoria geral da infração penal, erigido sobre os seres humanos. Como exposto monograficamente em outro lugar, o único "esforço científico" que deve ser feito é com relação aos pressupostos da culpabilidade da pessoa jurídica, conforme o citado ato de conexão e a teoria da acessoriedade limitada.[29]

Por fim, considero a leitura da obra de Rafael Aguilera Gordillo como indispensável aos estudiosos da teoria do crime da pessoa jurídica, em especial diante da firme presença – na atualidade – dos postulados da responsabilidade penal do ente moral e dos programas de compliance. Provavelmente, o Direito Penal Empresarial é o ramo das ciências penais que

[28] AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 270.
[29] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 216.

conta, nos dias de hoje, com o maior e mais rápido desenvolvimento científico. Não se deve, portanto, nessa marcha evolutiva, ignorar a inovação trazida pelo modelo antrópico de responsabilidade penal corporativa.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.002 | ISSN: 2764-1899

Developments in Brazil-United States Tax and Anti-Corruption Enforcement Cooperation

Bruce Zagaris[1]

This article discusses two selected areas of Brazil-United States enforcement cooperation: taxation and anti-corruption. The two governments have made significant progress in strengthening enforcement cooperation in both areas. However, they need to do much more to keep pace with the amount of gaps that exist and will continue to increase as a result of globalization. The Internet, free trade, and the easy movement of people have made it possible to move money, contraband, ideas, and persons over boundaries and sovereignty at incredible speeds. Similarly, environmental issues, such as climate control and pandemics, become global issues on a regular basis. Hence, governments and law enforcement are challenged to be innovative in increasing cooperation while still adhering to international human rights and due process.

101. Taxation

Cooperation in tax enforcement is important. Both countries have very complex tax systems. In both countries persons have to worry about federal, state, and municipal taxes, especially if one resides or spends time in large cities, such as New York, Sao Paulo, Rio, and Los Angeles. The tax situation is especially challenging because the U.S. taxes citizens, permanent residents, and persons resident for roughly 183 days on a worldwide basis.

One of the biggest problems in the U.S. is the enormous complexity of the U.S. tax system and the growing duplicative reports required of taxpayers having offshore assets and income, such as the FBAR and the Statement of Specified Foreign Financial Assets (IRS 8938). Average taxpayers, especially ones who are not highly educated professionals, have difficulty understanding let alone complying with the byzantine reporting requirements.

[1] Partner, Berliner Corcoran & Rowe LLP, Washington, D.C. ; editor, International Enforcement L. Rep; adjunct professor, Texas A&M Masters in Wealth and Risk Management.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.002 | ISSN: 2764-1899

Starting in 2008, the U.S. Department of Justice (DOJ) and IRS have boasted proactive campaigns to bring criminal and civil actions against persons with unreported foreign bank accounts who had not declared and paid taxes on the worldwide income. The U.S. penalties are draconian. For instance, the U.S. imposes a potential penalty of 50 percent of the values of the assets held in unreported foreign bank accounts. In 2010, the U.S. enacted a law requiring a report when a taxpayer makes his or her annual return of foreign financial assets (IRS Form 8938).

In 2009, the IRS started an Offshore Voluntary Disclosure Program (OVDP). It required taxpayers who had not reported and paid taxes on their foreign assets to file their returns and FBARs for the last six years. Many Brazilians were caught unaware by the sudden enforcement of these laws. Until approximately 2008, the IRS and DOJ had not strictly enforced the FBAR requirements and did not have a campaign against unreported foreign income. Brazilians found themselves paying enormous penalties on their unreported "foreign income and assets" even though they had already been paying taxes in Brazil. In fact, Brazil normally taxes gains on mutual funds and bank deposits by withholding. Because of the incongruences of Brazilian and U.S. tax systems and the absence of an income tax treaty, individuals found themselves paying tax on the same income to both countries. U.S. foreign tax credit does not give credit for some of the Brazilian taxes.

Brazilians found themselves paying attorneys and accounts significant fees to represent them in these OVDPs. In the end, they paid large income tax, interest, and penalties on both their tax returns and penalties for FBARs. Not unsurprisingly, many Brazilians characterized the ordeal as "a holdup." They quickly expatriated if they were citizens or surrendered their green card if they were permanent residents.

U.S. individuals and companies find Brazilian tax equally complex. In addition to the taxes enacted by the federal government, each state and municipality has authority to enact its own laws and regulations for the collection of the state and municipal taxes, respectively. Hence, there are more than ten federal taxes imposed by the central government, two state taxes imposed by each of the 26 states (and one federal district) and two municipal taxes imposed by each of the 5,570 municipalities. Brazilian companies spend an average of 2,038 hours to

comply with the tax system and tax rules. As a result, Brazil is the 181st position of the 190 countries ranked by the World Bank in the matter of paying taxes .[1]

Since the 1960s, the U.S. and Brazil have tried unsuccessfully to negotiate an income tax treaty. The significant volume of trade and investment, as well as the amount of inter-marrying and individuals who spend a lot of time in each country, mean the absence of a treaty creates substantial compliance and enforcement problems, which would be obviated or mitigated by an income tax treaty. If I were to become President, I would do what Ronald Reagan did before he visited China. He called his Secretary of the Treasury and said I'm visiting China in a few weeks, and I want to have some tangible results of my long trip. I've decided an income tax treaty is one of the things I want to accomplish. Horrified, the Treasury Department told him it takes years to conclude such a treaty. Being a pragmatist, President Reagan responded that Treasury should carry out his orders. President Reagan succeeded.[2] Without discussing all the substantive, procedural, and political issues that have prevented the agreement, the leaders of each country should just make it a priority and accomplish an income tax treaty. It would help resolve unnecessary compliance and enforcement disputes. Persons who love both countries would start spending more time in each country.

On March 30, 2007, the U.S. Treasury Department announced the signing on March 20, 2007 of a tax information exchange agreement (TIEA) with Brazil. The agreement is a standard TIEA. Most importantly, the two signatories issued a joint statement saying that, while policies diverge on a number of important areas of tax treaty policy and make concluding a mutually acceptable tax treaty difficult, they hope that the TIEA will be the first step to developing a deeper bilateral tax relationship between the U.S. and Brazil.[3]

Notwithstanding the policy differences, the U.S. Treasury Department and the Brazilian Secretaria de Receita Federal do Brasil started informal discussions in 2006 to exchange views on a number of aspects of tax treaty policy, including transfer pricing, permanent establish, the

---

[1] Clarissa Machado and Ana Carolina Utimati, *The challenges of tax compliance in Brazil*, Sept. 15, 2017 https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f7n98fwrm4lj/the-challenges-of-tax-compliance-in-brazi.

[2] Christopher Wren, *Regan Initials Treaty with China on Taxes*, N.Y. TIMES, March 22, 1984 (Treasury Secretary Regan said he was not sure whether an investment treaty would be ready in time for President Reagan's visit, from April 26 to May 1).

[3] Joint Declaration by the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil on the Occasion of the Signing on 20 March 2007 of the Agreement for the Exchange of Information Relating to Taxes Between Both Governments, Mar. 20, 2007. For additional background *see* Bruce Zagaris, *U.S., Brazil Sign Tax Information Exchange Agreement*, 23 INT'L ENFORCEMENT L. REP. 226 (June 2007).

taxation of income from services, and mutual agreement with the hope that they can eventually reconcile the tax policy differences that have prevented the conclusion of a bilateral tax treaty in the past.

The TIEA requires the signatories to help in exchanging information that may be relevant to the administration and enforcement of the domestic laws of the parties concerning the taxes covered by the agreement, including information that may be relevant to their determination, assessment, enforcement or collection of tax with respect to persons subject to such taxes, or to the investigation or prosecution of criminal tax matters.[4]

The signatories must exchange information without regard to whether the person to whom the information relates is or whether the information is held by, a resident or national of a party.[5]

The TIEA is broad in its coverage of taxes. In the U.S. it covers federal income taxes, federal taxes on self-employment income, federal estate and gift taxes, and federal excise taxes. In Brazil, it includes individual and corporate income tax, industrialized products tax, financial transactions tax, rural property tax, contribution for the program of social integration, social contribution for the financing of the social security, and social contribution on net profits.

The TIEA will also apply to substantially similar taxes. The TIEA will not apply to the extent that an action or proceeding concerning taxes covered is barred by the requesting party's statute of limitations. The agreement does not apply to taxes imposed by states, municipalities or other political subdivisions, or possessions of party, even though both countries have many state taxes.[6] In contrast, the U.S.-Mexican TIEA applies to states.

The TIEA requires a requested party to provide information to the requesting party for the purposes covered by the TIEA without regard to whether the requested party requires such information for its own tax purposes or the conduct being investigated would constitute a crime under the laws of the requested party if it had occurred in its territory. The requesting party will only make a request for information pursuant to the Article when it cannot acquire the requested information by other means, except where recourse to such means would give rise to disproportionate difficulty.[7]

[4] U.S.-Brazil TIEA, Art. I.
[5] *Id*., Art. II.
[6] *Id*., Art. III.
[7] *Id*., Art. V(1).

The consideration of whether to ratify the TIEA is unfolding in the context of efforts to conclude an income tax treaty that have been ongoing since the 1960s. In 1967, Brazil and the U.S. signed an income tax treaty. However, disagreements arose on methods used to eliminate double taxation, and especially tax sparing provisions for Brazil. The disagreements proved troublesome in the U.S. Congress and prevented the treaty from taking effect.[8] Throughout the negotiations of the income tax treaty, Brazilian legislators and policymakers have viewed as controversial the tax information exchange provisions in the double tax treaty.

The politics of the ratification of TIEA were important. Until the signing of the TIEA on March 20, 2007, the Brazilian government had not signed a TIEA. In contrast, the U.S. government had prioritized the conclusion of TIEAs since 1983 as an important tax enforcement mechanism. As the keynote speaker at the December 2005 retreat of ENCLA (Estratégia Nacional para Combatir Lavagem de Capital) (National Strategy against Money Laundering), I mentioned that Brazilian flight capital tends to head primarily to two countries – the U.S. and Switzerland. At the time, Brazil was attempting to prioritize tax compliance and enforcement, especially against flight capital. In this regard, the newly created Office of International Affairs and Asset Recovery in Brazil's Ministry of Justice took the lead in organizing the retreat. I contrasted the U.S. approach as a recipient country of flight capital with that of Switzerland. While the Swiss government had legal limits to tax enforcement cooperation (it cooperates only with respect to tax fraud and not tax evasion), the United States was and remains quite willing to cooperate on a broad range of criminal and civil tax matters. Hence, my first recommendation to the ENCLA group was to sign a TIEA with the U.S. I observed that negotiations would be easy, because the U.S. had a regular program and would welcome a TIEA with Brazil.[9]

Some members of the Brazil Congress, including Representative Regis de Oliveira (PSC-SP), opposed ratification because the treaty was not signed by President Luiz Inácio Lula da Silva (hereafter Lula da Sliva), but rather by the Secretary of the Federal Tax Authority, Jorge Rachid. According to the opponents, Article 84, Item VIII of the 1988 Constitution requires the Brazilian President to sign treaties. The chief executive can delegate this power to

[8] Nélio Weiss and Philippe Jeffrey, *Brazil/US Double Tax Treaty makes progress*, Reserve-Bank.com-Banking Forum, June 2, 2008 (http://forum.reserve-bank.com).

[9] For additional background on which this section is based, *see* Bruce Zagaris, *Brazil-U.S. TIEA Scrutinized During Brazil's Ratification Process*, 52 TAX NOTES INT'L 57-61 (Oct. 6, 2008).

ministers or ambassadors, but not to the secretary of the Federal Tax Authority. They argued Secretary Rachid did not have the authority to sign the TIEA, and there had been an illegal delegation of authority.

The Federal Tax Authority responded that three customs agreements - the same as the tax agreement - signed with the Netherlands, Russia, and the U.S. - are examples of how the Secretary has the power to sign international agreements.

Rep. Oliveira also opposed ratification because the TIEA permits the exchange of tax information regardless of whether the requesting party needs such information for its own tax purposes. He notes that Article V(2) states as follows, "The requested party shall take all relevant information gathering measures to provide the requesting party with the information requested, notwithstanding that the requested party may not, at that time, need such information for its own tax purposes." Rep. Oliveira believes such a provision is unreasonable because under Brazilian laws, a request for information should be permitted only in special, exceptional circumstances, not as a general rule. He also questioned that provisions in Article V(3)(b) that require a requested party, such as Brazil, to place the individual giving testimony or producing books, papers, records, and other tangible property under oath. Such a provision, says Oliveira, is illegal, because Brazilian law would require this only for an individual under a judicial procedure, not a tax administrative procedure.[10]

An interesting element of the debate in the Brazilian House Committee of Constitution and Justice was the absence of discussion on the utility of the TIEA in helping Brazilian tax authorities to obtain assistance from the U.S. vis-a-vis Brazilian taxpayers and money in the U.S.

The major event that resulted in Brazil's ratification of the TIEA was that in March 2010, the U.S. Congress enacted the Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act, which includes the Foreign Account Taxpayer Compliance Act. Under FATCA, certain U.S. taxpayers holding financial assets outside the United States must report those assets to the IRS. In addition, FATCA required foreign financial institutions to report directly to the IRS certain information about financial accounts held by U.S. taxpayers, or by foreign entities in which U.S. taxpayers hold a substantial ownership interest.

[10] Id.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.002 | ISSN: 2764-1899

FATCA also required foreign financial institutions ("FFIs") to report directly to the IRS certain information about financial accounts held by U.S. taxpayers, or by foreign entities in which U.S. taxpayers hold a substantial ownership interest. To properly comply with these new reporting requirements, a FFI will have to enter into a special agreement with the IRS. Under this agreement a "participating" FFI will be obligated to: (1) undertake certain identification and due diligence procedures with respect to its accountholders; (2) report annually to the IRS on its accountholders who are U.S. persons or foreign entities with substantial U.S. ownership; and (3) withhold and pay over to the IRS 30 percent of any payments of U.S. source income, as well as gross proceeds from the sale of securities that generate U.S. source income, made to (a) non-participating FFIs, (b) individual accountholders failing to provide sufficient information to determine whether or not they are a U.S. person, or (c) foreign entity accountholders failing to provide sufficient information about the identity of its substantial U.S. owners.

The HIRE Act requires certain U.S. taxpayers holding foreign financial assets with an aggregate value exceeding $50,000 to report certain information about those assets on a new form (Form 8938) that must be attached to the taxpayer's annual tax return. Reporting applies for assets held in taxable years beginning after March 18, 2010. Failure to report foreign financial assets on Form 8938 will result in a penalty of $10,000 (and a penalty up to $50,000 for continued failure after IRS notification). Furthermore, underpayments of tax attributable to non-disclosed foreign financial assets will be subject to an additional substantial understatement penalty of 40 percent.

FATCA has led to the negotiation of FATCA Intergovernmental Agreements, whereby foreign governments agree to help the U.S. enforce FATCA in exchange for reciprocity by the U.S. and more certainty of excluding some of the financial institutions in the FATCA partners that pose a low risk of tax evasion. On April 11, 2013, the Obama budget for 2014 gave Treasury broad discretion to issue regulations to reciprocate.

After the enactment of FATCA, domestic financial institutions pressured the Treasury and Foreign Affairs Ministries of foreign countries to allow them to provide taxpayer information to the U.S. government (IRS) so that they would not be subject to 30 percent taxation on all payments from U.S. sources. The enactment of FATCA accelerated both the ratification of the TIEA in Brazil and the conclusion of the FATCA Intergovernmental Agreement (IFA) to implement FATCA in Brazil. Decree 8,506, published on August 24, 2015,

contains the text of the Agreement, which aims to improve tax compliance and implementation of FATCA in Brazil.[11]

FATCA has also led more countries and even the OECD to emulate automatic exchange of information as a solution to minimizing tax evasion.

As a result of the FATCA IGA, in 2015, Brazilian tax authorities announced that they obtained information concerning 25,000 accounts held by Brazilian residents in the U.S. and were reviewing them with an eye to undertaking audits.

Simultaneous with the signing of the FATCA IGA, the Brazilian government had its own offshore voluntary disclosure program. Until October 31, 2016, Brazilian residents could voluntarily declare assets held abroad that they had not previously reported to Brazilian tax authorities and to the Brazilian Central Bank. They had to pay a total charge of 30 percent and would not be prosecuted criminally. Brazil treats failure to report assets as tax evasion and also "evasion of funds."

[After 2017, persons with undeclared accounts in the U.S. are subject to a tax assessment if they did not participate in the offshore voluntary disclosure, which can result in significant tax, interest, and penalties that may reach 84 percent of undeclared assets.[12]]

Article 6(1) of the FATCA IGA states "(t)he Government of the United States acknowledges the need to achieve equivalent levels of reciprocal automatic information exchange with Brazil. The Government of the United States is committed to further improve transparency and enhance the exchange relationship with Brazil by pursuing the adoption of regulations and advocating and supporting relevant legislation to achieve such equivalent levels of reciprocal automatic information exchange."[13]

The acknowledgment reflects the fact that, in 2013 and still today, FATCA is unbalanced with regards to its technical matter, comprehensive requirements, and burdens. In terms of human and financial resources required of FFIs, Brazil and its financial institutions have many more responsibilities, burdens, and costs than their counterparts in the U.S. A U.S. problem has been that a number of bank associations and their representatives in Congress have

[11] Ana Cláudia Akie Utumi, Brazil: Tax Treaty Series: Tax Information Exchange Agreement And Intergovernmental Agreement Between Brazil And The United States, Mondaq, June 17, 2016.
[12] Id.
[13] *See* Art. 6(1) of Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Brazil-9-23-2014.pdf.

opposed reciprocity. For instance, they filed a number of lawsuits to block the regulations of Treasury to implement part of the U.S. obligations[14] and Senator Rand Paul sued and unsuccessfully requested an injunction against the implementation of IGAs as unconstitutional.[15]

Article 6(3) commits the Parties to working with other government partners, the OECD and EU, on adapting the terms of the Agreement to a common model for automatic exchange of information, including the development of reporting and due diligence standards for financial institutions. On July 15, 2014, the OECD Council adopted the Common Reporting Standard (CRS), in response to the G20 request.[16] As of December 10, 2020, 107 countries, including Brazil, were signatories of the Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information. [17]

Because of the refusal of the U.S. to sign the CRS, foreign investors utilize structures in the U.S. to try to protect their anonymity, knowing that the U.S. and individual U.S. states, especially Delaware, Wyoming, South Dakota, and Nevada, will continue to use confidentiality as regulatory arbitrage. The investors know that, as the U.S. is a superpower, especially in the OECD, the OECD is not likely to penalize the U.S. for not adhering to the provisions in its FATCA IGAs and to the commitments made by the U.S. with respect to joining the CRS when it was trying to find ways for countries to support its FATCA initiative. Hence, at present, notwithstanding all of the efforts of the Brazil government to change its laws to accommodate the U.S. in implementing FATCA, many years later the U.S. has still failed to reciprocate and has failed to even try to reciprocate, making the agreement mostly one-sided.

On January 6, 2020, Brazilian President Jair Bolsonaro announced that his country is "broke" and he "can't do anything about it," attributing the crisis to "the press-fueled" coronavirus.[18] Federal and state budgets are unbalanced. As the Brazilian public sector is huge,

[14] *Florida Bankers Association, et al v United States Department of Treasury, et al*, 19 F Supp 3d 111 (DDC 2014), Memorandum Opinion, July 13, 2014 (District Court Judge Boasberg grants the Treasury motion for summary judgment in support of the income-reporting requirements issued in 2012 by the IRS, requiring U.S. banks to report the amount of interest earned by accountholders residing in foreign countries).

[15] Alex Newman, Senator Paul Sues Obama IRS Over Privacy-killing Pseudo-treaties, The New American, July 2, 2015

[16] OECD, *What is the CRS?* https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/ (undated), accessed Jan. 10, 2020.

[17] For a list of signatories, *see* https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/crs-mcaa-signatories.pdf.

[18] Brazilian President Jair Bolsonaro says his country is 'broke' and he 'can't do anything' WION, Jan 6, 2021.

budget deficits persist irrespective of the very significant social security reforms enacted since 2019.[19]

When I have given talks in Brazil about the DOJ's prosecution of banks, Brazilian prosecutors seemed surprised and simultaneously envious of the power to prosecute banks and the positive subsequent compliance arising out of prosecutions. Much of this is due to the differences in legal systems and culture. Until Operation Car Wash, Brazil only rarely prosecuted corporations and entities for environmental crimes.

Brazil has brought criminal cases against U.S. multinational corporations for Value Added Tax (VAT) (better known in Brazil as (EFD ICMS/IPI)) violations. The cases have involved multinational corporations which have falsely issued invoices, showing the products made in the Amazon or Northeast of Brazil where the government allowed reduced VAT as an investment incentive.

One potential opportunity for strengthening the integrity of its tax system, raising revenue, and motivating U.S. enablers to stop helping Brazilian tax evaders to invest their undeclared assets in and through the U.S. would be for the Receita Federal to initiate an offshore voluntary disclosure program for enablers. It could emulate the U.S. OVDP for Swiss banks to some extent.

The Swiss Bank Program, which was announced on August 29, 2013, provided a path for Swiss banks to resolve potential criminal liabilities in the United States. Swiss banks eligible to enter the program were required to advise the Department of Justice by December 31, 2013 that they had reason to believe that they had committed tax-related criminal offenses in connection with undeclared U.S.-related accounts. Banks already under criminal investigation related to their Swiss-banking activities and all individuals were expressly excluded from the program.

Under the program, banks were required to:

a. Make a complete disclosure of their cross-border activities;

b. Provide detailed information on an account-by-account basis for accounts in which U.S. taxpayers have a direct or indirect interest;

[19] Romero J. S. Tavares, *Foreword: Assessing Brazil's tax landscape in 2020*, https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky4qkvpyc4pd/foreword-assessing-brazils-tax-landscape-in-2020, March 30 2020.

c. Cooperate in treaty requests for account information;

d. Provide detailed information as to other banks that transferred funds into secret accounts or that accepted funds when secret accounts were closed;

e. Agree to close accounts of accountholders who fail to come into compliance with U.S. reporting obligations; and

f. Pay appropriate penalties.

Swiss banks meeting all of the above requirements were eligible for a non-prosecution agreement.

The Brazilian Tax Authority may want to consider starting its own Offshore Voluntary Disclosure Program for foreign intermediaries.

The Department of Justice announcement of the OVDP for Swiss banks featured a joint statement between the Department and the Swiss Federal Department of Finance.[20] The fact that the Swiss government endorsed the program facilitated the participation by Swiss banks. Between March 2015 and January 2016, the DOJ executed non-prosecution agreements with 80 Category 2 banks and collected more than $1.36 billion in penalties. It appears that more may have been collected by the DOJ.

The United States has had settlements with two of the largest Israeli banks and is in settlement negotiations with a third.

On March 12, 2019, the U.S. Department of Justice announced that Mizrahi-Tefahot Bank Ltd. (Mizrahi-Tefahot) and its subsidiaries, United Mizrahi Bank (Switzerland) Ltd. (UMBS) and Mizrahi Tefahot Trust Company Ltd. (Mizrahi Trust Company), agreed to pay $195 million to the United States and enter into a deferred prosecution agreement.[21]

Mizrahi-Tefahot is the third-largest bank in Israel. During the relevant period, Mizrahi-Tefahot had branches in Los Angeles, California, the Cayman Islands, and London, England. In 2014, the Cayman Islands branch surrendered its license and closed. UMBS, a subsidiary of Mizrahi-Tefahot, had one branch in Zurich, Switzerland. Mizrahi Trust Company, a fully owned subsidiary of Mizrahi-Tefahot, operated under the Bank of Israel's regulatory authority. Mizrahi-Tefahot, UMBS, and Mizrahi Trust Company provided private banking, wealth

[20] Joint Statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance https://www.justice.gov/tax/file/631356/download.

[21] U.S. Department of Justice, Mizrahi-Tefahot Bank Ltd. Admits Its Employees Helped U.S. Taxpayers Conceal Income and Assets, Press Rel. 19-215, Mar. 12, 2019.

management, and financial services to high-net-worth individuals and entities world-wide, including U.S. citizens, resident aliens, and permanent residents.

In the Deferred Prosecution Agreement ("DPA") and related court documents, Mizrahi-Tefahot admitted that, from 2002 until 2012, the conduct of its employees and agents defrauded the United States with respect to taxes by conspiring with U.S. taxpayer-customers and others. The conduct of Mizrahi-Tefahot employees enabled U.S. taxpayers to hide income and assets from the IRS.[22]

The DPA requires Mizrahi-Tefahot to ensure that all of its related entities that provide financial services to customers covered by the FATCA continue to implement and maintain an effective program of internal controls with respect to compliance with FATCA in their affiliates and subsidiaries. Under the DPA, Mizrahi-Tefahot and its subsidiaries must affirmatively disclose certain material information it may later uncover concerning U.S.-related accounts and disclose certain information consistent with the Department's Swiss Bank Program with respect accounts closed between January 1, 2009, and October 2017. Under the DPA, prosecution against the bank for conspiracy will be deferred for an initial period of two years to permit Mizrahi-Tefahot, UMBS, and Mizrahi Trust Company to comply with the DPA's terms.

In December 2014, the Bank Leumi Group agreed to a DPA with the Department "admitting that it conspired to aid and assist U.S. taxpayers to prepare and present false tax returns to the IRS by hiding income and assets in offshore bank accounts in Israel and elsewhere around the world."[23] During the first week of March, Hapoalim, one of Israel's two largest banks, announced it would set aside an additional $246 million to cover a potential settlement of a U.S. investigation of its tax wrongdoing. As a result, it has now set aside $611 million for the U.S. settlement.[24]

The Department of Justice investigations have resulted in Israeli banks decreasing their activities abroad. According to the Bank of Israel, a dramatic fall in the number of deposits held by foreign residents in Israeli banks has occurred. In the past 10 years, Central Bank data

[22] Id.
[23] Id.
[24] Makini Brice, Eric Breech, and Steven Scheer, *Israel's Mizrahi Tefahot to pay $195 million in U.S. tax case settlement*, Reuters, Mar. 12, 2019.

indicates that approximately $19 billion worth of deposits by foreign residents have left Israel's banking system.[25]

As a result of the Department investigations of the three largest Israeli banks, Israeli banks have called upon Israelis with business interests abroad to explain how they earned their money; those unable to provide satisfactory answers have had their bank account closed.

For many years Israeli banks have provided essentially the same services as Swiss banks, but without the banking secrecy.[26]

The Mizrahi-Tefahot settlement, along with the Bank Leumi DPA and the pending bank Hapoalim, will mean that U.S. taxpayers who have used Israeli banks will need to come into compliance with their U.S. taxes or risk enforcement action, since Mizrahi-Tefahot and bank Hapoalim will have to disclose the accounts by U.S. taxpayers as part of the DPA.

The DPA also shows that, in the aftermath of the OVD for Swiss Banks, the Department is now extending its tax enforcement tentacles to other jurisdictions.

The U.S.-Swiss OVDP for Swiss Banks and its action against Israeli banks proffer opportunities for Brazilian tax compliance and enforcement. The Brazilian-U.S. TIEA, FATCA IGA, Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty, and extradition treaties all provide support to implement such an initiative.

The U.S. is not alone in going after foreign enablers. Belgium, France, and Germany have prosecuted Swiss banks for tax and money laundering crimes relating to conspiring with taxpayers in the three countries to invest in Swiss banks in ways that conceal assets and evade taxes. The settlement between the Malaysia government and Goldman Sachs in the 1MDB case in connection with alleged diversion of money in connection with bond issues illustrates how Asian governments are prosecuting foreign FIs. In this case the U.S. and Switzerland took action against some of the intermediaries involved in embezzling assets from a sovereign wealth fund.[27]

Hence, Brazil can and should increase its international tax enforcement in order to strengthen the integrity of its tax system, as it simultaneously raises revenue and develops better

[25] AP and Shoshanna Solomon, Major Israeli bank to pay $195m penalty for US tax-avoidance scheme, THE TIMES OF ISRAEL, March 13, 2019.
[26] Simona Weinglass, Why are Israeli banks asking customers where their money comes from? THE TIMES OF ISRAEL, July 29, 2018.
[27] Bruce Zagaris, *Malaysia and Goldman Sachs Reach Settlement over 1MDB Scandal*, 36 INT'L ENFORCEMENT L. REP. 304 (Aug. 2020).

private-public partnerships with banks, trust companies, financial institutions and gatekeepers, all of which are key stakeholders in any tax regime. Key stakeholders in promoting increased bilateral relations should demand that their leaders conclude an income tax treaty. Since Brazil is about to join the OECD, OECD accession will necessarily bring many international tax reforms, including transfer pricing convergence, taxation of services and royalties, the adequacy of Brazil's tax treaty policy and administrative practices.[28]

102. Anti-Corruption Cooperation

U.S.-Brazilian anti-corruption enforcement cooperation has led to a series of cases in which the two governments have cooperated informally and formally on evidence gathering, joint settlements, and sharing of assets recovery. In addition, some convergence of legal approaches has occurred, as illustrated in Brazil's Clean Company Act.[29]

This section explores some of the successes and opportunities for additional advances in anti-corruption enforcement cooperation.

When the U.S. and Brazil governments seek to cooperate on corruption-based cases, they have various mechanisms. Most importantly, they can use the modern Mutual Assistance in Criminal Matters Treaty, an extradition treaty, Memoranda of Understandings, one involving securities and a second involving commodities future trading. If tax issues are involved, they have the above-mentioned TIEA and FATCA IGA on which to rely. Every transnational corruption case normally involves tax crimes. The payor of the bribe must mischaracterize the bribe payments in his or her books in order to avoid incriminating him or herself or the company. Hence, such payments are often falsely characterized as consulting or marketing fees or fees for professional services. In addition, the recipient of the bribe cannot accurately report the income or else the recipient also risks communicating to the tax authorities incriminating information. Hence, most corrupt payments trigger tax liability.

In cases where multiple parties are involved in the structuring or payment of bribes, and doctoring the accounting records, other crimes, such as money laundering often arise. The U.S. Department of Justice limits the ability of prosecutors to charge tax cases as money laundering and requires approval from a higher level official.

---

[28] Tavares, *supra*.

[29] For background in some of anti-corruption enforcement developments, *see* TEMAS DE ANTICORRUPÇÃO & COMPLIANCE (Alesandra DelDbbio, Buno Cameiro Maeda, and Carlos Henriqe da Silva Ayres, eds.) (2013)

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.002 | ISSN: 2764-1899

In many cases the U.S. and Brazilian law enforcement officials and prosecutors can also utilize multilateral anti-corruption conventions, such as the UN Convention against Corruption, the OECD Convention against Bribery of Foreign Officials, and the Inter-American Convention against Corruption, to make requests.

Especially since Brazil has established within its Ministry of Justice its Department of Assets Recovery and International Legal Cooperation, Brazil has developed a cadre of well trained professionals in international assistance and enforcement cooperation. As a result, Brazil knows how to utilize informal cooperation. A track record of successful cooperation has given the two governments confidence in each other's professionals.

The two governments have closely cooperated on transnational corruption cases between a developed country (usually on the "supply side" of transnational bribery cases) and a developing country (on the "demand side"). A criticism has been that in too many cases supply-side enforcers like the U.S. are overly dominant in transnational bribery cases, while very little investigation occurs with countries where the bribery occurs. Part of the problem has been that the supply-side enforcers do not share evidence or the assets recovered in cases.[30]

Among the joint anti-corruption settlements are:

- *Embraer S.A.* On October 24, 2016, Brazilian aircraft manufacturer Embraer S.A. (Embraer) agreed to a resolution regarding criminal charges. In the resolution, Embraer agreed to pay a penalty of more than $107 million relating to schemes involving the bribery of government officials in the Dominican Republic, Saudi Arabia, and Mozambique, and to pay millions more in falsely recorded payments in India via a sham agency agreement. The U.S. credited $20 million that the company agreed to pay to Brazilian authorities.[31]

[30] Kees Thompson, *Brazil: A Model for International Cooperation in Foreign Bribery Prosecutions*, THE GLOBAL ANTI-CORRUPTION BLOG, June 21, 2018. For additional background, *see* Francesco De Simone and Bruce Zagaris, *Impact of foreign bribery legislation on developing countries and the role of donor agencies*, AntiCorruption Resource Centre (2014) https://www.u4.no/publications/impact-of-foreign-bribery-legislation-on-developing-countries-and-the-role-of-donor-agencies.pdf.

[31] DOJ, *Embraer Agrees to Pay More than $107 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Charges*, October 24, 2016 https://www.justice.gov/opa/pr/embraer-agrees-pay-more-107-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act-charges.

- *Odebrecht S.A. and Braskem*. On December 21, 2016, Odebrecht S.A. (Odebrecht), a global construction company based in Brazil, and Braskem S.A. (Braskem), a Brazilian petrochemical company, pleaded guilty to bribery. As part of the resolution, they agreed to pay a combined total penalty of at least $3.5 billion to resolve charges with authorities in the U.S., Brazil, and Switzerland arising out of their conspiracies and activities to pay hundreds of millions of dollars in bribes to government officials around the world. The plea agreement, requires the U.S.to credit the amount that Odebrecht pays to Brazil and Switzerland over the full term of their respective agreements, with the U.S. and Switzerland receiving 10 percent each of the principal of the total criminal fine and Brazil receiving the remaining 80 percent.

- Under their respective plea agreements, Odebrecht and Braskem must continue their cooperation with law enforcement, including in connection with the investigations and prosecutions of individuals responsible for the criminal conduct. Odebrecht and Braskem must also develop enhanced compliance procedures and retain independent compliance monitors for three years.[32]

- *Rolls-Royce plc.* On January 17, 2017, Rolls-Royce plc, the United Kingdom-based manufacturer and distributor of power systems for the aerospace, defense, marine, and energy sectors, agreed to pay the U.S. nearly $170 million as part of an $800 million global resolution to investigations by the DOJ, U.K., and Brazilian authorities into a scheme to bribe government officials in exchange for government contracts.

  Rolls-Royce entered into a deferred prosecution agreement (DPA) in connection with a criminal information, filed on Dec. 20, 2016, in the Southern District of Ohio, charging the company with conspiring to violate the anti-bribery provisions of the FCPA.

[32] DOJ, Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least $3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History, December 21, 2016 https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve.

In related proceedings, Rolls-Royce also settled with the United Kingdom's Serious Fraud Office (SFO) and the Brazilian Ministério Público Federal (MPF).

As part of its leniency agreement with the MPF, Rolls-Royce also agreed to pay a penalty of approximately $25,579,170 for the company's role in a conspiracy to bribe foreign officials in Brazil between 2005 and 2008. The conduct underlying the MPF resolution overlaps with the conduct underlying part of the DOJ's resolution. Hence, the DOJ credited the $25,579,170 that Rolls-Royce agreed to pay in Brazil against the total fine in the United States.[33]

- *SBM Offshore N.V.* On November 29, 2017, SBM Offshore N.V. (SBM), a Netherlands-based company focusing on the manufacture and design of offshore oil drilling equipment, and its wholly owned U.S. subsidiary, SBM Offshore USA Inc. (SBM USA), agreed to resolve criminal charges and pay a criminal penalty of $238 million in connection with schemes involving the bribery of foreign officials in Brazil, Angola, Equatorial Guinea, Kazakhstan, and Iraq in violation of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

  In calculating its fine, the DOJ credited SBM's payment of penalties to the Openbaar Ministerie and the payment of penalties likely to be paid to the Brazilian Ministério Público Federal (MPF).[34]
- *Keppel Offshore and Marine Ltd.* On December 22, 2017, Keppel Offshore & Marine Ltd. (KOM), a Singapore-based company engaged in operating shipyards and repairs and upgrading shipping vessels, and its wholly owned U.S. subsidiary, Keppel Offshore & Marine USA Inc. (KOM USA), agreed to pay a combined total penalty of more than $422 million to resolve charges with authorities in the U.S., Brazil, and Singapore arising out of a decade-long scheme to pay millions of dollars in bribes to officials in

[33] DOJ, *Rolls-Royce plc Agrees to Pay $170 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case*, January 17, 2017 https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act.

[34] DOJ, SBM Offshore N.V. And United States-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries, November 29, 2017 https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case.

Brazil. KOM USA pleaded guilty today in connection with the resolution. In addition, a guilty plea by a former senior member of KOM's legal department was unsealed.

KOM made a deferred prosecution agreement with the DOJ in connection with a criminal information filed today in the Eastern District of New York charging the company with conspiracy to violate the anti-bribery provisions of the FCPA.

In related proceedings, the company settled with the MPF in Brazil and the Attorney General's Chambers (AGC) in Singapore. The DOJ will credit the amount the company pays to Brazil and Singapore under their respective agreements, with Brazil receiving $211,108,490, equal to 50 percent of the total criminal penalty, and Singapore receiving up to $105,554,245, equal to 25 percent of the total criminal penalty.[35]

- *TechnipFMC plc (TFMC*). TFMC, a publicly traded company in the U.S. and a global provider of oil and gas services, and its wholly-owned U.S. subsidiary, Technip USA, Inc. (Technip USA) agreed to pay a combined total criminal fine of more than $296 million to settle foreign bribery charges with authorities in the U.S. and Brazil. The charges arose out of two independent bribery schemes: a scheme by Technip to pay bribes to Brazilian officials and a scheme by FMC to pay bribes to officials in Iraq. Technip USA and Technip's former consultant pleaded guilty in connection with the resolution. In 2010, Technip resolved charges over bribes paid in Nigeria with a penalty of $240 million.

  In related proceedings, the company settled with the Advogado-Geral da União (AGU), the Controladoria-Geral da União (CGU) and the Ministério Público Federal (MPF) in Brazil over bribes paid in Brazil. The U.S. agreed to credit the amount the company

[35] DOJ, Keppel Offshore & Marine Ltd. and U.S. Based Subsidiary Agree to Pay $422 Million in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery Case, December 22, 2017 https://www.justice.gov/opa/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsidiary-agree-pay-422-million-global-penaltie.

pays to the Brazilian authorities under their respective agreements, with TechnipFMC paying Brazil approximately $214 million in penalties.[36]

The settlements involve cases in which Brazil was both in supply-side (Embraer, Odebrecht) and demand-side (Odebrecht, Rolls-Royce, SBM, and Keppel) enforcement roles. The settlements reflect increased trust between the DOJ and the Brazilian counterparts (e.g., MOJ and MPF). As a result, the DOJ has credited fines paid to Brazilian authorities when calculating the penalties for liable companies. DOJ makes these offsets in its discretion on a case-by-case basis. DOJ scrutinizes the comparative victimization of the countries and the roles played by the prosecuting countries in the investigations. One commentator correctly notes that these settlements provide an incentive for other developing/demand-side countries to emulate Brazil so that they can show their countries' anti-corruption achievements and see tangible results in obtaining asset recovery.[37]

The DOJ has cited the close relationship it has with Brazil and their informal cooperation. For example, in the SBM matter in 2017 after SBM settled with Dutch prosecutors, the DOJ announced that it had ended its own investigation without charges for lack of jurisdiction over SBM officials. However, Brazilian authorities later discovered bribery activity by SBM's U.S. subsidiary and shared it with the DOJ. As a result, the U.S. reopened the case and arrived at a final settlement.[38]

Another element in U.S.-Brazil anti-corruption cooperation is that the DOJ has confidence in the Brazilian settlement regime. Prior to the enactment of Brazil's Clean Company Act in 2014 (CCA), Brazil could not subject its companies to liability for acts of corruption committed by their employees or agents. The CCA enables companies to enter into leniency agreements, akin to Deferred Prosecution Agreements, whereby companies can qualify for fine reduction by up to two-thirds and avoid certain sanctions by cooperating with investigators and undertaking to make full restitution. In August 2017, Brazil issued guidelines for negotiating such agreements. U.S. law enforcement, particularly the DOJ and Securities

[36] DOJ, *TechnipFMC Plc and U.S.-Based Subsidiary Agree to Pay Over $296 Million in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery Case*, https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsidiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve, June 25, 2019.
[37] Thompson, *supra.*
[38] Id.

Exchange Commission, has enabled the U.S. to provide off-setting credit for the settlements in Brazil by entities subject to joint settlement.[39]

One gap in joint settlements is that they apply only to companies. Although normally individuals have far less resources to pay for their defense and may even be detained for part of even the entire time before trial, the DOJ has no policies or guidelines for dealing with joint settlements by individuals.[40] The lack of policy is exacerbated by the provisions in the Brazil-U.S. MLAT that states the MLAT is only between the two governments and does not give rise to access by having defendants or third parties. Hence, a defendant detained is denied equality of arms in litigating the case. S/he must rely on letters rogatory to try to obtain evidence. Arguably the inability of the defendant to utilize the MLAT and the imbalance in foreign evidence-gathering power violates the Compulsory Process Clause of the Sixth Amendment of the U.S. Constitution (the right in all criminal prosecutions to have compulsory process for obtaining witnesses in his or her favor) and the Due Process Clause of the Fifth Amendment of the U.S. Constitution (requirement of fair process).[41]

In terms of future investigations Brazilian counsel have discussed the need for adequate anti-corruption due diligence.[42] Adequate due diligence includes the ability to conduct internal investigations when a company discovers apparent wrongdoing concerning corruption.[43]

One mechanism that may be useful for Brazilian lawyers engaged in anti-corruption due diligence is the Independent Private Sector Inspector General (IPSIG). The IPSIG's role is analogous to a monitor. The Independent Private Sector Inspector General (IPSIG) is a proactive organizational change agent as well as a proactive investigator.[44]

---

[39] Id.

[40] For additional discussion of the need for a joint settlement policy for individual defendants, *see* Bruce Zagaris, *The Need for Cooperation Policies In Individual Cross-Border Tax Settlements*, 93 TAX NOTES INT'L 319 (Jan. 21, 2019).

[41] Bruce Zagaris, U.S.-Brazil and International Evidence Gathering: The Need for better Procedural Due Process,99 REV. BRASILEIRA DE CIÉNCIAS CRININAIS 241, 254-258 (2012).

[42] Bruno Carneiro Maeda, Programs de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais, TEMAS DE ANTICORRUPÇÃO & COMPLIANCE, supra, at 167-202.

[43] Paul J. McNutty and Thomas A. Doyle, *Best practices for investigations in Brazil* , TEMAS DE ANTICORRUPÇÃO & COMPLIANCE, supra, at 269-284,

[44] This section is taken in part from Bruce Zagaris, *Prosecutors and Judges as Corporate Monitors? The US Experience*, in CHALLENGES IN THE FIELD OF ECONOMIC AND FINANCIAL CRIME IN EUROPE AND THE US (Katalin Ligeti and Vanessa Franssen, eds.) 19, 26-27 (2017); J B Jacobs and R Goldstock, *Monitors & IPSIGs: Emergence of a New Criminal Justice Role*, (2007) 43 CRIMINAL LAW BULLETIN 217, 217.

The federal Inspector General Act of 1978 inspired the idea.[45] The law centralized audit and investigative activities in a single 'independent and objective' office within each of the major federal departments and agencies. It authorized each Inspector General to report to the agency head and to Congress on the extent of waste, abuse and fraud within its jurisdiction, propose remedial action, and deter future violations. The law required the Inspectors General to promote economy, efficiency and effectiveness of the host department and its programs.[46] The IG's most important task is to uncover past and present wrongdoing and prevent future wrongdoing. The agency head may reject the IG's warning or recommendation, but that does not occur often or lightly, as a result of the career consequences of a corruption scandal and the inevitable scrutiny by the relevant oversight committee once the IGnotifies Congress of that rejection, as the law requires.[47]

The New York State Organized Crime Task Force (OCTF) pioneered IPSIGs. The OCTF in some cases required companies involved in violations to employ an IPSIG as one condition of a cooperation agreement. Under the agreements the IPSIG had to comprehensively examine the cooperating firm's books and records, interview its employees and scrutinize its operations. The IPSIG worked with the corporation's officers to design and implement internal controls, compliance procedures, and an ethics code. The IPSIG regularly reported to the OCTF on the monitored-company's cooperation and progress. The IPSIG had to report any evidence of company violations and, if the company's wrongdoing caused losses to third parties, the IPSIG had to determine the extent of the loss and ensure appropriate restitution.[48]

In the early 1990s, the DOJ took hold of the IPSIG concept and issued comprehensive standards covering (1) the contractor's responsibility for cooperating with an IPSIG and (2) the IPSIG's role as investigator and implementer of corruption prevention initiatives.[49]

---

[45] (PL 95-452), codified in 5. United States Code app § 1 et seq.

[46] R Goldstock, 'On the Origins of the Independent Private Sector Inspector General Program, (2003), available at <http://www.iaipsig.org/media/article_11.html> accessed on 27 February 2015.

[47] J B Jacobs and R Goldstock, 'Monitors & IPSIGs: Emergence of a New Criminal Justice Role', (2007) 43 Criminal Law Bulletin 217, 218.

[48] J B Jacobs and R Goldstock, 'Monitors & IPSIGs: Emergence of a New Criminal Justice Role', (2007) 43 Criminal Law Bulletin 217, 223, explaining that these cooperation agreements were confidential when signed and mostly remain under seal.

[49] J B Jacobs and R Goldstock, 'Monitors & IPSIGs: Emergence of a New Criminal Justice Role', (2007) 43 Criminal Law Bulletin 217, 224, citing Department of Justice , 'Monitoring Agreement' and City Bar for Continuing Legal Education 'What Every Criminal and Corporate Lawyer Needs to Know about Monitors', ', 6 December 2005, 45-63.

An IPSIG is an independent, private sector firm. It has legal, auditing, investigative, and loss prevention skills. An organization (voluntarily or by compulsory process) hires an IPSIG to ensure compliance with relevant law and regulations and to deter, prevent, uncover, and report unethical and illegal conduct by, within, and against the organization.[50]

To ensure the IPSIG's integrity and credibility as an independent agent, it must have dual reporting responsibilities – to the highest levels of the host organization and to an independent body (generally, a government agency) – and be free to report violations of the law as appropriate.

In some cases, the DOJ has required an IPSIG as a condition of plea agreements. Plea agreements and IPSIGs help prevent future wrongdoing in and by the corporation by means of a multi-year monitor authorized to conduct investigations and recommend organizational reform. The DOJ retains the right to return to court (*i.e.* criminal prosecution, contempt, other remedies) if the IPSIG reports the corporation's lack of cooperation or continued violations.[51] Prosecutors have used IPSIGs against airlines in the wake of serious drug trafficking prosecutions involving employees of airlines, an international accounting firm in the wake of marketing abusive and illegal tax shelters, and a non-profit association franchised by New York State to conduct horse racing and pari-mutuel betting at the state's three major thoroughbred race tracks.[52]

An organization can utilize IPSIGs to determine the appropriate restitution or forfeiture in cases where guilt or liability has been established, but the amount of loss by the victim(s) or gain by the perpetrator is not known or is in dispute. In many cases, the government has neither the specific skills nor resources, or may be inappropriately partisan, to determine such amounts accurately and objectively.[53]

IPSIGs can be useful in the international arena. IPSIGs not only protect the host organization from illegalities by their employees, other corporations, and extortive demands by corrupt public officials, but also show the government of the country in which they operate

[50] L A Skillen, R Goldstock, B DeFoe and W Hess, The Independent Private Sector Inspector General, Report of the New York State Bar Association Commercial and Federal Litigation Section, (1994). , <http://www.apps.americanbar.org/criminjustice/calendar/independent> accessed on 27 February 2015.

[51] J B Jacobs and R Goldstock, 'Monitors & IPSIGs: Emergence of a New Criminal Justice Role', (2007) 43 Criminal Law Bulletin 217, 230-231.

[52] J B Jacobs and R Goldstock, 'Monitors & IPSIGs: Emergence of a New Criminal Justice Role', (2007) 43 Criminal Law Bulletin 217, 231-235.

[53] L A Skillen, R Goldstock, B DeFoe and W Hess, The Independent Private Sector Inspector General, Report of the New York State Bar Association Commercial and Federal Litigation Section, (1994)

that the organization is actually free from organized crime ownership and influence, and that it has proper safeguards so that its operation will adhere to local laws and regulations.[54]

Normally, the corporation or organization will appoint an IPSIG during prejudgment and sometimes before criminal charges are even brought. The IPSIG is responsible to the corporation and its mission may last until the sentence or until the internal controls and compliance regime have been properly reformed.[55]

Hence, if a multinational corporation learns of apparent wrongdoing, especially serious wrongdoing or wrongdoing that has occurred over a long period of time, the corporation may want to hire an IPSIG, so that the prosecutor and court will take into account that the IPSIG will have done its part for the preceding months by the time the case reaches this point. In fact, when a corporation makes a voluntary disclosure, it may tell the prosecutor that it has hired an IPSIG. The prosecutor may want the IPSIG to make reports pending the resolution of the case.

On October 19, 2020, after seven months of negotiations,[56] officials from the United States and Brazil announced the conclusion of a protocol on a limited trade deal that will facilitate commerce between the countries, strengthen regulatory practices, and strengthen anti-corruption measures. The new Protocol concerns Trade Rules and Transparency.[57] The Protocol updates the 2011 Agreement on Trade and Economic Cooperation (ATEC) with three new annexes consisting of state-of-the-art provisions on Customs Administration and Trade Facilitation, Good Regulatory Practices, and Anticorruption.[58] This article discusses Annex III on anti-corruption and some of its implications in the U.S. and Brazil.

The joint statement claims the Protocol "further expands both countries' frameworks to include provisions addressing money laundering, the recovery of proceeds of corruption, the

---

[54] L A Skillen, R Goldstock, B DeFoe and W Hess, The Independent Private Sector Inspector General, Report of the New York State Bar Association Commercial and Federal Litigation Section, (1994).

[55] Zagaris, Prosecutors and Judges as Corporate Monitors? The US Experience, supra.

* Mr. Ayres is a founding partner of the law firm Maeda, Ayres & Sarubbi in São Paulo, Brazil. He focuses on anti-corruption, government enforcement and compliance issues, with a particular emphasis on Brazil and other regions of Latin America. Mr. Ayres is a Professor at the Post-Graduate Program of FGVLaw, School of Law, in São Paulo.

[56] Ana Swanson, *U.S. to Sign Limited Trade Deal With Brazil*, N.Y. TIMES, Oct. 19, 2020.

[57] This section is a revised version of the article by Bruce Zagaris and Carlos Ayres, *U.S. and Brazil Sign Anti-Corruption Provisions in Trade Facilitation Protocol*, 36 INT'L ENFORCEMENT L. REP. 347-50 (Dec. 2020).

[58] Office of the U.S> Trade Representative, *United States and Brazil Update Agreement on Trade and Economic Cooperation with New Protocol on Trade Rules and Transparency*, Oct. 19, 2020 https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/october/united-states-and-brazil-update-agreement-trade-and-economic-cooperation-new-protocol-trade-rules.

denial of a safe haven for foreign public officials that engage in corruption and additional protections for whistleblowers."[59]

The Anticorruption commitments include: affirming the obligations to adopt and maintain measures to prevent and combat bribery and corruption, especially the obligations in the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions; the United Nations Convention against Corruption; and the Inter-American Convention Against Corruption.[60] The parties agree to adopt and/or maintain measures to establish as criminal, civil, or administrative offenses under its law, in matters affecting international trade and investment, when committed intentionally, by any person subject to its jurisdiction. The measures include those against the promise, offering, or giving of bribes to a public official; the solicitation or acceptance by a public official of bribes; the promise, offering, or giving of bribes to a foreign public official or an official of a public international organization. The measures include complicity, including incitement, aiding and abetting, or conspiracy to commit these offenses.[61] The parties agree to requirements regarding the maintenance of books and records and internal controls, financial statement disclosures, and accounting and auditing standards.[62] Each party must adopt measures to disallow the tax deductibility of bribes.[63] Each party must adopt or maintain measures enabling the identification, tracing, freezing, seizure, and confiscation in criminal, civil, or administrative proceedings of: (a) proceeds, including any property, derived from the corruption offenses; and (b) property, equipment, or other instrumentalities used in or destined for use in such offenses.[64] Each party must have measures allowing visa restrictions on any foreign public official.[65]

Each party must have procedures to report corrupt acts, and protection for persons who report corruption (whistleblowers).[66]

The Annex requires the adoption of policies and procedures to promote accountability of public officials. In particular, there must be adequate procedures for the selection and training

---

[59] U*nited States and Brazil Sign New Protocol on Trade Rules and Transparency*, Oct.19, 2020 https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/ATEC%20Brazil%20Joint%20Statement%20-%2010.19.20.pdf.
[60] Annex III, Art. 1.
[61] *Id*., Art. 2(1).
[62] *Id*., Art. 2(2).
[63] *Id*., Art. 2(5).
[64] *Id*., Art. 2(6).
[65] *Id*., Art. 2(7).
[66] *Id*., Art. 3.

of public officials for public positions considered by the Party to be especially vulnerable to bribery and corruption. Senior officials and other public officials must make "declarations regarding, among other things, their outside activities, employment, investments, assets, and substantial gifts or benefits from which a conflict of interest may result with respect to their functions as public officials." Each party must have appropriate policies and procedures to prevent or act against actual or potential conflicts of interest of public officials.[67]

The Annex requires the parties facilitate the participation of the public sector and civil society in the effort to prevent and combat bribery and corruption. Each party must encourage businesses to (a) have adequate internal accounting controls, compliance programs, or monitoring bodies, independent of management of boards of directors or of supervisory boards, to assist in preventing and detecting offenses that violate measures.[68]

Each party commits to increase the effectiveness of anti-corruption law enforcement actions.[69]

Analysis on the Annex

The obligations in the Annex are mostly already required both by legislation and membership in the three above-mentioned anti-corruption conventions.

The protocol does not require U.S. congressional approval, but the Brazilian Congress must approve it prior to its entry into force. A report by the Congressional Research Service states that, while some Members of Congress view the trade deal as a way to increase U.S. investment and promote U.S. values in the Hemisphere, others oppose an expanded economic partnership under the Bolsonaro Administration "due to human rights, environmental and other concerns."[70]

Trade facilitation agreements do not usually include anti-corruption provisions. For instance, the Trade Facilitation Agreement (TFA) discussed during the 2013 World Trade Organization (WTO) meeting in Bali, Indonesia, looks at mechanisms to expedite the movement, release, and clearance of goods, including those in transit. The TFA also provides means for effective cooperation between customs and relevant authorities on trade facilitation

[67] *Id*., Art. 4.
[68] *Id*., Art. 5.
[69] *Id*., Art. 6.
[70] M. Angeles Villarreal and Andres B. Schwarzenberg, *U.S.-Brazil Trade Relations*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE 2, Oct. 23, 2020 https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10447.

and customs compliance.[71] The Brazilian approach to such agreements does not include anti-corruption and governance.[72]

Nevertheless, a report by the US-Brazil Trade Council calls for "a commitment built on international agreements to eliminate bribery and corruption in trade, business, and investment operations through strengthened enforcement and enhanced criminal and civil liability for convicted parties."[73]

A recent scholarly article has complained about the recent growth of strategic corruption in the U.S., whereby the U.S. private sector and federal government have groomed kleptocratic networks abroad to obtain profits and political leverage.[74] A response to that article sees more fundamental corruption issues in the U.S. and calls for strengthening regulations on limited liability corporations, the Foreign Agents Registration Act, preventing the abuse of libel actions, and increasing counterintelligence efforts.[75] Sarah Chayes calls for steps for the U.S. to protect itself from both foreign and domestic corruption. She joins the call for a constitutional amendment or a Supreme Court ruling reversing the effect of the U.S. Supreme Court's 2010 *Citizens United* decision, which enables corporations to make unlimited campaign contributions.[76] She joins the calls to abolish the tax exemptions and nondisclosure provisions nonprofits have to promote candidates on their platforms. She calls for Congress to bar lobbyists from making large campaign contributions and imposing an annual tax on lobbying at a rate equal to 100 percent of what a company or special interest organization spends on it. [77]

The protocol comes as significant problems in U.S. anti-corruption, accountability, and governance issues come to a head. In a six week period in April – May 2020, former President

---

[71] Trade Facilitation Efforts Around the Globe, World Economic Forum (undated) http://reports.weforum.org/enabling-trade-catalysing-trade-facilitation-agreement-implementation-in-brazil/trade-facilitation-efforts-around-the-globe/?doing_wp_cron=1605296569.0514481067657470703125

[72] Brazil's Approach to Facilitating Trade, World Economic Forum (undated), *id.*

[73] Brazil-US Trade Council, U.S. Chamber of Commerce, USAMBCHAM, BRAZIL AND THE U.S.: A ROADMAP TO A TRADE AGREEMENT 17 (Mar. 2019).

[74] Philip Zelikow, Eric Edelman, Kristofer Harrison, and Celeste Ward Gventer, *The Rise of Strategic Corruption* FOREIGN AFFAIRS (July/Aug. 2020).

[75] Sarah Chayes, The Strategies Are Foreign, but the Corruption Is American, FOREIGN AFFAIRS 167 (Nov./Dec. 2020).

[76] *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (20100 https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf The controversial decision reversed century-old campaign finance restrictions and enabled corporations and other outside groups to spend unlimited funds on elections. Tim Lau, *Citizens United Explained*, Brennan Center for Justice, December 12, 2019 https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/citizens-united-explained.

[77] Chayes, *supra*.

Trump removed or replaced five inspectors general, including the inspector general who handled the whistleblower complaint that led to Trump's impeachment.[78]

After losing the presidential election in November 2020, former President Trump characterized the election as fraudulent and tried to intimidate the Secretary of State in Georgia to "find" the precise number of votes that would enable him to win. On January 6, 2021, after summoning the alternative right wing, including domestic terrorists, to a rally, he incited them to invade the U.S. Capitol to stop the certification of the Presidential election.[79] As a result, Trump has been impeached for the second time, each time for interfering with an election.[80]

In Brazil, the anticorruption obligations set forth by the Annex III are generally covered in existing laws and regulations such as the Criminal Code, the Clean Companies Act (Law 12.846/13), and other legislation in place. Annex III is not expected to change that framework. While Brazil has made tremendous progress in the fight against corruption in the last decade with increased enforcement of anti-bribery laws, transparency, implementation of new legislation, and exchange of information with local and foreign authorities,[81] civil society currently warns about possible setbacks in the legal and institutional anti-corruptions frameworks.[82] It remains to be seen how the international community will assess Brazil's efforts to fight corruption. The next evaluation of Brazil by the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions is currently scheduled to take place in March 2023.

103. Summary and Conclusion

In the areas of taxation and anti-corruption, the governments of Brazil and the United States have increasingly cooperated and collaborated. The interactions of their governments, private sector, and academicians have enabled the countries to view each other's legal systems and culture and borrow aspects to strengthen their own legal framework and laws.

---

[78] Bill McCarthy, Trump has pushed out 5 inspectors general since April. Here's who they are, POLITIFACT, May 19, 2020.

[79] Jim Rutenberg, Jo Becker, Eric Lipton, Maggie Haberman, Jonathan Martin, Matthew Rosenberg and Michael S. Schmidt, *77 Days: Trump's Campaign to Subvert the Election*, N.Y. TIMES, Jan. 31, 2021 https://www.nytimes.com/2021/01/31/us/trump-election-lie.html.

[80] *In pictures: Trump impeached for second time*, CNN, Jan. 14, 2021 https://www.cnn.com/2021/01/13/politics/gallery/trump-second-impeachment/index.htm.

[81] Carlos Ayres. *How Brazil is Fighting Corruption* https://fcpamericas.com/english/anti-money-laundering/brazil-fighting-corruption/ (accessed Nov. 22, 2020).

[82] Transparency International. *Brazil: Setbacks in the Legal and Institutional Anti-Corruption Frameworks – 2020 Update*. https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/113:2020-brazil-setbacks-in-the-anti-corruption-legal-and-institutional-frameworks (accessed Nov. 22, 2020).

The two governments can and should achieve much more in the tax area. They badly need an income tax treaty in order to minimize the incidence of double taxation and facilitate the ability of people to live part-time in both countries and businesses to more easily invest and trade. In addition, the absence of the U.S.'s full reciprocity in automatic exchange of information, both in terms the FATCA IGA and the failure of the U.S. to join the CRS, gives Brazilians the temptation to move their money to the U.S. to circumvent automatic exchange of information and invest in a large economy. In addition, the Brazilian government loses significant revenue to flight capital in the U.S. whenit does not obtain reciprocity in automatic exchange of tax information and receive closer tax enforcement cooperation from the U.S. Similarly, closer tax enforcement cooperation, including joining Joint International Taskforce on Shared Intelligence and Collaboration (JITSIC), will enable Brazil to strengthen its tax enforcement cooperation with the U.S.

The JITSIC comprises 42 of the world's national tax administrations that have pledged to more effective and efficient ways to deal with tax avoidance. It enables its members to actively collaborate within the legal framework of effective bilateral and multilateral conventions and tax information exchange agreements – sharing their experience, resources, and expertise to tackle the issues they face in common.[83]

Already the two countries have achieved significant progress in anti-corruption. In particular, Brazil has learned and applied some of the lessons from the U.S. in terms of corporate criminal liability, deferred prosecutions, the use of monitors, and requirements for corporate corruption prevention programs. The two governments have cooperated well in simultaneous investments, prosecutions and joint settlements.

Because some of the structuring of tax evasion and avoidance and schemes to pay transnational bribes go through the Caribbean, both governments should, as part of their development aid and rule of law, cooperate more to strengthen the law and culture of the Caribbean in the areas of tax transparency, anti-corruption, and transparency. The Caribbean is important for both the U.S. and Brazil from a national security and foreign policy standpoint.

In the area of transnational corruption, the two countries should continue to collaborate on the issues of transnational corruption and transparency. They should do so as part of the anti-corruption conventions, in which they participate, including the U.N. Convention against

[83] OECD, *Joint International Taskforce on Shared Intelligence and Collaboration* https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/jitsic/ (visited Feb. 3, 2021).

Corruption, the Inter-American Convention against Corruption (OAS), and the OECD. The two governments will need to find creative ways to implement the anti-corruption annex to the Protocol to the 2011 Agreement on Trade and Economic Cooperation (ATEC). In particular, the governments will need to find ways to give standing to civil society groups to actually bring accountability to the many lofty goals and statements. As mentioned above, the agreement on the anti-corruption annex coincides with attacks on transparency, good governance, and democratic principles. Hence, both the public sector and civil society must utilize the principles of the anti-corruption annex to actually meet the goals.

The two governments should start an exchange program in universities and law schools, involving students engaging in studies of anti-corruption, transparency, good governance, and democracy. The program should emulate the Erasmus program in Europe, where a huge number of universities, in 36 different European countries, are signed up as members in the scheme.[84] Universities in each country should explore entering cooperative agreements to facilitate these studies.

The very detailed and mature model of U.S. rules for dealing corporate criminality and some of the unique common law mechanisms, such as the above-mentioned IPSIG, may provide models for Brazil in its future anti-corruption policies. Developing formal rules on joint settlements for individuals and giving defendants and third parties the right to utilize mutual assistance in criminal matters treaties would enhance due process and international human rights aspects of bilateral international enforcement cooperation, therby making such cooperation sustainable.

[84] *See* Europe's Erasmus Student Exchange Program, May 18, 2012 https://www.topuniversities.com/student-info/studying-abroad/europes-erasmus-student-exchange-program#:~:text=The%20Erasmus%20program%20(short%20for,country%20while%20completing%20a%20degree.

Impactos dos programas de *compliance* na responsabilidade penal individual de dirigentes no âmbito da sociedade empresária

Bruna Perasoli Trade[1]

Sumário: Introdução. 1. Governança corporativa e *Compliance*. 1.1 conceito, origem histórica e finalidades dos programas de *compliance*. 1.2. Origem do fenômeno da autorregulação preventiva e a influência das normas supranacionais. 2. Parâmetros relacionados ao Poder de Punir do Estado. 2.1. Direito Penal Clássico e a Imputação Delitiva. 2.1.1. A (moderna) teoria da imputação objetiva. 2.1.2. A relevância da Teoria do Domínio do Fato. 2.2. Movimentos Teóricos do Direito Penal Moderno. 2.1. Abolicionismo. 2.2. Minimalismo. 2.3. Garantismo. 3. Mecanismos de imputação de delitos cometidos no âmbito empresarial. 3.1. Impactos pelo Descumprimento dos Programas de *Compliance*. 3.2. Responsabilidade dos dirigentes na qualidade de garante ("*compliance officer"*). 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo aborda os limites do poder de punir do Estado e a influência da autorregulação, de acordo com as modificações político-social na esfera do Direito Penal. Dentre os temas debatidos, temos o surgimento do compliance em termos de sociedade e aspectos legislativos, o desenvolvimento de teorias – clássicas e modernas – que visam consolidar aspectos relevantes dentro do conceito de imputação criminal, seus agentes e ações quando envolvem domínio e controle. Por fim, o tema alude sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes quando na qualidade de dirigentes de sociedades empresárias.

Palavras-chave: *Compliance*. Direito Penal Moderno. Responsabilidade da Pessoa Jurídica. Responsabilidade individual. Dirigente.

Abstract: *This article addresses the limits of the State's power to punish and the influence of self-regulation, according to the political and social changes in the sphere of Criminal Law.*

---

[1] Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. LL.M. 2014' pela *Boston College Law School* com ênfase em *Business and Corporate Law*. MBA 2017' em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Pós-graduada 2021' em Direito Público pelo Instituto Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro – ISMP.

Among the topics discussed, we have the emergence of compliance in terms of society and legislative aspects, the development of theories - classic and modern - that aim to consolidate relevant aspects within the concept of criminal imputation, its agents and actions when they involve dominance and control. Finally, the theme alludes to the possibility of accountability for agents when they are managers of business companies.

Keywords: Compliance. Programs. Business. Criminal Compliance.

1. Introdução

O trabalho visa, num primeiro momento, situar o leitor quanto aos reflexos dos regramentos adotados nos ambientes empresariais – os chamados programas de *compliance*, o qual possui o intuito de consolidar a cultura da empresa e definir os limites tolerados dentro daquele grupo profissional.

No segundo momento, iremos analisar como estes programas são estruturados, quais as ferramentas são utilizadas para obter eficácia da aplicação destes conjuntos de regulação e quais seus efeitos internos e externos, tanto em relação às próprias pessoas jurídicas envolvidas quanto aos dirigentes envolvidos nas práticas consideradas contrárias aos programas.

Posteriormente, necessária a análise destes tão inovadores programas sob a perspectiva do Direito Penal Moderno, uma vez que estes regramentos fazem previsão e aplicação de sanções como métodos coercitivos face ao descumprimento das regras dos referidos programas, bem como os efeitos externos que recaem, inclusive, sobre a figura individual dos dirigentes.

Na sequência, serão analisados os mecanismos que envolvem as empresas e como configura a responsabilização dos agentes à frente da gestão da pessoa jurídica, a configuração de seus atos de gestão, e principalmente suas falhas – sejam estas intencionais, ou não – e quais as consequências destes atos para o ordenamento jurídico vigente, em especial no que tange a esfera do Direito Penal.

Lembrando que todo o estudo apresentado foi regido pela investigação dos institutos relativos ao conteúdo, o que foi realizado através da metodologia de pesquisa bibliográfica com a utilização de artigos, livros de doutrina e jurisprudência, com intuito de embasar toda a fundamentação teórica, consubstanciando o raciocínio apresentado neste trabalho.

2. Governança corporativa e *compliance*.

2.1 Conceito geral do termo *compliance*

Discussões sobre a legitimidade e a necessidade de intervenção penal do domínio econômico encontram-se num momento particularmente sensível. A referência à crise financeira de 2008 tem suscitado respostas absolutamente díspares e contraditórias[1], que vão do discurso de resistência, contrário à intervenção penal econômica, ao moderno conceito de crime econômico de caráter político, que afirma haver uma delinquência que não apenas se conecta com o poder econômico, mas que é verdadeiramente tolerada pelo Estado pelas conexões políticas que possui.[2]

Nessa quadra a empresa se torna o pano de fundo da afetação de bens jurídicos transindividuais e os proprietários, muitas das vezes, não tem qualquer controle sobre os comportamentos delituosos que no seu âmbito se desenvolvem, que se consolidam por meio dos resultados indesejados das políticas econômicas neoliberais e da desregulação das quais decorreram os escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu evitar.

Nesta perspectiva, surge o modelo que se convencionou denominar de *autorregulação regulada* consubstanciada nas orientações de *corporate governance* e de *compliance*[3], onde se buscou instituir uma governança corporativa de sorte a proteger sócios e a própria coletividade frente a possibilidade de desvios na condução da empresa.

A escolha da terminologia *compliance*, a qual deu origem aos ditos programas provém do verbo em inglês "*to comply*" que significa "condescender, aquiescer, aceder, concordar, consentir, ceder; cumprir, satisfazer, corresponder a obedecer, estar de acordo"[4], seja agir de acordo com um comando, seja este estabelecido por lei, instrução interna ou conduta ética.

Contudo, não se pode resumir o sentido do que vem a ser esta prática apenas ao seu sentido literal, considerando sua amplitude como método sistêmico que funciona como instrumento de mitigação de riscos, preservação de valores éticos e de sustentabilidade

---

[1] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico***: uma política criminal na era compliance.* Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 11.

[2] Idem, p. 12.

[3] Idem, p. 45.

[4] *COMPLY*. In: **MICHAELIS** Moderno Dicionário da língua inglesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/comply/>. Acesso em 18 de dezembro de 2020.

corporativa, assegurando a continuidade do negócio e os interesses das pessoas coligadas ao sistema corporativo. Nesse sentido, ilustra de Rodrigo de Pinho Bertoccelli que se trata de

> sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão.[5]

Consoante aos aspectos acima mencionados, esta ferramenta também é entendida como um sistema interno muito chamado por "programa de integridade"[6] (sendo a referência "programa de "*compliance*" mais utilizada no âmbito empresarial), tem por finalidade prevenir, detectar e corrigir atos não condizentes com os princípios e valores da empresa, assim como perante o ordenamento jurídico vigente.

Contudo, apesar desta ser uma conceituação objetiva, o dinamismo desta temática perfaz a dificuldade de compreender o real significado desta prática. Isto ocorre por se tratar de um conceito relativamente novo no Brasil que gerou largas discussões e respectivas adaptações aos padrões sociais, jurídicos e culturais. Logo, visando determinar quais seriam as propriedades *suficientes* e *necessárias*[7] deste termo, o sistema empresarial brasileiro adota como referência apenas a compreensão de "estar de acordo com".

E, apesar de se notar a dupla aplicação do termo *compliance* (seja como processo, em que se compreende por atividades, modelos, caminhos a serem adotados pela pessoa jurídica; e como produto, a palavra se refere aos resultados das tais atividades), aqui iremos concentrar o estudo nos aspectos desta prática como processo, por notoriamente ser o que mais implica dentro do cenário empresarial, bem como abordar seus respectivos reflexos no âmbito jurídico.

2.2 Origem do fenômeno da autorregulação preventiva e a influência das normas supranacionais

Numa visão ampliada, uma série de iniciativas de governos e organismos internacionais, com vistas ao estabelecimento de um conjunto de ações a serem adotadas na linha da

---

[5] CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de *Compliance***. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 39-55.

[6] A Lei nº. 12.846/2013 preferiu o termo "integridade", mas já a Lei nº. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiarias utilizou o termo *compliance* mais utilizado pelos profissionais que atual na área.

[7] HEGENBERG, Leonidas. **Definições – termos teóricos e significados**. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 42. In: Op. cit., item 6. p. 62.

constituição de um alicerce de princípios e regras às entidades públicas e privadas, visando o controle preventivo de atos ilícitos (basicamente: a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro, as fraudes financeiras, o financiamento ao terrorismo e a corrupção, as quais geram um nível de interferência altíssimo no contexto socioeconômico e financeiro), praticados no fluxo de algumas atividades econômicas e financeiras nacionais e internacionais[8].

Diante do alastrar destes fenômenos ilícitos e seus rebotes negativos em diversas esperas sociais, podemos indicar como marco temporal mais distante o período que sucedeu a dois acontecimentos mundiais críticos: a crise econômica de 1929 e a Segunda Guerra Mundial.[9]

Retroagindo à década de 1950, se faz possível notar oficialmente a preocupação com atividades desempenhadas à margem dos controles oficias e contrárias às leis vigentes, que uma vez criminalizadas ensejaram práticas clandestinas e mais organizadas, sendo o exemplo mais marcante a repressão ao comércio de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, logo revelando o quanto tal criminalidade organizada era capaz de desenvolver uma atividade econômica tão rentável quanto marginal, retroalimentando o poderio econômico e até político daquilo que se denominou uma "delinquência organizada", se valendo exatamente da corrupção, da sonegação fiscal e da lavagem de dinheiro.[10]

Como tentativa de coerção, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) preconizou a necessidade de da realização periódica (a cada cinco anos) de um Congresso Internacional de Prevenção ao Crime e Punição de Criminosos, mas que acabou esvaziada na sua efetivação prática, haja vista os obstáculos necessários para atingir a cooperação internacional entre Estados, neste ato impossibilitada em razão do fenômeno da denominada Guerra Fria que cindiu tantas nações.

Neste viés, surge a primitiva ideia de *compliance*, por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da *Prudential Securities* (1950), e por meio da regulação da *Securities Exchange Commission – SEC* (1960), onde se enfatizou a necessidade de institucionalizar os programas com foco de governança preventiva, intentando o controle e monitoramento interno de diversas operações.

---

[8] GOMES, Abel Fernandes. **Responsabilidade penal pela omissão de *compliance***. Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* Prof. João Marcello de Araújo Jr. (CPJM), Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/06/RESPONSABILIDADE-PENAL-PELA-OMISSÃO-DE-COMPLIANCE.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

[9] Idem.

[10] Op. cit., item 9.

Apesar destes primeiros diplomas regulamentares, nos Estados Unidos acontece o "Caso Watergate", escândalo político que ocorreu em 1974, o qual ficou conhecido pela apuração de violação e espionagem no comitê do Partido Democrata, desmascarando a existência de um financiamento ilegal para a campanha do presidente Nixon, envolvendo um esquema de propinas pagas por empresas americanas a governos estrangeiros[11], as autoridades americanas e empresas privadas.

Diante do alvoroço político, as autoridades legislativas engrenaram no movimento para determinar limites à corrupção nas relações entre empresas nacionais e funcionários de governos estrangeiros com os quais eram mantidas relações empresariais.

Isto posto, em 1977 ainda nos Estados Unidos, criou-se a Lei Contra Práticas Corruptas Internacionais (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA)*[12] a qual tem por base estrutural a *interferência preventiva e repressiva* na fonte do pagamento, o denominado "cliente", levando em conta o modelo proposto por Klitgaar[13] o qual entende como figuras de atuação (i) o outorgante, (ii) o agente e (iii) o cliente, sendo o primeiro o agente oficial da Administração Pública (aquele que é o destinatário do suborno: o corrupto); o segundo o intermediário (que faz a ponte: lobista, advogado, despachante etc.); e o terceiro é o sujeito do setor privado que paga o suborno (corruptor).

No mesmo momento, exatamente em 09 de dezembro de 1977, se registra na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação dos Bancos Suíços, instituindo como base o sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções – como por exemplo, multas e outras penalidades.[14]

Em consonância, ainda durante da década de 1970, nos Estados Unidos advém o fenômeno da lavagem de dinheiro derivado do tráfico ilícito de drogas, resultando na elaboração da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, realizada em dezembro de 1988 na Áustria, que juntamente com o *Money Laudering Control Act*, legislação elaborada em 1986

[11] GLYN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAIM, Moisés. **Globalização da corrupção, a economia política da corrupção**. Brasília: UNB, 2002. p. 74.

[12] Diretriz do Estatuto em sua íntegra acessível por meio do site do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em 09 de dezembro de 2020.

[13] KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 83.

[14] Op. cit., item 6.

nos Estados Unidos, a qual se tornou o principal instrumento originário e disciplinador das regras de controle dessa atividade[15]

Muitos outros atos foram deliberados até o final do século XX e início do século XXI, momento pelo qual finalmente são fixadas regulamentações preventivas no âmbito internacional, quais sejam: Convenção Interamericana contra a Corrupção (de Caracas de 1996), a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (de Paris de 1997), a Convenção de Palermo Contra o Crime Organizado (2000/2004) e a Convenção de Mérida Contra a Corrupção (2003/2006), instrumentos nos quais se passou a prever uma série de regras de conformidade ou *compliance*.

No Brasil o implemento se dá por meio do advento da Lei nº. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que traz o conceito prático de política de prevenção e controle de atos ilícitos envolvendo a organização criminosa, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou "ocultação" de bens, direitos e valores provenientes direta ou indiretamente da prática de infrações penais.

Face à intensificação da globalização na economia e nas relações sociais no século passado, implicações transacionais da corrupção e constatação de leis internas tradicionais quase sempre fracassaram como resposta às práticas corruptas que ocorreram no mundo, obrigando o tema corrupção a ser prioridade na agenda de discussão da comunidade internacional, demandando no desenvolvimento dos mecanismos de prevenção e punição dos atos lesivos à administração pública.[16]

Assim, o tema corrupção movimentou ferozmente o cenário nacional e internacional, sendo possível elencar como importantes diplomas no Brasil as três Convenções abaixo:

a) Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmada pelo Brasil e, Paris no dia 17 de dezembro de 1997; e ratificada por meio do Decreto Legislativo nº. 125/00, e promulgada pelo Decreto nº. 3.678/00;[17]

b) Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada por meio do Decreto Legislativo nº. 152/02 e promulgada pelo Decreto nº. 4.410/02;

[15] Op. cit., item 9.

[16] CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renée do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p. 22.

[17] No Brasil, no cumprimento das obrigações assumidas nessa Convenção, alterou o Código Penal, por meio da Lei nº. 10.476/01, criando tipos incriminadores e tráfico de influência em transação comercial internacional (arts. 337-B e 337-C).

c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da Organização da Nações Unidas (ONU), assinada no México e ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 348/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 5.687/06.

Posteriormente, com a vinda da edição da Lei nº. 12.846 em 2013 (Lei Anticorrupção), o *compliance* foi novamente invocado, agora como fator capaz de influir positivamente na aplicação das sanções às pessoas jurídicas que tenham estabelecido mecanismos para tais procedimentos internos de conformidade e integridade (art. 7˚, inciso VIII), como auditorias, incentivos a denúncias de fatos ilícitos (*hot line*) e códigos de ética, cabendo ao Poder Executivo editar o regulamento próprio para avaliação de tais mecanismos (art. 7˚, parágrafo único).

Pois bem, considerando que o *compliance* se constitui por meio de políticas, ações e procedimentos de controle aptos a fazer cumprir normas legais e regulamentares a uma determinada área de atividade econômica ou financeira, devemos explorar de quais formas estes programas funcionalizam as máquinas empresariais.

Os métodos que viabilizaram a adesão e execução dos referidos programas foram motivados pelo gerenciamento de sistemas internos, tomando por base a ideia de ser mais fácil prevenir a corrupção partindo do controle no setor privado, do que modificar a malha legislativa de alguns países, motivando assim o estabelecimento de normas rígidas de cumprimento de certas obrigações por parte das empresas, as quais preconizam a análise cuidadosa de riscos operacionais, prevenção de ilícitos e outros atos que possam resvalar na responsabilidade de pessoas jurídicas, incluindo as pessoas pertencentes a cada estrutura empresarial que se submeteu à normativa de um programas de integridade.

3. Parâmetros relacionados ao poder de punir do estado

Após consolidados os principais referenciais dos programas de *compliance*, respeitável se faz compreender a esfera do direito penal, explorando um pouco da evolução do conceito dentro do direito penal e seu poder punitivo perante a sociedade, o qual por muitas décadas foi regido apenas pelas escolas clássicas e, atualmente, se percebe um movimento conjugado com o direito penal moderno. E é por meio desta união de conceitos que encontramos a coerência dentro das regências que entrelaçam o direito penal e o ambiente empresarial em suas respectivas dinâmicas de funcionamento.

Partiremos pela elucidação de duas teorias que desenvolvem a ocorrência de condutas ilícitas e a atuação de seus respectivos agentes relacionadas aos conceitos clássicos: (i) a *teoria da imputação objetiva*, e (ii) a *teoria do domínio do fato*.

Em seguida, o debate versa sobre a concepção trazida pelo direito penal moderno no que tange à atribuição de responsabilidade individual e coletiva, em especial, dentro do ramo do direito empresarial para melhor compreender as diretrizes que norteiam o exercício dos programas de integridade nos âmbitos empresariais.

3.1 Direito penal clássico e a imputação delitiva

3.1.1 A (moderna) teoria da imputação objetiva

Em tempos atuais, sabe-se que ao Estado é rogada a posição de punir, assim como dizia o filósofo Rousseau que, quando firmado um contrato social, "todo malfeitor que ataca o direito social torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria"[18]; já Santin que "todo o sistema montado pelo Estado, no sentido de punir seus componentes, deve observar a busca do equilíbrio social entre os mesmos"[19].

A temática é enfatizada pela tese desenvolvida por Roxin na década de 1970[20] chamada de "*teoria moderna da imputação objetiva*", sendo atribuída a qualidade de "moderna" por ter sido antecedida por outras teses, as quais foram apresentadas na primeira metade do século XX, cuja finalidade também se firmava em delimitar critérios valorativos para determinar se um evento causal deve ser imputado ao agente.[21]

Como exemplos de teorias precedentes, desenvolvidas no início do século XX, com intuito de conceituar a imputação no âmbito do direito, destaca-se a tese formulada por Karl Larenz em 1927, denominada "A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva"[22], a qual tinha o critério de imputação desenvolvido por meio do conceito hegeliano[23] (considerando o verdadeiro antecessor da teoria da imputação objetiva atual[24]) definido como o juízo pelo qual um determinado acontecimento pode ser descrito como uma ação, uma vez

[18] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 60.
[19] **SANTIN**, Miguel Ângelo. **O Estado e o direito de punir.** In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). Jurisdição e processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.
[20] GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122-129.
[21] GRECO, Luís. **A teoria da imputação objetiva**: uma introdução. In: Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. ed. 3a. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.
[22] Op. cit., item 21, p. 15.
[23] Op. cit., item 22, p. 15-16.
[24] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso De Direito Penal: Parte Geral.** ed. 2a. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 214.

que é compreendida não só como uma soma de causas e efeitos, mas um todo dirigido pela vontade.[25]

Em semelhante caminho, o polonês Richard Honig, em artigo publicado em 1930 transportou uma ideia diferenciada para o Direito Penal daquela trabalhada por Larenz. Assim, segundo o sustentado por Honig, para que determinado nexo causal seja relevante para o direito, faz-se necessário não apenas uma mera relação fortuita entre a ação e o resultado, mas uma relação jurídica especial[26] , um nexo normativo, somente interessando ao direito penal as ações típicas derivadas da vontade humana.[27]

Logo, a ação humana consiste em uma exteriorização final de sua vontade, pela qual o ser humano intervém na natureza[28]. Portanto, o juízo de imputação depende da antecedente atuação teleológica da vontade humana[29] sendo a possibilidade objetiva de pretender um curso causal danoso o critério de distinção entre os acontecimentos imprevisíveis daqueles decorrentes da direção objetiva da vontade[30].

As formulações teóricas reconhecidamente preocupadas com o problema da imputação voltaram a tomar força na dogmática penal com a publicação do artigo "Reflexões sobre a problemática da imputação objetiva em direito penal" de Roxin, em 1970.[31] A "moderna" teoria desenvolvida por Roxin (ou a evolução da anteriormente encontrada em Honig e Larenz) neste momento

> se ocupa, é verdade, de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo (...). Mas os resultados que ocorrem por ocasião de uma diminuição do risco ou de um risco permitido, bem como aqueles que se encontram fora do fim de proteção da norma de cuidado ou fora do alcance do tipo, não são fortuitos, e ainda assim não são imputados.[32]

[25] LARRAURI, Elena. **Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva**. In: BUSTOS/LARRAURI. La imputación objetiva. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998. p. 736.
[26] Idem, p. 738.
[27] SANCINETTI, Marcelo A. **Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva.** In: Teorias Actuales en el derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 186.
[28] Op. cit. item 22, p. 21.
[29] Op. cit., item 26.
[30] ROXIN, Claus. ***Problemas basicos del derecho penal***. Madrid: Editorial Reus S.A., 1976. p. 130-131.
[31] A primeira menção de Claus Roxin a respeito da Teoria da Imputação Objetiva foi em um artigo de 1970, intitulado "*Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*", o qual fazia parte de um livro dedicado a HONIG, "*Festschrift für Richard Honig*", publicado em Göttingen. A tradução foi feita por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet na obra "Problemas Fundamentais de Direito Penal", publicada em Lisboa em 1993.
[32] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-126.

Neste ato, Roxin priorizou em seu estudo uma face da teoria geral da imputação, completamente desprovida do dogma causal[33]. A essência de sua construção teve como base a doutrina elaborada por Honig para o qual o centro da teoria da ação é transportado de uma esfera ontológica para a esfera normativa, na medida em que a questão jurídica fundamental deixa de ser a verificação a respeito de se determinada conduta pode ser qualificada como ação humana, estruturando tal teoria por meio de critérios normativos baseados no princípio do risco.[34]

Entrelaçando a concepção e Roxin com os tempos atuais, entendemos que apesar de nem todas as condutas serem passíveis de proteção por não estarem elencadas dentro do rol do direito penal, àquelas as quais se compreendem como nocivas à dinâmica social devem ser observadas e reprimidas de alguma forma. Esta concepção é mais trabalhada por meio dos conceitos que permeiam o entendimento do direito penal econômico, que na visão de João Marcello de Araújo Junior é apresentado

> tanto a regular o comportamento daqueles que participam do mercado, quanto a proteger a estrutura e o funcionamento do próprio mercado, como também, a política econômica estatal, sob o manto garantista, sem preocupação de segurança.[35]

Portanto, primordial o protecionismo econômico, o qual apesar de não se ater a condutas específicas, foca no combate à atos nocivos à saúde empresarial, que detém a capacidade de desordenar a atuação tanto no âmbito público quanto privado. E, é por meio desta construção ideológica que se começa a engajar a necessidade da criação de programas de integridade, como ferramenta de prevenção aos crimes econômicos.

3.1.2 A relevância da teoria do domínio do fato

Além dos critérios de imputação de ato ilícito, importante destacar a íntima ligação destas teses à doutrina de Hans Welzel quando combinada com os programas de *compliance*, na busca de definir a figura de autor e partícipe durante a prática delituosa.

Conforme dita o pensamento penal do séc. XX, a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, pois quando entra efetivamente em ação, em geral chega

[33] ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal.** In: Problemas fundamentais de direito penal. ed. 2a. Lisboa: Vega, 1993. p. 145-168.
[34] Op. cit., item 38, p. 148.
[35] ARAUJO JUNIOR, João Marcello. **O direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº. 25, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999. p. 150.

demasiadamente tarde. Em verdade, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo: ao proibir e punir a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela-se a disposição da vigência inquebrantável daqueles valores, dando forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo a consciência de permanente fidelidade jurídica[36].

Em 1939, Hans Welzel emana a ideia da teoria do domínio do fato, sendo a mesma aprimorada por Roxin em 1963, fundamentando-se na teoria restritiva da realização da conduta típica, assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado.

O ponto inicial de Roxin na elaboração de sua teoria foi a peculiar abstração e a impalpabilidade da concepção welzeliana, que o levaram a repulsar a ideia de domínio do fato finalista. Inclusive, Roxin foi categórico ao esclarecer que (i) Welzel introduziu o conceito "de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo"; e (ii) que a "unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata" e a "sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em suas expressões individuais" não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato.[37]

Neste diapasão, esta teoria se consolida por meio de uma base teórica restritiva, que conceitua o autor e o partícipe no concurso de pessoas: determina que o autor é quem realiza a conduta típica expressa no verbo (atuação direta), sendo ele o executor material do fato; e o partícipe é quem participa de forma acessória ("auxiliar") na realização do fato. Por este motivo, a figura do partícipe invariavelmente não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime, é o mero colaborador.

Para tanto, a teoria restritiva subdivide-se em: (i) *teoria objetivo-formal* e (ii) *teoria objetivo-material*, para decifrar a comportamentos dos sujeitos, que de forma diversa, são considerados autores. Sendo assim, brevemente temos que:

> (i). Na *teoria objetivo-formal* diferencia autoria da participação na hipótese em que o sujeito realizar uma ação ou omissão que não se enquadrar no verbo central, concorrendo para o crime mediante induzimento, instigação ou auxílio;

[36] WELZEL, Hans. ***Derecho Penal Aleman*.** 11ª ed. Trad. por Bustos Ramírez e Yáñez Pérez, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 3-5. In: GUEIROS, Arthur. Valores ético-sociais e os programas de compliance. Coordenador Acadêmico do Centro de Pesquisas em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM) de 10/09/2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/texto-blog-valores-etico-sociais-e-os-programas-de-compliance/>. Acesso em 15 de janeiro de 2021.

[37] ROXIN, Claus. ***Täterscha und Tatherrscha***. 6. Aufl, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 112. In: ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Universitas JUS, v.25, n.2, 2014. p. 15-33.

> (ii). Já na *teoria objetivo-material*, prefere por distinguir o autor de participe pela maior contribuição do primeiro na causa do resultado;

Por melhor que sejam estas classificações, estas teorias não resolvem problemas como o da autoria mediata – figura principal na caracterização do agente no descumprimento dos programas de *compliance*. Aqui, o autor mediato é o sujeito que utiliza de outrem para cometer o delito, prática muito comum nos casos em que se apresentam autores materiais e intelectuais de crimes, como os chefes de organizações criminosas que diretamente não praticam o verbo do tipo, mas detém o controle das operações tendo em vista suas posições administrativas dentro dos ambientes empresariais.

Diante destas qualidades, o estudo da teoria Roxiniana do domínio do fato traz preciosa contribuição para a compreensão e sistematização das diversas formas de cometimento de delitos em que estejam envolvidas uma ou mais pessoas, delimitando, principalmente, o contexto do domínio da vontade por meio denominados "aparatos organizados de poder" (ou "domínio por organização"). Incialmente esta categoria foi desenvolvida como uma forma independente de autoria mediata, ao lado do domínio da vontade por erro e por coação, e posteriormente adicionada à peculiaridade do domínio por organização, onde o executor direto é considerado plenamente responsável.

Considerando este desenvolvimento, Roxin demonstra que há três maneiras de dominar o fato típico, quais sejam: (i) *domínio do fato pelo domínio da ação;* (ii) *domínio do fato pelo domínio da vontade;* e (iii) *domínio funcional do fato.* Essas três maneiras de dominar o acontecer típico instituem as categorias da autoria direta/imediata, da autoria indireta/mediata e da coautoria, respectivamente. Contudo, para o estudo em questão, nos interessa enfatizar a forma de autoria mediata, pertinente ao comando da vontade em virtude do domínio de um aparato organizado de poder.

Apesar das inúmeras divergências doutrinarias sobre a autoria mediata, na tentativa de clarear a questão, aborda Roxin que

> a solução da coautoria que JAKOBS propugna, descansa em uma consideração mais normativa do domínio do fato. O entende como responsabilidade jurídica, não como domínio real. Para ele, a autoria mediata pressupõe que quem atua diretamente, haja de acordo com o Direito, a saber, que juridicamente não se o/a responsável, ou não completamente responsável. Pois se era completamente responsável, então, segundo este entendimento, não poderia ser um instrumento.[38]

[38] ROXIN, Claus. ***Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada***. Revista Penal, n. 2, p. 61-65, jul. 1998. p. 63.

Assim sendo, fica nítido que Roxin enfrenta a questão trazendo como solução a ideia de que na coautoria há uma tomada de decisão conjunta para o fato, ou seja, um acordo entre coautores que não possuem hierarquia entre si; ao passo que na autoria mediata o homem de trás serve-se de uma estrutura vertical hierarquizada, onde apenas a concretização da ordem fica a cargo do executor direto que é fungível e não pode evitar que o resultado aconteça, pois existem muitos outros executores a serviço da organização.

Este acerto quanto ao posicionamento de Roxin parece-nos irrefutável, na medida em que dentro de um aparato organizado de poder, e os casos históricos em que a teoria foi aplicada, ficou comprovado que o "homem de trás" (ou seja, o manipulador da ordem) possui elevado controle sobre o resultado do acontecimento típico. Além disso, o fato de existirem inúmeros executores diretos a serviço do aparato faz com que o resultado típico independa da sua vontade.

Trazendo para os dias atuais, podemos notar que esta teoria se encontra firmada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 62, inciso I, onde é agravada a pena de quem "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes"[39], consolidando o conceito extensivo de autor, como corolário da teoria dos equivalentes causais.

Todavia, no advento da reforma de 1984 que surgiram indagações sobre qual a real concepção adotada pelo nosso atual Código Penal. Por isso, é importante observar a ressalva trazida por Juarez Cirino dos Santos:

> A lei penal brasileira adota, a princípio, a teoria *unitária* de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal [...][40]

Ao passo que parte da doutrina aponta que a reforma adotou a teoria restritiva de autor em face da diferenciação entre autor e participe, inclusive diante de institutos como a participação de menor importância (vide art. 29, §1º, do CP), outra parte assegura que o legislador passou a adotar a teoria restritiva complementada pela teoria do domínio do fato, haja

[39] Artigo 62, inciso I do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº. 2.848/1940).
[40] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 247.

vista a aceitação da teoria finalista da ação, conforme se observa pela redação do artigo 29, *caput*, §§1º e 2º, e no referido artigo 62, I, ambos do Código Penal.

À vista disso, compreende-se que a teoria do domínio do fato se aplica face à necessidade de alcançar a figura do agente mediato na prática delituosa, que, embora não tenha cometido o ato propriamente, manipula terceiro, com o propósito de que este pratique a ação típica. Nesse sentido, afirma Fernando Capez que "o executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato".[41]

Contudo, graças ao grau de complexidade dos casos concretos, surge a dificuldade de se identificar com clareza o controle completo do agente ante ao fato típico, diminuindo assim a incidência direta da teoria do domínio do fato. Neste viés, rebatem André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves afirmando:

> Por outro lado, a teoria do domínio do fato não pode ser aceita em sua integralidade porque não é possível identificar com clareza, em grande número dos casos, quando uma pessoa tem ou não o controle completo da situação. Quando o mandante, por exemplo, contrata uma pessoa para matar a vítima, o executor contratado pode fugir com o dinheiro, ser preso antes de cometer o crime, ou, por outro lado, cometer delito mais grave do que o combinado. Em nenhum desses casos, o mandante tinha pleno controle da situação.[42]

Portanto, vale observar que é preciso entender que não se pode exigir uma aplicação automática da categoria do domínio da organização como forma independente de autoria mediata, sem a comprovação segura da existência, no caso concreto, dos seus pressupostos fundamentais.

Por este motivo, quando se trata de delito ocorrido dentro do âmbito empresarial, envolvendo uma série de agentes, sendo cada um destes ocupante de uma posição abarcada de um volume específico de poder, se faz necessário verificar o fluxo de ordens, desde sua origem, para então conseguir lastrear os comandos e seus respectivos ordenadores – ou, pela lógica de Roxin, aquele que se encontra no domínio do fato como autor mediato da ação.

[41] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 17. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 370.
[42] ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 444.

3.2 Movimentos teóricos do direito penal moderno

Apesar dos ditames das teorias clássicas, dentro da teoria moderna se questiona o poder punitivo exercido pelo Estado de modo geral, considerando estarmos numa esfera onde a autonomia das organizações sociais deva prevalecer.

Elucidando pelas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, "uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais."[43]

Perfazendo esta onda ideológica, surgem propostas sobre os novos ditames de política criminal que deve ser seguida, com intuito de extinguir certas condutas ilícitas. Nesse sentido, doutrinadores criminalistas recorrem ao desenvolvimento de teorias que servem de elementais na difusão de resultados positivos dentro do sistema jurídico penal, sendo algumas destas: i) *abolicionismo*; (ii) *minimalismo*; e (iii) *garantista*, trabalhadas a seguir.

3.2.1 Abolicionismo

O surgimento da ideia de abolicionismo do Direito Penal acontece como rebote ao período do final da Segunda Guerra Mundial, onde se buscava um direito mais humanistas. No entanto, o movimento se consolidou nas décadas de 1960-70 em razão das teorias sociológicas que se floresciam na época.

Assim, o nome deste instituto se efetivou na segunda metade do século XX na Escandinávia, abarcado anteriormente nos movimentos que pediram o fim da escravidão e da pena de morte em outras épocas, sendo seu objetivo buscar soluções para a violência desmedida, sem, contudo, utilizar do mesmo meio como forma de coerção, desviando-se das formas de correção por meio de disciplina por meio da valorização do indivíduo.

Além disso, se refere tanto a um movimento social quanto a um conjunto de teorias na academia, que nega a legitimidade do sistema penal contemporâneo, e se contrapõe às formas de castigo usadas hoje pela justiça criminal na resolução de conflitos, especialmente as prisões, abrindo janelas à criação de microrganismos sociais baseados na solidariedade e fraternidade,

[43] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 17.

buscando assim à reapropriação social dos conflitos entre agressores e ofendidos e a criação espontânea de métodos ou formas de composição.[44]

Tomando pela ótica teórica, encontramos três diferentes tipos de abolicionismos, consubstanciados conforme a concepção metodológica de seus protagonistas, sendo estas:

a) fenomenológica de Louk HULSMAN;

b) *materialista* com fundo marxista de Thomas MATHIESEN;

c) *estrutural* de Michael FOUCAULT;

Resumidamente, podemos dizer que enquanto Hulsman coloca a abolição de todo o sistema de justiça penal, Mathiesen tenta abolir os absorventes sistemas sociais repressivos da última etapa do capitalismo de Estado, e Mathiesen tenta chegar à "(...) transcendência da estrutura repressiva de nossa sociedade, na última instância do modelo básico de produção dessa sociedade.", sendo que seu abolicionismo tem (ao menos em princípio) uma maior extensão que o abolicionismo de Hulsman. Nos fatos, porém, seu abolicionismo baseia-se na ideia de que a política penal norueguesa "envolve em grande medida um tratamento irracional e injusto dos grupos marginais da sociedade — tratamento que deveria ser abolido em uma medida considerável. E Foucault, em sua percepção geral consoante aos pensamentos de Nietzsche e Bataille, entende que se deve abolir todos esses limites que fixam relações assimétricas, oposicionais, como as relações entre inocência e culpabilidade, razão e loucura, o bom e o mau, o normal e o patológico pois percebia o problema das prisões como "local e marginal".[45]

Na América Latina, destacamos Eugenio Raúl Zaffaroni como defensor do realismo criminológico, sustentando que como em todos os tipos de teorias, existem os radicais e eles seriam a corrente abolicionista. Logo, pela visão de Zaffaroni

> o abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos

[44] OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Breve análise sobre o abolicionismo e o minimalismo.** Artigo disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

[45] Thomas Mathiesen. ***The Politics of Abolition*.** Oslo, Robertson, 1974, p. 3. In: FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das idéias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. Trad. do espanhol por Natalia Montebello. Disponível em: <https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/5140-12199-1-SM.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

> de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.[46]

Seguindo o mesmo entendimento, discorre Bittencourt que

> A abolição da prisão supõe o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade no campo de controle da delinquência. Tais formas auto gestionárias de controle da delinquência exigiriam a colaboração das entidades locais e das associações obreiras, a fim de evitar o isolamento social que sofre o infrator quando é recolhido a uma instituição penitenciária.[47]

Em apertada síntese, os adeptos à visão abolicionista enxergam um direito penal deslegitimado, a julgar por ser um sistema que não pune de forma igualitária todas os ilícitos, levando à subsunção de punição quase sempre aos mais desfavorecidos, atestando assim, um sistema de elevada desvantagem. Consequentemente, pleiteia a eliminação total desse modelo de controle estatal.

3.2.2 Minimalismo

Por mais falho que possa ser o sistema punitivo, uma sociedade sem uma estrutura mínima punitiva certamente recairia no abismo da ordenação social. Sendo assim, temos como vertente os surgimento do minimalismo, o qual se dedica a criticar o sistema penal afirmando a necessidade do direito penal reduzir sua incidência a um mínimo necessário, sendo sua aplicação estabelecida apenas quando essencial sobre a conduta danosa que deseja cercear.

Dentre os argumentos elaborados, verifica-se um consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito penal, tendo em vista que a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. Neste ponto, surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens.

Ademais, não bastaria apenas a comprovação do grau de importância do bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal, mas sim, verificar qual o tamanho do impacto social e suas consequências, e somente depois disto, determinar quando à aplicação a intervenção estatal.

---

[46] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das Penas Perdidas**: **a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 2014. p. 89.

[47] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 593.

Estes pensamentos foram impulsionados por propostas elaboradas principalmente na década passada, em especial pelos pensadores Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, ambos italianos, sendo que o primeiro tem sua base liberal iluminista e o segundo de base interacionista-materialista. E palavras de Ferrajoli,

> a justiça penal, com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções, não pode ser incomodada e, sobretudo, não pode incomodar os cidadãos por fatos de escasso relevo, como o são a maior parte dos atualmente castigados com simples multas.[48]

Considerando as alegações minimalistas a partir da década 90 do século XX no Brasil, em especial com o advento da reforma penal em 1984, os diplomas advindos nesta época causaram a inserção das penas alternativas por meio das Leis nº 7.209 e 7.210, ambas de 1984, e, atualmente, a Lei das penas alternativas Lei nº 9.714, de 1998, sendo mais notória a implantação dos juizados especiais criminais estaduais, que buscou tratar de crimes de menor potencial, pela Lei nº 9.099, de 1995.

Logo, à luz dos simpatizantes desta teoria, estas reformas proveram, de certa forma, o controle da sociedade sobre os fatos que ocorrem atualmente. Contudo, seria abusivo dizer que o sistema penal seja minimalista, tendo em vista a ampla quantidade de crimes e de condutas que ainda são dosadas pela legislação vigente no País.

3.2.3 Garantismo

Por fim, este último aspecto teórico surgiu pela primeira vez por meio de Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão”, considerada por muitos o princípio e o mais importante de todos os livros referentes a esta teoria. Segundo sua obra, Ferrajoli afirma que

> o garantismo penal deve que procurar estabelecer um conjunto de conceitos, princípios e normas capazes de fundamentar a legitimação do poder punitivo do Estado buscando garantir uma posição de relevo para o indivíduo.[49]
>
> (...)
>
> Garantismo, com efeito, significa [..] precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante

[48] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 383-384.
[49] Op. cit., item 49.

> regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal[50]

Enquanto as demais teorias fixavam suas vertentes na tentativa de retirar do Estado o poder de punir, sendo por meio da redução do mesmo ou até sua abolição, o garantismo prega por uma necessidade de fortalecimento do Estado de Direito, onde não somente a lei se incumbirá a determinar os limites do poder punitivo estatal, como determina que o próprio legislador deverá seguir os limites predispostos na Constituição Federal da respectiva sociedade a qual irá regulamentar.

Considerando este conceito, Ferrajoli definiu em sua teoria três diferentes significados, sendo estes: (i) o *modelo normativo de direito*; (ii) a *teoria jurídica*, separando a vigência da validade das normas, determinando categorias distintas; e (iii) a *filosofia política*, onde o exige a justificação moderna do Direito e do Estado. Para ilustrar tais argumentos, temos o que segue:

> "Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade", próprio do Estado de direito, (…) se caracteriza como uma técnica de tutela idônea (…) em garantia dos direitos.
>
> (...)
>
> Em um segundo significado, 'garantismo' designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. (…) exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; (…)
>
> Num terceiro significado, por fim, 'garantismo' designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade."[51]

Em suma, o garantismo penal tem por finalidade garantir ao indivíduo uma maior segurança nos procedimentos adotados pelo sistema penal, pregando o método mais justo possível, tomando por base os princípios fundamentais e processuais a fim de que o Estado atenda o que for necessário em defesa da população, seja cerceando o indivíduo que comete a conduta ilícita quanto resguardando àquele que foi lesado.

[50] Op. cit., item 49, p. 271.
[51] Op. Cit., item 49, p. 785-787.

4. Mecanismos de imputação de delitos cometidos no âmbito empresarial

Face aos benefícios trazidos pelos movimentos do direito penal moderno, estes incentivaram a mudança na forma de ser dos tipos penais, os quais se adaptaram à contemporaneidade, culminando na exigência de um aparato estatal de maior intervenção para a proteção dos bens jurídicos em geral. Por exemplo: enquanto nas décadas de 1950-80 o Direito Penal era consolidado pelos crimes de sangue e nas camadas menos favorecidas de cada sociedade, o Direito Penal Moderno contemplou condutas que envolvem a sociedade como um todo, em atenção àquelas praticadas em meio de estruturas complexas – ambientes chamados de "*in company"*. Inclusive, a temática foi abordada primitivamente por Edwin Sutherland[52], por meio de seu estudo após a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, onde enfatizou seu estudo nos crimes empresariais (chamados de "*white-collar crimes*").

No Brasil, movimentos políticos contribuíram para a flexibilização dos princípios penais e das garantias fundamentais, que haviam sido conquistadas através da Revolução Francesa no século XVIII, permitindo que diversas novas condutas ilícitas emergissem, em especial no âmbito empresarial, como por exemplo os crimes "de colarinho branco".

Por conseguinte, a atenção foi voltada para a busca de meios alternativos de repressão à estas condutas delitivas, mas que não necessariamente impactassem de modo brusco a liberdade das atividades empresariais.

E é por meio deste raciocínio que se compreende a importância e adequação dos programas de *criminal compliance*, como forma de autorregulação, a qual tem por finalidade conter delitos econômicos, através da fiscalização e gestão de riscos e a prevenção de ilícitos em geral. Por isso, para que esta máquina de gestão exerça sua eficácia, se faz necessária a concentração do controle da empresa, mediante a constituição de uma posição de garante, que no caso é a figura do *compliance officer*. E é pelo intermédio da figura do garantidor na execução dos atos empresariais que são levantadas diversas discussões acerca da responsabilização dentro do ambiente empresarial.

[52] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT. 2014.

4.1 Impactos pelo descumprimento dos programas de compliance e o *"criminal compliance"*

Resumidamente, programas de *compliance* podem ser compreendidos como instrumentos normativos que utilizam procedimentos empresariais internos para a gestão e prevenção de riscos.[53]

Nesse sentido, entendemos que os programas de compliance defendem valores que vão muito além dos elencados no rol de bens jurídicos contidos no Código Penal vigente. Neste ramo, as medidas se destinam desde a evitar delitos até serem responsáveis pela prevenção de tantos outros ilícitos de ordem ética e normativas empresariais. Por isso a abrangente capacidade de implementar mecanismos de controle internos para cada cenário societário, em conformidade com o tipo específico de negócio ao qual se pretende proteger, sempre buscando estar de acordo com a legislação vigente.

Destarte, pelas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira, o *criminal compliance* se reconhece no mundo jurídico como

> o comportamento decisório na Economia é marcado pela ideia de oportunidade, a qual advém do juízo de cálculo de probabilidade sobre o potencial e a disposição de recursos em níveis mais elevados de produtividade. É nesse contexto de agitações do sistema econômico que se inserem as teses de *compliance* penal, na tentativa de se alcançarem, desde as representações um tanto mais sofisticadas da responsabilidade penal, a gestão e o controle deste novo cenário de risco, já de alguma forma vinculada às estruturas de governança.[54]

Neste ponto vale esclarecer um detalhe importante: apesar da similaridade do *criminal compliance* com o Direito Penal Moderno/Econômico, estes indicadores atuam de modo diverso, uma vez que o primeiro atua na antecipação da responsabilidade penal em razão da sua característica preventiva; e o segundo – que à despeito de ter como viés o reconhecimento de condutas que antes eram descriminalizadas e agora são alvo de cerceamento – atua nos moldes clássicos, pois incide sobre condutas que já afetam algum bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico vigente.

---

[53] PAGOTTO, Leopoldo; NAKAHARA, Eric Felipe Sabadini. **O programa de compliance como mecanismo de prevenção de responsabilidade penal no ambiente corporativo.** In: SOUZA, Luciano Anderson de. (coord.). Compliance no Direito Penal. vol. 5. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2021. p. 235.

[54] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance*, Direito penal e a lei anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.258.

No cenário brasileiro, onde o *compliance* se firmou com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei nº. 9.613/98, que apesar de na época de sua entrada em vigor parecer não ter aplicabilidade prática, conquistou sua viabilidade por meio das alterações promovidas com a chegada da Lei nº. 12.683/2012, dispondo explicitamente sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, sob o pretexto de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de "lavagem de dinheiro".

E aproveitando o embalo desta onda de medidas preventivas, logo no ano seguinte temos a promulgação da Lei Anticorrupção – Lei nº. 12.846/13, a qual deu forças ao *criminal compliance*, uma vez que prevê a redução das sanções para as empresas que cooperam com as autoridades na apuração das infrações e que estabelecem procedimentos internos de auditoria e fiscalização, viabilizando a denúncia de irregularidades.

Esta Lei determina que a responsabilidade de pessoas jurídicas ocorre na forma objetiva, ou seja, não há discussão de culpa. Por isso, ainda que os atos de corrupção tenham sido cometidos exclusivamente por empregado ou preposto, sem anuência ou participação direta da empresa, mas em seu benefício, a pessoa jurídica será responsabilizada.

Como reforço da perspectiva preventiva da chegada destas Lei, em especial da Lei Anticorrupção, Rosana Jobim afirma que

> Há o entendimento que a Lei Anticorrupção contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira.[55]

Sendo assim, sabemos que o descumprimento da legislação nacional e internacional pelas empresas pode trazer efeitos prejudiciais à reputação da empresa, especialmente quando a conduta violar padrões socialmente aceitos. Nesse sentido, opina Bruno Maeda que

> Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiaram aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas.[56]

[55] JOBIM, Rosana Kim. *Compliance* e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 27.

[56] MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e *Compliance***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

Isto posto, com base na influência das mudanças de ordem jurídica previamente descritas, inferimos que temas relativos à moral e à ética estão em grande destaque, tanto no cenário internacional como no Brasil, principalmente em razão do aumento nos números de casos de corrupção que vieram ao conhecimento público nos últimos tempos. E, por este motivo, os programas de prevenção se adequam como uma importante ferramenta para mitigar os riscos empresariais e para garantir o atendimento às normas legais e ao comportamento ético, tendo como resultado da dinâmica da execução destes programas um trinômio: prevenir, detectar e responder.[57]

4.2 Responsabilidade dos dirigentes na qualidade de garante ("*compliance officer*")

Em regra, todo programa de integridade inicia sua ação pela avaliação de riscos, tomando por base o cenário interno da empresa a qual se destina e o mercado ao qual se vincula. Entretanto, para que este se efetive, necessária se faz a adesão total deste regramento pela alta direção do referido segmento empresarial, com intuito de atribuir credibilidade e pautar a tomada de decisões.

Considerando que estes programas têm por ponto principal o combate à corrupção e outros atos antijurídicos, se percebe que cada vez mais o *criminal compliance* vêm sendo utilizado e até entendido como requisito essencial para atuação dentro do mercado financeiro no combate de delitos econômicos. Desta forma, a fiscalização e a gestão de riscos para prevenção de ilícitos em geral têm seu papel crucial.

E, no intuito de viabilizar esta fiscalização, se faz necessária a concentração de controle por meio de um representante que detém o poder na tomada de decisões da empresa (ou seja, figura na qualidade de "garante"), chamado de *compliance officer*, o qual fica responsável pela coordenação de ordem objetiva e/ou subjetiva na execução dos programas.

Ressalta-se que a referida expressão veio à tona pela primeira vez na legislação brasileira pelo Decreto nº. 8.420/2015, em seu artigo 42, inciso IX, que elenca a figura do responsável pela aplicação do programa de integridade.

Em complemento, vale enfatizar que são pessoas dotadas de conhecimento técnico de gestão, com capacidade para avaliar os riscos internos e externos da empresa, com o fulcro de prevenir e/ou minimizar os riscos de responsabilidade legal no âmbito judicial. Portanto, trata-

[57] Op. cit., item 6, p. 519.

se de um cargo de alta confiança, de natureza pública a qual resguarda o interesse da coletividade, cuja finalidade é o desempenho com probidade da atividade empresarial.

Diante disso, podemos classificar esta prática em duas espécies: (i) do interesse da empresa em si, quando realiza fiscalização interna como um auditor, na busca de verificar se há ou não práticas ilícitas dentro daquele ambiente; e (ii) do equilíbrio social da empresa com o setor público, onde o *compliance officer* tenta evitar qualquer tipo de infração.[58]

Como podemos notar, há uma vasta lista de atividades que dependem da figura do *compliance officer*, o que pode culminar em sua responsabilização penal, caso atue de forma precária quanto à prevenção criminal da empresa. Por isso, há discussão de que tal função de redução de risco pressupõe um comportamento que acaba por antecipar sua própria responsabilidade de suas atribuições.

Dentro do âmbito nacional, a figura do *compliance officer* sempre existiu, sendo que ocorreu uma transferência de posição de garantia, que antigamente era refletida apenas sob o empresário de alto cargo empresarial e hoje recai sob àquele que está na posição no ato da ocorrência da conduta ilícita. Com efeito, os questionamentos acerca da responsabilidade criminal em relação ao *compliance officer* surgem a partir da adoção da teoria formal do dever jurídico, prevista no artigo 13 §2º do Código Penal, concomitantemente com a edição da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº. 9.613/98, posteriormente alterada pela Lei nº. 12.638/2012) e pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº. 12.529/2011).

Por conseguinte, a responsabilidade aumenta de acordo com a complexidade das sociedades, onde os garantidores de gestão se tornam réus de condutas delitivas que não foram diretamente por eles praticadas, mas que vem sendo categorizadas em razão do expansionismo do Direito Penal como um meio de retorno dos anseios sociais.[59] Isto porque a tutela de bens jurídicos em crimes econômicos geralmente é coletiva, apresentando distanciamento da vida do cidadão comum, consequentemente, afastando a relação direta entre a conduta praticada e o ato lesivo.[60]

---

[58] CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. ***Criminal Compliance* e ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 22. In: Op. cit., item 6.

[59] BENEDETTI, Carla Rahal. ***Criminal Compliance***. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 59.

[60] ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão:** estudo sobre a responsabilidade omissiva impropria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados pelo cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.41.

Por este motivo, o que mais se nota é a incidência da responsabilidade objetiva recaindo sob tais garantidores, independente da comprovação de dolo ou culpa para a atribuição de responsabilidade.

Em complemento, este ponto que pode ser alvo de questionamento sobre a questão da autoria mediata – aceita pela doutrina brasileira – a qual o autor realiza a ação por meio de outra pessoa, na qualidade de mandante imbuído de erro ou coação.[61] No entanto, conforme explica Roxin, essa qualificação seria problemática no caso em que houvesse múltiplos garantes, pois haveria grande dificuldade de determinar como cada um agiria, gerando insegurança acerca da ação de cada indivíduo.[62]

Diante desta inoperância, nos restaria então classificar a atuação do *compliance officer* nos crimes de omissão imprópria[63] (também chamados de comissivos por omissão), eis que não há causalidade fática na ação, mas sim jurídica. Logo, o agente responderia não pelo que causou, mas sim pelo fato de não ter evitado a ocorrência do ato lesivo.[64]

Seguindo esta lógica, temos no artigo 13, §2º do Código Penal a previsão do indivíduo assumindo o posicionamento como garante da situação, onde sua obrigação é de dever e poder agir para evitar o resultado, dividindo então entre a possibilidade de atuação e o dever de atuar, considerando o rol taxativo para caracterizar tal questão.

Emparelhando ao âmbito empresarial, poderíamos elencar a atuação do *compliance officer* na alínea "b" do artigo supramencionado, uma vez que tal posição hierárquica se procedeu mediante delegação de poderes de vigilância e supervisão do programa de integridade, implicando em seu dever cumprir as normas legais. Vale lembrar que aqui não se trata de um dever contratual, mas sim, de qualquer imputação de responsabilidade, o que decorre da sua posição empresarial no ato da ocorrência do ato ilícito.

Apesar desta última hipótese de enquadramento se consolidar em uma saída viável para a imputação da responsabilidade ao *compliance officer*, este raciocínio é questionável, pois a lei brasileira não institui a posição de garante de forma solida, e ainda deixa de modo vago a

---

[61] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 560.

[62] ROXIN, Claus. **Novos estudos do direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 169.

[63] Diferentemente dos crimes comissivos, os omissivos ocorrem quando o agente não faz ou não pode ou não deve fazer tal ato. Os crimes omissivos se dividem em dois tipos: (i) *próprios* – previstos no Código Penal e preveem uma conduta específica; e (ii) *impróprios* – sem previsão legal, como por exemplo, o crime de homicídio por omissão (art. 121 c/c art. 13, ambos do Código Penal).

[64] Op. Cit. Item 63, p. 308.

delimitação das condutas omissivas de resultado de dano. Por isso, as ações deste agente não configuram tipos penais abarcados de modo inequívoco na legislação brasileira.

Ademais, destaca-se que na jurisprudência brasileira há um movimento de distanciamento das funções intrínsecas de garante da responsabilidade criminal. Como exemplo, podemos citar um caso advindo do Supremo Tribunal de Justiça de 2009 com manifestação contraria à responsabilização objetiva de profissional que exaure parecer técnico, de acordo com sua atividade, e venha a ser incriminado.[65]

Não obstante a discussão e o posicionamento acima, em 2013 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação nº. 470 (caso conhecido como "Mensalão"), decide por responsabilizar criminalmente os agentes financeiros apontados no caso, por sua atuação na execução de forma indireta do crime, a qualidade de autores mediatos.[66]

De forma recorrente aos fundamentos do caso, foi citada a teoria do domínio do fato (exposta em capítulo anterior), consubstanciando a possibilidade de incriminar aqueles que não tivessem participado diretamente dos atos executórios, mas que de alguma forma tinham o domínio do fato, por coordenarem o comando no controle da execução do crime. Neste caso, o tema *compliance* foi especificamente trabalhado, em especial quanto à condenação de Vinicius Samarane, considerado *compliance officer* do setor de controle *compliance* do Banco Rural, o qual restou comprovado que obtinha vinculação direta a fraudes no sistema de prevenção de lavagem de dinheiro, por meio de sua gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro, uma vez que determinava a alteração de relatórios internos do bando relativos ao programa de *compliance* vigente.

Por fim, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Ordinário em Habeas Corpus (agosto/2017), também a Quinta Turma, entendeu que nos crimes societários cometidos por representantes da empresa deve haver correlação entre a concretude dos fatos delituosos com a atividade do acusado, não sendo suficiente a condição de socio da sociedade, sob pena de responsabilização objetiva.[67]

Em complemento, vale lembrar que não há tipo penal específico que categorize a figura do *compliance officer*, contudo na doutrina, existem autores que argumentam que haverá

[65] STJ, HC nº. 108.985/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado e, 26.05.2009, DJe 15.06.2009.
[66] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470*. **Conjur**, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>. Acesso em: 18 de janeiro 2021.
[67] STJ, RHC nº. 45.872/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 28.08.2017.

responsabilização em casos de omissão impropria, quando esta omissão for inicial e dolosa do agente, dando causa ao resultado posterior, eis que tinha o dever de evitar tal resultado.[68]

Em suma, o STJ entendeu que não basta ocupar a posição de garante ao cumprimento dos programas de integridade, atuando assim como barreira à possibilidade de prática de ilícitos penais. Há, na visão desta Corte, a necessidade de comprovação de nexo entre o agente e a conduta, para que então possa haver imputação de responsabilidade do representante da pessoa jurídica.

Salienta-se que, apesar das decisões conflitantes dentro das Cortes brasileiras, na Alemanha, Estados Unidos e países da Europa Ocidental o *compliance officer* tem uma função abrangente e predefinida, havendo o chamado "deve de *compliance*", que é exigido para todas as empresas constituídas como sociedades anônimas ou microempresas.

Em vista disso, o cenário ideal seria a delimitação, tanto pela legislação brasileira quanto pelos programas de integridade, das funções e poderes que serão desenvolvidos pelo agente garantidor, bem como suas respectivas responsabilizações quanto ao descumprimento destas, de forma a deixar evidente as atribuições ao assumir o cargo de *compliance officer* efetivamente.

5. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se a importância da figura do *compliance officer* vem aumentando ao longo do tempo, devido à complexidade no desempenho de suas tarefas perante o sistema econômico e legislativo, o que explica o aumento na adesão aos programas de *compliance* dentro do cenário empresarial brasileiro.

Todavia, há um rol ínfimo de leis que abordam o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, o que dificulta (e muito) a definição da responsabilização juridicamente, visto que não se trata de mera individualização de imputação criminal, em que pese o comportamento falho do indivíduo como representante da empresa como figura de garante da situação, mas sim, sobre os reflexos envolvendo comportamentos coletivos e sua respectiva individualização, correlacionados à tutela coletiva, neste caso, a defesa da sociedade contra os atos corruptivos que influencial a harmonia social e econômica.

[68] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2006.

Por conseguinte, entende-se que para que haja uma responsabilização ponderada, necessário definir as dinâmicas de cada tipo societário, divisões de trabalho e funções dos agentes ocupantes dos cargos de controle, a fim de que não haja margem para desoneração de reponsabilidade dos agentes de alto escalão societário.

Além disso, apesar das duras críticas de que não se pode condenar executivos pela inoperâncias de seus atos em seus respectivos cargos de alta gestão, também não se pode eximir completamente de toda e qualquer responsabilidade criminal, dado que esta máxima incitaria ainda mais o caos e a falta de comprometimento destes agente para com suas funções. Logo, compreensível que para que haja responsabilização subjetiva do *compliance officer*, por meio de comprovação de nexo causal (conexão da conduta com o resultado), inclusive através de tipificação como crime omissivo improprio, se comprovada, além da omissão inicial, o dolo nas ações praticadas em razão da posição de garantidor da operação empresarial. Caso contrário, estaríamos invariavelmente recaindo sobre a regra da responsabilização objetiva, que já não se adequa mais aos ditames do Direito Penal Moderno.

Outrossim, entendível o distanciamento da aplicação da teoria do domínio do fato, já que não se trata de agente que serve de outrem para a prática do delito. No caso, é o próprio agente quem determina a distorção da conduta preventiva, tornando-a deturpada em relação ao seu respectivo programa de *compliance*. Assim, até seria admissível a adoção da conduta omissiva impropria se esta estivesse definida pela esfera criminal, o que não ocorre atualmente. Portanto, para que não haja o uso indiscriminado desta possibilidade, e consequentemente resulte na violação do princípio da legalidade, o melhor seria a delimitação da atuação da figura do *compliance officer*, através da elaboração de uma lei especifica para esclarecer seus deveres jurídicos.

Por fim, como reflexão, servem as palavras do filósofo político Rawls, aludindo que “as diversas concepções de justiça provêm das distintas noções de sociedade, contra um pano de fundo de visões conflitantes acerca das necessidades naturais e das oportunidades da vida humana”[69] E continua: “a única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.[70]

[69] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 11.
[70] Idem, p. 4.

Por isso, torna-se necessário, o aprimoramento das teorias penais, as quais são essenciais para organizar e reger o fluxo de contatos sociais na sociedade contemporânea.

6. Referências bibliográficas

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. **O direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais,** nº 25, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999.

BENEDETTI, Carla Rahal. ***Criminal Compliance***. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2013 e 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ***Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470***. **Conjur**, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>. Acesso em: 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 17. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de *Compliance***. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COMPLY. In: **MICHAELIS** Moderno Dicionário da língua inglesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/comply/>. Acesso em 18 de dezembro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

ESTATUTO sobre fraudes criminais do **Departamento de Justiça dos Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em 09 de dezembro de 2020.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão:** estudo sobre a responsabilidade omissiva impropria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados pelo cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GLYN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAIM, Moisés. **Globalização da corrupção, a economia política da corrupção**. Brasília: UNB, 2002.

GRECO, Luís. **A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução**. In: Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. ed. 3a. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. ed. 4a. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Abel Fernandes. **Responsabilidade penal pela omissão de *compliance***. Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* Prof. João Marcello de Araújo Jr. (CPJM), Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/06/RESPONSABILIDADE-PENAL-PELA-OMISSÃO-DE-COMPLIANCE.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

JOBIM, Rosana Kim. ***Compliance* e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LARRAURI, Elena. ***Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva.*** In: BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva.* Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e *Compliance***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition*. Oslo, Robertson, 1974, p. 3. In: FOLTER, Rolf S. de. **Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault.** Trad. do espanhol por Natalia Montebello. Disponível em: <https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/5140-12199-1-SM.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Breve análise sobre o abolicionismo e o minimalismo.** Artigo disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico***: uma política criminal na era compliance.* Coimbra: Edições Almedina, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ROXIN, Claus. ***Problemas basicos del derecho penal***. Madrid: Editorial Reus S.A., 1976.

_____. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal.** In: Problemas fundamentais de direito penal. ed. 2a. Lisboa: Vega, 1993.

_____. ***Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada***. Revista Penal, n. 2, jul. 1998.

_____. **Estudos de Direito Penal.** Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. ***Täterscha und Tatherrscha***. 6. Aufl, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 112. In ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Universitas JUS, v.25, n.2, 2014.

_____. **Novos estudos do Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANCINETTI, Marcelo A. ***Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva.*** In: *Teorias Actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SANTIN, Miguel Ângelo. **O Estado e o direito de punir.** In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). Jurisdição e processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance*, Direito penal e a lei anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. (coord.) **Compliance no Direito Penal**. vol. 5. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso De Direito Penal: Parte Geral.** ed. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

STJ, HC nº. 108.985/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado e, 26.05.2009, DJe 15.06.2009.

STJ, RHC nº. 45.872/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 28.08.2017.

WELZEL, Hans. ***Derecho Penal Aleman*.** 11ª ed. Trad. por Bustos Ramírez e Yáñez Pérez, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 3-5. In: GUEIROS, Arthur. Valores ético-sociais e os programas de compliance. Coordenador Acadêmico do Centro de Pesquisas em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM) de 10/09/2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/texto-blog-valores-etico-sociais-e-os-programas-de-compliance/>. Acesso em 15 de janeiro de 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das Penas Perdidas**: **a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 2014.

Retomando agendas de pesquisa: aportes criminológicos para a crítica penal à macrocriminalidade

Carolina Costa Ferreira[1]

Resumo: O presente artigo apresentará reflexões criminológicas em torno das discussões dogmático-penais a respeito da macrocriminalidade. Esta agenda de pesquisa, movimentada nos anos 1990 e 2000, necessita, na década de 2020, de algumas provocações para que reflita sobre fenômenos processuais que atravessam a tutela de seus bens jurídicos, como a probidade administrativa e o combate à corrupção, objetos recentes de ampliações legislativas. No mesmo período, as Criminologias Críticas se aproximaram da Política Criminal, especialmente para que pudessem se identificar com ações mais propositivas. Em meio a discussões dogmáticas em torno da ampliação dos bens jurídicos, o trabalho pretende abordar, sem a intenção de esgotar o tema, as possibilidades de intervenção criminológica em um campo tão dominado pelas disputas dogmáticas.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Política Criminal. Macrocriminalidade. Direito Penal Econômico.

Resumen: Este artículo presentará reflexiones criminológicas acerca de discusiones dogmático-criminales en torno al macrocriminalidad. Esta agenda de investigación, atareada en las décadas de 1990 y 2000, necesita, en la década de 2020, de algunas provocaciones para reflexionar sobre los fenómenos procesales que atraviesan la protección de sus bienes legales, como la probidad administrativa y la lucha contra la corrupción, objetos recientes de ampliaciones legislativas. En el mismo período, las Criminologías Críticas se acercaron a la Política Criminal, especialmente para que pudieran identificarse con acciones más intencionadas. En medio de discusiones dogmáticas sobre la expansión del patrimonio jurídico,

[1] Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Colíder do Observatório de Direitos Humanos (IDP). Pesquisadora do Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha – Espanha). Advogada criminalista.

la obra pretende abordar, sin la intención de agotar el tema, las posibilidades de intervención criminológica en un campo tan dominado por las disputas dogmáticas.

Palabras-clave: Criminología Crítica. Política Criminal. Macrocriminalidad. Derecho Penal Económico.

1. Introdução

Retomar antigos objetos de pesquisa pode ser desafiador. Estudei os crimes contra a ordem econômica em meu Trabalho de Conclusão de Curso, na Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", em 2004, sob a orientação do Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. Os temas que foram objeto de minha primeira incursão acadêmica se reapresentaram em minha vida profissional, ao longo do exercício da advocacia criminal no âmbito da macrocriminalidade e em minha dissertação de Mestrado[1], em que o uso da perspectiva criminológica crítica permitiu a ampliação da discussão em torno da seletividade do sistema de justiça criminal, tanto em termos quantitativos – na medida em que mais crimes contra o patrimônio eram rapidamente julgados, em que pese a competência da Justiça Federal pudesse ser um elemento limitador para essa forma de criminalidade – como em termos qualitativos – as diferentes interpretações em torno dos conceitos de "princípio da insignificância" ou "livre convencimento motivado" demonstraram o reforço da seletividade em relação à proteção de bens jurídicos tutelados associados ao patrimônio privado, e não ao patrimônio público.

Dez anos depois de minha última incursão neste campo, volto a abordá-lo, já com uma consciência maior de que as Criminologias Críticas adotaram caminhos que, em muitos momentos, ignoraram o amplo debate dogmático-penal. Esse distanciamento provoca problemas de ordem teórica e prática, tanto no que se refere à concepção de bem jurídico, quanto às reflexões críticas necessárias ao debate jurídico-penal que se organiza em torno da macrocriminalidade.

Nesse sentido, o presente texto apresentará reflexões criminológicas em torno do conceito de macrocriminalidade, contextualizando a agenda de pesquisa, tão presente nos anos

[1] FERREIRA, Carolina Costa. Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais do Brasil. Brasília: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7241/1/2010_CarolinaCostaFerreira.pdf Acesso em 26 set. 2021.

1990 e 2000, no Brasil; além disso, o texto avança para contribuir para as discussões em torno do bem jurídico para a macrocriminalidade, indicando pontos de avanço em relação à matéria, com suas tensões atuais. Ao final, reflito sobre o papel da Criminologia na organização dos conceitos de bem jurídico e das amarras necessárias para que a conjugação entre Criminologia, Política Criminal e Direito Penal possa contribuir para a análise dos fenômenos da macrocriminalidade.

2. Macrocriminalidade: conceito e rumos

Raúl Cervini homenageia Roberto Lyra ao relembrar que, nos anos 1960, o criminólogo brasileiro foi o primeiro a discutir o fenômeno que, anos mais tarde, seria chamado de "macrocriminalidade". Tal conceito a compreendia como "muito bem ajustada, de enorme danosidade social, que se mostravam cada vez mais acessíveis à evidência científica", mas ainda não alcançadas pelo sistema de justiça criminal[2]. Em seu texto, Cervini entende que a macrocriminalidade pressupõe a prática de fatos, em sucessão, com o objetivo de tutelar bens jurídicos de natureza ampla ou difusa, por meio de estratégias econômicas, comerciais ou políticas que não são comuns às lentes do sistema de justiça criminal, preocupado com condutas individuais e com as demandas dos chamados "crimes de todos os dias"[3].

O conceito de macrocriminalidade encontrou o de cifra oculta da criminalidade. Para compreender o significado criminológico deste termo, é importante indicar o que Lola Aniyar de Castro, considera ser as três dimensões da criminalidade: (i) a *legal* (a criminalidade que chega ao conhecimento das instâncias formais de controle e que é objeto das estatísticas oficiais); (ii) a criminalidade *aparente* (aquela que chega ao conhecimento de algum dos componentes das instâncias formais de controle, sem que haja alguma ação no sentido de exaurir o conflito); e (iii) a criminalidade *real* (a que agrega a ocorrência verdadeira de delitos em uma determinada comunidade – trata-se de um número muito difícil de ser obtido). A "cifra oculta" consiste na diferença entre a delinquência real – não alcançada pelas instâncias formais

[2] CERVÍNI, Raúl. Macrocriminalidad Económica: apuntes para uma aproximación metodológica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, 1995. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais – Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 768. Tradução livre.

[3] ZAFFARONI, Eugenio. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

de controle social e, desta forma, não inseridas nas estatísticas oficiais – e a delinquência oficial, presente nestas estatísticas[4].

A noção de macrocriminalidade encontra as dimensões de proteção a bens jurídicos de natureza difusa ou coletiva, como a ordem tributária, as relações de consumo, o meio ambiente e a administração pública, mas, por outro lado, enfrenta a imunidade do sistema de justiça criminal, constatada para este tipo de criminalidade – e para este grupo de pessoas e empresas que demarcam seu território – por Edwin Sutherland[5].

Os impactos da macrocriminalidade não demoraram a chegar à Dogmática Penal. A determinação mais utilizada para designar a legislação especial acerca das relações econômicas, bem como de seus principais instrumentos de materialização é, sem muitas discussões na doutrina, *Direito Penal Econômico.* René Ariel Dotti acrescenta que outras terminologias também podem ser utilizadas para o tratamento de tais leis, como Direito Penal da Economia ou Direito Penal das Corporações, entre outros [6].

Manuel Pedro Pimentel entende ser o Direito Penal Econômico um "conjunto de normas que têm por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo, bens ou interesses juridicamente relevantes" [7]. Especialmente no que tange à relevância dos bens jurídicos, concordamos inteiramente com tal definição, embora ampla, e também a adotamos no presente trabalho.

Houve a necessidade de se inserir o Direito Penal Econômico basicamente em leis penais especiais, segundo René Ariel Dotti, pelo fato de a criminalidade econômica possuir uma estrutura peculiar e pela "flutuação" de seus bens e interesses tutelados, sem falar na diversidade de condutas e na existência de normas penais em branco e tipos abertos no que tange à criminalidade econômica [8].

Criminologicamente, e exatamente em função das descobertas de Edwin H. Sutherland a respeito dos crimes do colarinho branco, a preocupação com a criminalidade econômica e seu possível combate por meio de legislações sobre o tema surgiu a partir de um movimento de

[4] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social.** Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 67-68.
[5] SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco:** versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan/ ICC, 2015.
[6] DOTTI, René Ariel. O Direito Penal Econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** Rio de Janeiro, n. 33, 1982, p. 143.
[7] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 10.
[8] Cf. DOTTI, Id., p. 147.

crítica da Dogmática Jurídico-Penal, em um contexto histórico de crescimento da Criminologia Crítica, cuja tônica é essencialmente a crítica aos mecanismos formais de controle social punitivo.

Lola Aniyar de Castro critica a generalização do termo "crimes econômicos", que diluiria o caráter classista almejado por Sutherland, quando da conceituação de *White-collar crimes.* Para Castro, o delito econômico pode ser praticado por qualquer pessoa devidamente inserida no mundo dos negócios, e o crime de colarinho branco teria uma especificidade muito maior de agentes[9].

Juarez Cirino dos Santos, por sua vez, entende que a concepção criminológica dos delitos econômicos, neste trabalho já abordada no que tange aos crimes do colarinho branco, é mais ampla do que as concepções previstas nas leis penais especiais, uma vez que o legislador não conseguiu acompanhar as frequentes mudanças proporcionadas pelo desenvolvimento tecnológico, restringindo o conceito às práticas, sem analisar que tais práticas podem ser alteradas, sem se mudar a lesão ao bem jurídico ordem econômica [10].

3. Em torno do conceito de "bem jurídico"

Antes de se determinar, propriamente, o bem jurídico tutelado no contexto da macrocriminalidade, é necessário que se conheça, brevemente, as principais noções sobre o conceito de bem jurídico, bem como a sua importância fulcral para o equilíbrio do ordenamento jurídico-penal.

Winfried Hassemer preleciona que o primeiro conceito de bem jurídico foi obra do pensamento iluminista, tendo como fundamento as obras de Paul Johann Anselm Feuerbach [11]. Nesta época, o bem jurídico teria uma característica de fundo moral, ético ou divino. Todas as condutas tipificadas – isto é, que possuíam determinações de bens jurídicos – relacionavam-se à tutela de bens de cunho moral ou religioso. Em obra muito importante sobre o conceito de bem jurídico, Luiz Regis Prado, após realizar evolução histórica sobre o conceito de bem jurídico – partindo das concepções neokantianas, que compreendiam o bem jurídico como valor

[9]CASTRO, Lola Anyiar de. Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina. **Revista de Direito Penal.** Rio de Janeiro, v. 25, 1979, p. 89-102.
[10] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. Rio de Janeiro, n. 33, 1982, p. 198.
[11] HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 37.

cultural, normativo, até as correntes funcionalistas atuais, que atestam a função dos bens jurídicos como "pressupostos imprescindíveis para a existência em comum"[12] – cria a concepção de bem jurídico como o "decorrente das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida"[13].

Como pode ser visto, a concepção de bem jurídico foi se modificando, tendo a atual noção objetiva, e prezando o caráter da *essencialidade* dos bens jurídicos. Por seu turno, Franz von Liszt determinou, de forma considerada como conceito fundamental até nossos dias, bem jurídico como "o interesse juridicamente protegido"[14]. Tal interesse não é produzido pelo Direito, simplesmente, mas sim pela vida, pelas necessidades atestadas pela convivência social; porém, compete somente ao direito converter tal interesse em bem jurídico. Consideramos tal conceito o mais amplo, e mais condizente com as situações que já estão previstas em legislações ou que são passíveis de previsão.

Uma das principais discussões que envolvem o bem jurídico se refere exatamente ao conteúdo deste trabalho – discute-se se bens jurídicos cuja natureza é metaindividual – difusa ou coletiva – seriam efetivamente relevantes. Luiz Regis Prado entende que, para a tutela de tais bens jurídicos, a função do Estado deve ser considerada e, obedecendo-se à tendência de que a tutela penal deve se restringir apenas aos bens jurídicos considerados relevantes, deve ser analisada a suficiência de outros meios de defesa para a proteção de dado bem jurídico [15]. A determinação do bem jurídico tutelado, nos casos de ocorrência dos crimes contra a ordem econômica, é assunto que deve ser desenvolvido neste trabalho sob uma perspectiva político-criminal, para que seja compreendida a valoração dos fatos criminológicos apurados, principalmente com a descoberta da existência dos *white collar crimes*.

De acordo com Juan Bustos Ramírez, muitos autores confundem a determinação do bem jurídico dos crimes econômicos com as hipóteses, proporcionadas pelo cometimento destes

[12] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. São p. 27-28.
[13] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.
[14] LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal allemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet & C, t. I, p. 93.
[15] "[...] o juízo de valor sobre a relevância de um determinado bem jurídico metaindividual – coletivo ou difuso – exige o reflexo na órbita individual ou social para a sua vulneração. [...]. Não basta que um bem possua suficiente relevância social para vir a ser tutelado penalmente; é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela outros meios de defesa menos lesivos. [...] A lei penal, advirta-se, atua não como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante*." (PRADO, 2007., p. 111)

delitos, de violação de outros bens jurídicos, tais como o patrimônio – particular ou estatal [16]. Se não se contiver esta confusão, as medidas sancionatórias em relação aos crimes econômicos podem vir a ofender bens jurídicos que não estavam envolvidos na conduta delituosa, criando situações ainda mais problemáticas ao delinqüente e a todas as instâncias formais de controle envolvidas em sua punição.

Para finalizar esta discussão mais geral, importante apontar a constatação de Tatiana Badaró:

> A origem da noção de bem jurídico-penal coincide com a derrocada do *Ancién Regime* e o surgimento do Estado de Direito. Nesse momento, os esforços da filosofia política se concentram em limitar a atividade do legislador por meio de um conceito pré-jurídico de crime, capaz de impor às leis penais padrões de racionalidade. Os primeiros esboços de um conceito desse tipo foram permeados pela noção de danosidade social, oriunda da substituição da ordem divina pela ordem humana como referência para a identificação do fato delituoso[17].

Ao criticar a determinação da validade do conceito de bem jurídico no que se refere aos delitos econômicos, Odone Sanguiné expõe uma crítica frequente entre os doutrinadores, segundo os quais o conceito de bem jurídico, por ter sua origem extremamente ligada às questões liberais, possuiria um caráter eminentemente individual, não podendo ser determinado em delitos de natureza difusa, como é o caso dos delitos econômicos [18]. Por seu turno, Juan Bustos Ramírez entende que o bem jurídico ligado aos crimes contra a ordem econômica têm natureza coletiva, pois se relacionam com todos os cidadãos e se ligam ao funcionamento do sistema [19].

João Marcello de Araújo Júnior é categórico, após discutir muitos destes problemas envolvendo a determinação do bem jurídico dos delitos econômicos, ao apontar como bem jurídico maior, supraindividual, a *ordem econômica*, que influi sobre o mercado, a acumulação de capitais e, principalmente, sobre "o equilíbrio na produção, circulação e distribuição da

[16] RAMÍREZ, Juan Bustos. Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico. **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre, v.4, n.2, p. 06.
[17] BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 107.
[18] SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. **Fascículos de ciências penais.** Porto Alegre, v.4, n.2, 1991, p. 31.
[19] RAMÍREZ, op. cit.,, p. 06.

riqueza entre os grupos sociais" [20]. O autor alerta que, embora seja metaindividual, o bem jurídico "ordem econômica" deve sempre ter sua base na Constituição Federal, sendo seu equilíbrio e manutenção um verdadeiro princípio norteador do próprio Estado Democrático de Direito.

O autor ainda cita o patrimônio individual como bem jurídico tutelado pelos delitos contra a ordem econômica; entretanto, é necessário que se saiba que tal proteção deve ser realizada apenas em caráter secundário, pois o bem jurídico ordem econômica possui caráter coletivo e, abrangendo naturalmente um número muito maior de indivíduos, prevalece sobre interesses individuais, que devem ser protegidos de forma mais direta por outras legislações.

3.1 – Classificação do bem jurídico

Há uma forte discussão, em meio à doutrina penal, a respeito da classificação do bem jurídico ordem econômica, se tratar-se-ia, primeiramente, de crimes de dano ou de perigo e, em seguida, de delitos de perigo abstrato ou concreto. A respeito da primeira diferenciação, deve-se entender que crimes de *dano* são os que têm sua consumação com a efetiva violação ou lesão ao bem jurídico. Como exemplo, o mais citado pela doutrina é o delito de homicídio (art. 121, *caput*, CP), em que é apenas materializado se há a violação do bem jurídico vida.

Delitos de *perigo* são aqueles nos quais há a simples probabilidade de lesão concreta a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. É exatamente esta probabilidade que o legislador tenta evitar, por meio da materialização dos delitos de perigo. Odone Sanguiné ressalta que, com a evolução crescente da tecnologia, os delitos de perigo passaram a ter uma projeção muito maior nos ordenamentos jurídico-penais mais modernos. Além disso, a crescente proposição do Estado a tutelar tarefas ditas "solidarísticas" vem induzindo o legislador a projetar, no campo da Dogmática Jurídico-Penal, o simples risco de desrespeito a determinados bens jurídicos essenciais [21]. Além disso, deve-se ressaltar que os delitos de perigo podem ser considerados formais, no sentido de que se quer evitar dado resultado, mas são crimes materiais, se se considera o fato caracterizador do perigo. Esta é a posição do jurista Eduardo Correia, devidamente acompanhada por Assis Toledo. O autor português exemplifica com o delito de falsificação de moeda; segundo ele, a lei pune a fabricação de moedas falsas,

[20] ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 36.
[21] SANGUINÉ, op. cit., p. 35.

prevendo o perigo de estas circularem no comércio, e não apenas pela constatação de sua falsidade. O que interessa é a *produção de um certo resultado*, conforme os interesses da sociedade, e uma devida interpretação teleológica dos fatos [22].

Os delitos de perigo podem ser classificados em delitos de perigo *concreto* ou *abstrato.* Sanguiné conceitua delitos de perigo *concreto* como os em que a probabilidade de ocorrência da lesão concreta implica, de alguma forma, numa alteração do bem jurídico em determinado momento. Francisco de Assis Toledo destaca que, nos delitos de perigo concreto, há a necessidade premente de se comprovar a probabilidade de dano; a realização do tipo penal, portanto, demandaria constatação, de acordo com o caso concreto [23].

Os delitos de perigo *abstrato*, entretanto, não são passíveis de comprovação – sua presunção é *iure et de iure* –, não havendo negativas. O delito de perigo abstrato apenas deve conter a realização de uma conduta formalmente coincidente com a descrita na norma [24].

Odone Sanguiné expõe sua opinião sobre tal classificação, segundo a qual a danosidade provocada pelos delitos econômicos proporcionaria a criação de delitos de *perigo abstrato*, "que dissolveriam a função do bem jurídico, já que eles não apareceriam ligados nem ao princípio da responsabilidade pelo fato nem ao de lesividade" [25]. Admitir a hipótese de consideração de tal classificação significaria a atribuição do caráter ilícito à simples conduta, sem uma real ofensa ao bem jurídico protegido, conforme defende o autor. A simples *colocação em perigo* de determinado bem jurídico, sem a necessidade real de ofendê-lo, já seria justificativa para a imposição das sanções previstas nas normas penais econômicas. A falta de importância do desrespeito ao bem jurídico implicaria, segundo o autor, na penalização de uma atitude pessoal do agente, e não de um real atentado ao bem jurídico. Esta é a principal crítica daqueles que entendem que caracterizar os crimes contra a ordem econômica ou contra o sistema financeiro nacional, como se faz no Brasil, como "crimes do colarinho branco", seria enfatizar a característica de que tal criminalidade estaria adstrita ao agente, e não ao bem jurídico [26]. Assim, com as atenções voltadas primeiramente ao agente, o bem jurídico estaria sendo abandonado, com uma importância secundária, o que não pode prosperar, pois não é condizente com as teorias criminais modernas e com a orientação constitucional vigente.

---

[22] CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1968, v. I, p. 288.
[23] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 143.
[24] SANGUINÉ, op. cit., p. 36.
[25]Ibid., p. 31.
[26] Cf. TORON, op. cit.,p. 76.

Em suma, para que não haja maiores confusões a respeito da natureza dos delitos econômicos, Sanguiné defende que estes sejam sempre considerados delitos de perigo *concreto* – que atentem a bem jurídico determinado, prejudicando-o diretamente. Como se trata de um bem jurídico de natureza difusa, o autor alerta que, se se considerar o delito como de perigo abstrato, a punibilidade ficaria comprometida, pois não haveria uma "vítima visível", e sim uma coletividade indeterminável [27].

Por seu turno, Juan Bustos Ramírez entende que, pela própria determinação do bem jurídico tutelado – a ordem econômica, bem como seus instrumentos mais importantes para a manutenção do equilíbrio das relações econômicas na sociedade, e não o patrimônio ou a propriedade –, pode-se chegar à conclusão de que, em relação à infração contra tais instrumentos, devem ser configurados tipos penais de *lesão* ou de *perigo concreto* [28]. Obviamente, se um dos delitos econômicos afeta, secundariamente, o bem jurídico patrimônio ou propriedade, surgirá um delito de perigo abstrato em relação aos mesmos.

Os autores alemães, defensores da estrita divisão entre Direito Penal Criminal e Direito Penal Administrativo, defendem que os ilícitos administrativos seriam simplesmente uma infração a uma norma determinada pelo legislador, porém não com o intuito de uma formalização do atentado ao bem jurídico; desta forma, não haveria a constituição de lesão ou ameaça a bem jurídico devidamente protegido pelo ordenamento, mas somente a lesão de um interesse do Estado ou da Administração. Desta forma, se se considerar os delitos econômicos como passíveis de receber sanções meramente administrativas, tais delitos deverão ser classificados como delitos de perigo *abstrato* [29]. Neste sentido, deu-se a consideração de uma série de juristas no XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, no Cairo, que estabeleceu que "o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinqüência econômica e da Empresa" [30]. Na realidade, tal posição adotada no referido Congresso legitimaria a imposição de sanções criminais nos crimes de perigo abstrato, independentemente da tutela pela via administrativa.

[27] SANGUINÉ, op. cit., p. 38. Esta também é a posição, segundo ao autor, de Klaus Tiedemann.
[28] RAMÍREZ, op. cit., p. 07.
[29] As considerações de autores alemães como Wolf, Lange, Bockelmann e Michels constam em: MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito penal espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.2, 1993, p. 28.
[30] Cf. RAMÍREZ, op. cit., p. 07.

Assim, tendo em vista a opinião de parte dos penalistas, deve-se entender que os delitos econômicos são crimes de *perigo*, pois não necessitam diretamente da concretização do delito. A Lei nº 8.137/90, por exemplo, em seu art. 4º, V, dispõe que constitui crime contra a ordem econômica provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento. Assim, a simples materialização de um acordo com este objetivo põe em *perigo* a ordem econômica, sendo, por isso, importante a sua tutela penal, para a inibição de tais condutas.

Portanto, se se trata de crime de perigo, deve-se determinar se pode ser classificado como crime de perigo abstrato ou concreto. Em nossa opinião, trata-se de crime de perigo *concreto*, pois se deve atentar sempre à possibilidade efetiva de violação do bem jurídico *ordem econômica.* Não entendemos que os delitos econômicos deveriam receber apenas sanções de caráter administrativo simplesmente, mas sim de caráter *penal administrativo*, sem se retirar a característica de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, próprias dos delitos penais. A consideração dos delitos econômicos em simplesmente delitos de perigo abstrato traria conseqüências, para nós, geradoras de impunidade, pois se trata de desconsiderar a efetividade da lesão ao bem jurídico para a punição de determinada conduta.

4. Previsão constitucional

A determinação do bem jurídico, bem como de sua essencialidade, somente pode ser realizada em consonância com a linha de valores prevista na Constituição Federal. A primeira Constituição Federal que dispôs medidas protetivas da ordem econômica foi a de 1934, que dispôs acerca das práticas de usura, para a efetiva proteção da economia cafeeira, abalada com a crise de 1929. Antes disto, não houve nenhum dispositivo constitucional que tutelasse as relações econômicas, sob a justificativa de que o Estado não deveria interferir nas relações comerciais e econômicas dos indivíduos, respeitando os princípios do Liberalismo.

A Constituição de 1937, em seu art. 135, por sua vez, previa a direta repressão aos abusos do poder econômico, dispondo que a riqueza e a propriedade nacional se fundavam na iniciativa individual, nos poderes de criação, organização e invenção dos indivíduos, exercidos nos limites do bem público. Assim, a intervenção do Estado na economia dar-se-ia em casos de excesso da iniciativa individual. Tal dispositivo foi inspirado na *Carta del Lavoro*, da Itália [31].

[31] Cf. DOTTI, op. cit., p. 136.

A Constituição de 1946 determinou que a intervenção estatal na economia deveria ocorrer, assim como no que concernia aos monopólios de determinadas atividades. Em seu art. 146, há a disposição de que a ordem econômica deve se organizar conforme os princípios da *justiça social*, conciliando a *liberdade de iniciativa* com a *valorização do trabalho humano*. Pode-se notar que é a primeira vez que um dispositivo constitucional atrela a justiça social à ordem econômica, dando importância à valorização do trabalho humano. A Constituição seguinte, de 1967, consolidou a ordem econômica, aumentando seus princípios, incluindo a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e a solidariedade entre os fatores de produção, o desenvolvimento econômico e a repressão ao abuso do poder econômico.

A ordem econômica encontra-se tutelada em muitos dispositivos da nossa atual Carta Magna, de 1988, e por isso seus princípios basilares devem ser analisados. Conforme o que trata a Constituição no artigo 170, o bem jurídico ordem econômica, para a sua real materialização, possui duas bases fundamentais: a existência digna e a justiça social. Desta forma, o que se pode concluir é que a característica econômica não decorre da natureza econômica dos fatos ligados ao bem jurídico, mas sim do aspecto teleológico que dá sentido aos crimes. No que concerne a este aspecto teleológico, deve-se considerar o grau de danosidade social provocada pelo delito econômico. Sabe-se que os crimes contra a ordem econômica, especialmente em algumas condutas tipificadas nos arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90, possuem um alto grau de danosidade social – este impacto é muito importante para a determinação do bem jurídico ao qual houve atentado ou tentativa de atentado [32].

Os incisos do art. 170 da Constituição Federal prevêem os princípios fundamentais da ordem econômica. São a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

[32] Como é o caso do art. 4º, I, *f*, da Lei n. 8137/90, que prevê como crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. Trata-se de abuso do poder econômico, que também atenta a um princípio atinente ao bem jurídico ordem econômica, que seria exatamente a valorização do trabalho.

Até mesmo em razão da previsão constitucional acima, não se pode dissociar crimes contra a ordem econômica dos crimes contra a ordem financeira e tributária. Para João Marcello de Araújo Júnior, estes são espécies do gênero "ordem econômica"; a Lei n. 8.137/90, por sua vez, diferenciou-os, como será visto em seguida.

Todos estes princípios são extremamente importantes para a manutenção do equilíbrio econômico, e estão intimamente ligados entre si. Além destes princípios, é necessário ressaltar o disposto no parágrafo único deste artigo, que prevê o princípio da livre iniciativa – é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo em casos de disposição expressa em lei.

5. A questão da danosidade social no Direito Penal Econômico e sua comparação com a proteção a demais bens jurídicos

Hodiernamente, dá-se uma valoração maior – em relação à atenção das instâncias formais e informais de controle – à proteção de determinados bens jurídicos, em detrimento de outros. Há, segundo Alessandro Baratta, uma verdadeira "seleção de bens jurídicos", que determina, na maioria das vezes, uma maior proteção à vida ou à incolumidade física do que a bens jurídicos de natureza difusa ou coletiva, muito embora o alcance destes seja a um número muito maior de indivíduos [33]. O que deveria ser levado em conta para a determinação da forma de tal proteção seria a *danosidade social* provocada pela ausência de tutela daquele bem jurídico, ou descumprimento de alguma norma em relação ao mesmo. Hassemer entende que nem toda lesão a um interesse humano deve ser levada às instâncias penais, mas apenas as que apresentam um caráter "socialmente danoso", em que os danos provocados pelo cometimento

[33] "O aludido caráter fragmentário não consiste unicamente no fato de que o Direito Penal deixe a descoberto determinadas áreas de interesse e importantes necessidades. Ao contrário, os sistemas de Direito Penal modernos denotam uma acentuada tendência à representação universal dos âmbitos de interesse em seus sistemas de bens jurídicos. O caráter fragmentário em questão refere-se, sobretudo, à maneira altamente seletiva pela qual são cobertos apenas parcialmente os interesses representados nos sistemas de bens jurídicos, bem como também a diferente intensidade de tal proteção. Com relação a este último ponto há que se assinalar que o privilégio da tutela e a intensidade da mesma nem sempre se encontram em relação com o grau em que merecem ser protegidos os interesses individuais ou coletivos e com o nível de perigo das diferentes situações. Assim, por exemplo, interesses que pertencem ao âmbito da incolumidade física ou da vida são privilegiados em relação àqueles interesses difusos ou coletivos (também do ponto de vista jurídico-processual), mesmo quando estes últimos não sejam menos importantes para a qualidade de vida dos indivíduos e afetem a um número maior deles. " (BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral da ciência penal. **Revista de Direito Penal.** Rio de Janeiro, 1981, n. 31, p. 21)

do delito ultrapassem os limites entre autor e vítima, prejudicando a sociedade como um todo. Este é o conceito de danosidade social que se pode deter [34].

Para a medida de tal danosidade social, deve-se levar em conta uma série de critérios; se se analisar as estatísticas oficiais, estará totalmente clara a supremacia da tutela dos bens jurídicos propriedade e patrimônio em relação a demais bens jurídicos, entre os quais a ordem econômica [35].

Por outro lado, percebe-se a consideração, sob uma outra análise, acerca das penalidades a que se deve proceder sobre a macrocriminalidade. As sanções administrativas são consideradas mais viáveis para os agentes em questão, pelo fato de que as sanções criminais não tutelariam de forma mais efetiva a proteção dos bens jurídicos. Seria mais eficaz, desta forma, a aplicação de multas do que a imposição de penas privativas de liberdade ou restritivas de direito. Porém, com a expansão dos mecanismos de justiça negocial, notadamente após a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, com a formatação de acordos de colaboração premiada muito especialmente voltados ao controle da chamada "criminalidade dos poderosos", é importante perceber que, para a macrocriminalidade, o sistema de justiça criminal tem se tornado um meio de alcance de novas provas. Também tem se tornado um meio hábil para constranger pessoas que, como desenhava Sutherland, nos anos 1940, possuem boa formação, boa reputação e necessitam dessa boa impressão social para se manterem em seus negócios. As agências formais e informais de controle lidam com isso, sabem que isso é um valor importante para a pressão por mais controle, por parte das agências informais, e por descontrole, para as partes envolvidas.

Interessante perceber que se tem utilizado, para as discussões sobre controle penal e corrupção, nos anos 2010 e 2020, o argumento da "danosidade social" da chamada corrupção pública[36]. Isto ocorre devido à posição de poder que, na maioria das vezes, qualifica o criminoso

---

[34] HASSEMER, op. cit., p. 38.

[35] "A importante característica das estatísticas oficiais é que elas demonstram o que deve ser óbvio: nomeadamente, em uma sociedade desigual, o crime é contra a propriedade (e que, mesmo as várias infrações contra a pessoa são, frequentemente, cometidas na busca da propriedade). O crime patrimonial é melhor compreendido como uma tentativa *normal* e consciente para adquirir propriedade, do que, por exemplo, como o produto de socialização defeituosa ou rotulação imprecisa e espúria. Ambos os crimes, de classe trabalhadora e da classe alta (registrados, apreendidos, processados ou não) são caracteres *reais* de uma sociedade envolvida em uma luta pela propriedade, riqueza e auto-crescimento econômico. Posto simplesmente, uma sociedade que está predicada sobre direito desigual de acumulação de propriedade *dá origem* a desejos legais de acumular propriedade tão rapidamente quanto possível." (TAYLOR; WALTON; YOUNG, op. cit., p. 40)

[36] MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da Criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre, n. 70, p. 133-174, 2019.

do colarinho branco. Seu poder não é só econômico, mas social e em muitas vezes também político, o que muda a formatação de sua punição: ao invés da prisão-pena, a prisão provisória[37]; para a colaboração premiada, alterações nos regimes legais das prisões domiciliares, com a inovação da "prisão domiciliar diferenciada"[38]. Ou seja, a dimensão de seletividade, tão discutida pela Criminologia Crítica, também atinge a criminalidade dos poderosos e lança novas perguntas e agendas de pesquisa, que devem ser exploradas num contexto "pós-Lava Jato"[39].

6. A "administrativização" da macrocriminalidade

O Direito Penal e o Direito Administrativo, cada um à sua maneira, determinam uma espécie de resposta a uma conduta considerada ilícita ou ilegal, impondo sanções que têm como natureza a determinação de multas pecuniárias, prisão privativa de liberdade, restritiva de direitos, etc. No que tange ao Direito Penal, a imposição de sanções pode-se dar por meio de imposição de multas, prisões privativas de liberdade, restritivas de direitos ou medidas de segurança, estas reservadas aos considerados inimputáveis segundo nosso ordenamento jurídico[40]. Dentre tantas sanções, cabe ao magistrado/à magistrada, sempre de acordo com o que mandam as normas penais, determinar qual a sanção mais efetiva ao caso em questão. Porém, em determinadas condutas, alguns autores entendem que se pode determinar, em sede administrativa, a imposição de sanções. Por isso, fala-se num "Direito Penal Administrativo", ou na "administrativização do Direito Penal". Especialmente no que tange aos delitos econômicos, esta é uma discussão deveras importante, que deverá ter em vista uma série de critérios, a seguir expostos.

José Cerezo Mir atribui a Goldschmidt, na Alemanha, a primeira proposição condizente para "isolar" o que seria chamado de "Direito Penal meramente Administrativo" do Direito Penal essencialmente criminal, que impõe sanções físicas, de prisão ou semelhantes [41]. É

[37] Sobre este assunto, ver a dissertação de Mestrado de Pedro Ivo Velloso Cordeiro: CORDEIRO, Pedro Ivo Velloso. A prisão provisória em crimes de colarinho branco: redução da desigualdade do sistema penal? Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2013.

[38] BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 122, 2016, p. 359-390.

[39] Sobre o alcance da Operação Lava Jato e os discursos criminalizantes, ver CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A ilusória democratização do (pelo) controle penal. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. **Construindo as Criminologias Críticas:** a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 289-321.

[40] De acordo com os arts. 26 e 27 do Código Penal de 1940.

[41] MIR, op. cit., p. 27.

importante ressaltar que Goldschmidt não tinha a intenção de desconsiderar os elementos formais da infração penal, mas sim apenas referir-se teleologicamente às condutas não carecedoras de punições criminais. Deve-se, sobretudo, analisar a "natureza das coisas", pois determinadas condutas não mereceriam status criminal [42]. A fundamentação filosófica para tal argumentação teria sido desenvolvida por Erik Wolf e, atualmente, desenvolvida por Schmidt, Lange, Michels e Bockelmann. Tais autores entendem que os delitos relativos ao Direito Penal Criminal seriam delitos "naturais", enquanto os administrativos teriam natureza "artificial", ou teriam sido criados de acordo com a "vontade do Estado". Assim, o ilícito administrativo seria apenas a infração a uma determinação do legislador, puramente formal. Goldschmidt ainda dividia o Direito Penal Criminal do Direito Penal Administrativo pela posição do homem em cada um deles: no primeiro, o homem possuiria autonomia de vontades, enquanto o segundo seria mero componente da sociedade "a serviço dos fins do progresso social" [43]. Eduardo Correia, por sua vez, entendia que determinadas condutas deveriam ser "libertadas" da condição de sanções criminais. Seria uma "purificação do ilícito criminal de justiça"; para o autor, as contravenções seriam condutas que, naturalmente, deveriam sofrer apenas sanções administrativas, e não necessariamente criminais [44].

Deve-se ter em mente que a utilização de "ilícitos penais administrativos" é uma característica dos defensores do Direito Penal como *ultima ratio* para a solução de conflitos; assim, como propunha Jellineck, o Direito Penal deve tutelar apenas o "mínimo ético" essencial à manutenção do equilíbrio da sociedade [45].

A forma de imposição de sanções, no âmbito dos crimes contra a ordem econômica, não é uma discussão privativa dos juristas brasileiros, ou relativa apenas à legislação pátria. Eduardo Correia argumentava, em 1973, que acreditava que as infrações cometidas pelos "criminosos econômicos" não atingiam diretamente as preocupações do âmbito penal. O autor português – seguindo uma tendência dos juristas daquele país – procede a uma separação entre Direito Penal e o que denomina "Direito de mera ordenação social", que se relaciona a problemas sociais,

[42] Quem também expõe o posicionamento de Goldschmidt, bem como cita sua principal obra (**Der Verwaltungsstrafrecht**, de 1902) é Eduardo Correia, em **Direito criminal**, p. 23, nota 1.
[43] Cf. MIR, op. cit., p. 35, nota 10.
[44] CORREIA, **Direito criminal**, p. 22.
[45] Conforme CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de mera ordenação social, p. 266. Além deste, Juan Bustos Ramírez dispõe: "[...] o Direito Penal é extrema *ratio* e subsidiário, isto é, a intervenção penal há de ser o último recurso a utilizar pelo Estado e depois de haver lançado mão de todos os demais instrumentos de política econômica ou de controle de que dispõe." (RAMÍREZ, op. cit., p. 14)

que de fato influenciaram a organização social, mas que podem ser solucionados de outras formas, sem a interferência direta dos mecanismos penais [46]. A denominação "Direito de mera ordenação social" também foi acolhida pelo sistema jurídico-penal alemão [47].

É importante ressaltar que, em razão de seus resultados terem natureza coletiva e causarem danos apenas indiretos a pessoas, a macrocriminalidade é, segundo alguns autores, passível de ser responsabilizada, de forma eficiente e com o objetivo de atender a fins de prevenção, em âmbito administrativo. Eduardo Correia, assim, insiste que não se trata da inserção destas condutas num "Direito Penal Administrativo", mas no referido "Direito de mera ordenação social", que seria responsável por tutelar as relações sociais de forma mais branda, sem a real necessidade de imposição de sanções de caráter criminal. O autor português entende que, no âmbito de certas infrações ao Direito Penal Econômico – e nestas se incluem as infrações relativas à concorrência – isto é plenamente possível, em razão dos resultados provocados pela ocorrência do delito. Muitos autores defendem que a reação a um delito contra a ordem econômica é muito mais proporcional se atingir o patrimônio do agente – e, especialmente, se ocorrer a responsabilização direta da pessoa jurídica [48]. Mesmo a administrativização, em certas condutas, é apoiada por Correia, por este julgar que isto diminuiria a "hipertrofia" da legislação penal, considerada cada vez mais como única medida de salvação, tanto em nível de prevenção geral quanto especial, e evitaria a "insuportável massificação das sentenças" de tribunais ordinários, incompetentes para tratar de questões que seriam meramente administrativas [49].

Juan Bustos Ramírez defende a administrativização das sanções criminais relativas à criminalidade econômica, tendo como fundamento para sua argumentação o interesse da sociedade. Para o autor, interessa à sociedade que o criminoso tributário pague os seus tributos, que a prática que tenha atentado contra a livre concorrência restaure as condições do mercado

[46] "Se a hipertrofia do direito criminal está, assim, ligada – com vista a salvaguardar as garantias dos particulares – à criminalização das contravenções e das reacções que visam tutelar a promoção de certas finalidades sociais, não há dúvida, por outro lado, que a legislação penal clássica estava já sobrecarregada com a proteção de interesses, que melhor se realizaria [...] mediante uma adequada política social, ou com a descrição de tipos de crimes, fruto de um dogmatismo moral ultrapassado, como é o caso de certos delitos sexuais, contra a família, etc." (CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de mera ordenação social, p. 260)

[47] Sobre a influência da administrativização das penas no sistema jurídico-penal alemão, ver: COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. Direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 1994, n. 04.

[48] CORREIA, Eduardo. Direito Penal e direito de mera ordenação social, p. 279.

[49] Ibid., p. 271-272.

e volte a atender os consumidores da melhor maneira possível, e assim por diante. Se o Direito Penal não oferece estas possibilidades de forma clara, em função da prevalência do interesse social, deve-se recorrer a outros métodos de sanção que tragam maior efetividade à sociedade [50].

Para um maior controle social em relação aos delitos econômicos, Ramírez enfatiza a obrigatoriedade da existência de mecanismos formais de controle, em âmbito administrativo, que sejam responsáveis pela imposição das multas e demais medidas – tanto preventivas quanto repressivas. Herman Mannheim, por sua vez, pondera que a substituição das sanções penais por administrativas deve ser objeto de profunda reflexão, limitando-se aos casos em que as sanções administrativas ofereçam "vantagens" em relação às sanções criminais[51]. Entendemos por estas "vantagens" a prevalência do interesse público sobre o particular, como, por exemplo, no caso de possível desfazimento de concentração de ações ou de regularização de mercados antes concentrados.

7. Conclusões possíveis

Em suma, no que concerne aos delitos econômicos, a administrativização das sanções criminais é perfeitamente possível e deve ser incentivada entre os componentes das instâncias formais de controle[52], desde que seja proporcional à conduta praticada e que siga critérios coerentes de Política Criminal[53].

Considerando-se os aspectos mais atuais da macrocriminalidade, percebe-se que a discussão sobre os paradigmas criminológicos críticos pode colaborar para a imposição de políticas criminais condizentes com a complexidade dos bens jurídicos tutelados. O que se percebe é que não há o que José Luíz Díez Ripollés chama de "racionalidade legislativa"[54]. Para a Política Criminal, parece ser um grande desafio a identificação dos movimentos de regulação e análise em torno da expansão do controle penal. O Direito Penal, por seu turno,

[50] "Logo, se o Direito Penal e o Processo Penal podem desembocar em que algo esteja mais além do Direito Penal ou em algo melhor que este, como dizia Radbruch, e que resolva a danosidade social do delito, aparece como o caminho mais adequado a seguir." (RAMÍREZ, op. cit., p. 13)

[51] MANNHEIM, op. cit., p. 739.

[52] "Assim, a multa, [...], o confisco, a admoestação, devem ser providências comuns que alcancem não somente as pessoas singulares, mas também as pessoas jurídicas, admitida a sua capacidade penal em relação às contravenções penais." (DOTTI, op. cit., p. 151)

[53] Como dispõe acertadamente CORREIA, Eduardo, **Direito criminal**, p. 34.

[54] RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada.** Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2007.

diante das lacunas legislativas e da assessoriedade em assuntos relacionados à criminalidade, necessita de interpretações dos Tribunais a respeito da aplicação de um ou outro dispositivo, necessitando de segurança jurídica e uma tentativa de imunidade institucional às instabilidades políticas.

Importante refletir, nos contextos de controle da macrocriminalidade, a respeito de uma maior análise sobre os novos deveres de prevenção, especialmente em relação às medidas do compliance, os *standards* de definição de risco[55] e a adaptação dos sistemas de compliance aos controles financeiros.

Para uma conclusão deste levantamento bibliográfico e a abertura para novas agendas de pesquisa, é importante refletir sobre a macrocriminalidade como superestrutura, que indica, mantém e reproduz punitividades seletivas e diversas, sem perder de vista o alerta mais recente de Eugenio Raúl Zaffaroni[56], de que a busca pela resposta penal à danosidade social seria apenas a "ponta do iceberg" para a discussão sobre os interesses do totalitarismo financeiro. Tenhamos consciência das limitações do sistema de justiça criminal, de suas seletividades e opções político-institucionais. Sigamos alertas.

8. Referências

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral da ciência penal. **Revista de Direito Penal.** Rio de Janeiro, 1981, n. 31.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 122, 2016, p. 359-390.

[55] "[...] o *compliance* guarda íntima relação com o ideário de prevenção, pois a partir dele, empresas se organizam a fim de instituir um sistema de prevenção de responsabilidade, bem como de cumprimento da legislação" SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal – Revisão téorica e esboço de uma delimitação conceitual. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro.** Belo Horizonte: D´Plácido, 2018, p. 705-719.

[56] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica:** criminologia crítica em tempos de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 83-85.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A ilusória democratização do (pelo) controle penal. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. **Construindo as Criminologias Críticas:** a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 289-321.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social.** Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 67-68.

CASTRO, Lola Aniyar de. Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina. **Revista de Direito Penal.** Rio de Janeiro, v. 25, 1979, p. 89-102.

CERVÍNI, Raúl. Macrocriminalidad Económica: apuntes para uma aproximación metodológica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, 1995. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais – Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 768. Tradução livre.

CORDEIRO, Pedro Ivo Velloso. A prisão provisória em crimes de colarinho branco: redução da desigualdade do sistema penal? Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2013.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1968, v. I, p. 288.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. Direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 1994, n. 04.

DOTTI, René Ariel. O Direito Penal Econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** Rio de Janeiro, n. 33, 1982, p. 143.

FERREIRA, Carolina Costa. Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais do Brasil. Brasília: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7241/1/2010_CarolinaCostaFerreira.pdf Acesso em 26 set. 2021.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 37.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal allemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet & C, t. I, p. 93.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da Criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre, n. 70, p. 133-174, 2019.

MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito penal espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.2, 1993, p. 28.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico. **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre, v.4, n.2, p. 06.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada.** Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2007.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. São Paulo: Dialética, 2001.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal – Revisão téorica e esboço de uma delimitação conceitual. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro.** Belo Horizonte: D´Plácido, 2018, p. 705-719.

SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. **Fascículos de ciências penais.** Porto Alegre, v.4, n.2, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. Rio de Janeiro, n. 33, 1982.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco:** versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan/ ICC, 2015.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica.** Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica:** criminologia crítica em tempos de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

Lavagem de dinheiro e meio ambiente: o recente alerta do GAFI

Claudia Cristina Barrilari[1]

Resumo: Discorre-se sobre a possibilidade de se reforçar as medidas de prevenção que devem ser adotadas em relação à lavagem de dinheiro por meio dos crimes ambientais. Para tanto os órgãos regulatórios devem procurar instituir deveres administrativos específicos dirigidos às pessoas sensíveis, ampliando o leque de estratégias que possam identificar e minimizar os riscos de lavagem nos crimes ambientais, contribuindo para a efetividade da política de responsabilidade para a diminuição do risco socioambiental, no que se refere ao sistema financeiro.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – crime ambiental – Regulação do GAFI - cooperação privada – medidas administrativas.

Abstract: The possibility of strengthening the prevention measures that should be adopted in relation to money laundering through environmental crimes is discussed. To this end, regulatory bodies should seek to institute specific administrative duties directed at politically exposed persons, expanding the range of strategies that can identify and minimize the risks of laundering in environmental crimes, contributing to the effectiveness of the liability policy to reduce social and environmental risk, in the which refers to the financial system.

Keywords: Money laundering – environmental crime – FATF regulation – private cooperation – administrative measures.

1. Introdução

Muitas são as questões que se colocam em relação à chamada nova criminalidade, dando-se destaque aos crimes econômicos e, por consequência, à especial tutela dos bens

[1] Doutora em Direito Penal pela USP, mestra em Direito Penal pela PUC/SP, advogada criminal e professora universitária.

jurídicos difusos ou supraindividuais.[1] A cada ponto sensível que se descortina no panorama global há uma reação normativa como resposta. Ao lado do protagonismo do modelo econômico capitalista no cenário internacional como vetor, verificou-se a expansão da política criminal. Paradoxo identificado por Mir Puig quando associa a estratégia econômica de mínima intervenção do Estado, marco do neoliberalismo, com a intervenção cada vez mais intensa na luta do Estado contra a criminalidade econômica. [2]

De outra parte, a globalização eliminou as fronteiras entre os países contribuindo para a expansão da criminalidade no contexto internacional. Ao lado da criminalidade tradicional, de cunho eminentemente individual, essa nova criminalidade passa a exigir novas estratégias, ao que reage a comunidade internacional com normativas e instrumentos de *soft law*, com tentativa de frear a expansão da atividade criminosa. Nesse contexto, o combate à lavagem de dinheiro assume notável protagonismo, entre outros fatores, por sua natureza parasitária a um crime antecedente. Na sintética definição de Blanco Cordero, a lavagem é processo pelo qual bens de origem ilícita se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos licitamente.[3] Não sem razão, a estratégia regulatória que gravita em torno à lavagem de dinheiro tem por objeto identificar as possíveis situações de atividades ilícitas que a antecedem como forma de prevenção à prática delituosa.

Nesse passo, se é possível apontar ondas de atividades que, ao longo do tempo, se relacionaram de forma mais intensa com a lavagem de dinheiro (drogas, crime organizado, corrupção) denota-se, recentemente, a relação entre os crimes ambientais e a lavagem por conta de uma série de fatores que foram destacados no relatório do GAFI de junho de 2021[4], com a intenção de despertar a comunidade mundial, os atores econômicos e os órgãos regulatórios para a necessidade de estratégias que possam identificar e minimizar os riscos de lavagem nos crimes ambientais.

O ordenamento brasileiro dá mostras de que está em sintonia com os principais instrumentos de cooperação internacional voltados a identificar os setores sensíveis e as zonas

---

[1] Sobre o tema, ver por todos SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, RT, 2003.

[2] MIR PUIG, Santiago. Constitución, derecho penal y globalización. In*: Nuevas tendencias en política criminal*. MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir.) Madrid: Editorial Reus, 2006, p. 120.

[3] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Pamplona: Arazandi, 1997, p. 101.

[4] Cf. FATF (2021), Money Laundering from Environmental Crimes, FATF, Paris, France. https://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/money-laundering-environmental-crime.htm

de maior exposição na atividade econômica à lavagem de dinheiro. Entretanto, se em relação ao setor financeiro essa sintonia é mais aparente, nota-se a ausência do mesmo esforço por parte das autoridades regulatórias quando se trata das condutas tipificadas no âmbito da tutela ambiental. É de se estranhar que justamente o Brasil, no centro das atenções globais em função do desmatamento da Amazônia, não concentre sua atividade regulatória em prol do cumprimento de uma ampla agenda ambiental.

Soma-se a esse fato a importância das estratégias de prevenção. A resposta do regulador brasileiro a esse relatório do GAFI em muito contribuirá para se identificar a postura concreta do governo com o compromisso assumido pelo Presidente da República, na Cúpula de Líderes Climáticos, em abril de 2021, de zerar o desmatamento ilegal até 2030.[5]

Por outro lado, não obstante a ausência de disposições normativas dos entes regulatórios situando os crimes ambientais como zonas sensíveis da lavagem de dinheiro, na esteira das recomendações recentes do GAFI, parece possível defender que a natureza da responsabilidade dos entes privados possa acarretar ao setor financeiro o compromisso de maior diligência com os ativos provenientes de crimes ambientais.

2. As medidas administrativas preventivas: cooperação privada ao combate à lavagem de dinheiro.

A tipificação e as formas de combate à lavagem de dinheiro fazem parte dos esforços da comunidade internacional para coibir a criminalidade transnacional. O desenvolvimento em ondas da criminalidade transnacional acarretou respostas por parte dos organismos internacionais em momentos distintos. A Convenção de Viena sobre Drogas de 1988 pode ser considerada a "convenção mãe" como aduz Ambos.[6] Na sequência, outras convenções trazem novas disposições sobre a matéria, como a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida.

[5] Cf. Valor Econômico, 23/04/2021, A3. https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/04/23/promessas-agradam-mas-credibilidade-e-ameaca.ghtml (acesso 25/09/21)

[6] Cf. AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 17. Para Pitombo "A criminalidade organizada acumulou muito capital, de modo particular com o narcotráfico, o qual teve o condão de internacionalizar as operações ilegais, aproximando conhecidas organizações criminosas. Não escapou à observação a crescente ampliação das relações entre crime organizado e Estado, nem mesmo o fato de os contemporâneos desenvolvimento tecnológico e globalização – em especial do sistema financeiro – terem contribuído para a inserção do dinheiro, produto de crime, na economia legítima. (...) Não é sem motivos que documentos internacionais fazem alusão às más consequências oriundas da lavagem de dinheiro, à economia de vários países e ao sistema financeiro mundial." PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: ed. RT, 2003, p. 79.

Soma-se a isso a criação de uma organização internacional para promover políticas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, o GAFI, Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo.

Foge do objetivo do presente texto a análise do crime de lavagem de dinheiro.[7] Destaca-se, sem embargo, além do processo de internacionalização, o foco na tutela preventiva como política inicialmente proposta para o tráfico de drogas, conforme previsto na citada Convenção de Viena de 1988. Em um segundo momento relacionada com o combate ao crime organizado, na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, a Convenção de Palermo, onde se prevê medidas de regulação e controles de bancos e demais instituições sensíveis à lavagem de dinheiro com o objetivo de identificar os clientes e as operações suspeitas praticadas. Por último, a Convenção de Mérida de 2003, com o objetivo específico de combate à corrupção, impondo aos Estados, em relação à lavagem de dinheiro, a instituição de rígidos controles administrativos sobre os setores sensíveis, instituições financeiras e não financeiras usadas para a lavagem de dinheiro. [8] Por fim, o esforço global para a repressão da lavagem de dinheiro se completa com a criação do GAFI, Grupo de Ação Financeira, em 1990 e de suas recomendações, além do constante estudo e monitoramento das áreas sensíveis desde então, com propostas e recomendações para o combate cada vez mais efetivo por parte dos Estados e das pessoas privadas mais expostas a riscos para a prevenção à lavagem de dinheiro. Nesse contexto, pode-se afirmar que o último relatório do GAFI expõe os crimes ambientais como um possível novo campo de maior exposição a exigir medidas regulatórias concretas.[9]

---

[7] Sobre o tema ver: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Op. cit*. BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. DI CARLI, Carla Veríssimo; MENDONÇA, Andrey Borges de (*et al*.) *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

[8] Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*..., pp. 30-31.

[9] Dentre as recomendações do GAFI está a exortação para a criação de unidades de inteligência financeira. Entre nós, o COAF, Conselho de Controle das Atividades Financeiras, cumpre essa determinação. Criado pela lei 9613/98, a Lei de Lavagem de Dinheiro, o COAF integra o Ministério da Economia e exerce atividade administrativa de inteligência.

"A Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020, reestruturou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), criado pela Lei nº 9.6134, de 3 de março de 1998, vinculando-o administrativamente ao Banco Central do Brasil. As competências do Coaf não foram alteradas. O Brasil é membro do Gafi, além de ser signatário de convenções das Nações Unidas que envolvem o tema Prevenção à Lavagem de Dinheiro. Na condição de membro pleno do Gafi, o Brasil assumiu o compromisso de seguir e implementar suas Quarenta Recomendações, dentre elas a Recomendação 29, que dispõe sobre a obrigatoriedade da existência de uma UIF com jurisdição nacional e com autonomia operacional. O Brasil integra também o Grupo de Ação Financeira da América Latina contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafilat), organismo regional

É sabido que as normativas internacionais defenderam que o combate à lavagem de dinheiro fosse integrado por medidas de prevenção dirigidos a entidades privadas e pessoas que desempenhem atividades mais sensíveis ao risco de lavagem de dinheiro. A cooperação privada para o combate ao crime acarreta determinadas obrigações que constituem o núcleo da *compliance* na lavagem de dinheiro. Os programas de *compliance* em relação à lavagem de dinheiro são responsáveis pela instituição de deveres de identificação de seus clientes, de manutenção de cadastro atualizado, incluindo o registro de todas as transações, além do dever de adoção de políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com o negócio, com a finalidade de assegurar o controle preventivo de ilegalidades.[10]

O dever de controle dos riscos da atividade já é próprio da responsabilidade civil pelo desempenho da atividade, como previsto no art. 927 do Código Civil. Fenômeno mais recente é a assunção de deveres em âmbito penal sob pena de responsabilização em seara administrativa ou penal. A dificuldade em identificar os setores mais sensíveis à lavagem exige constante esforço tanto das empresas quanto dos órgãos reguladores na evolução dos processos de controle. Badaró e Bottini apontam com muita clareza esse aspecto. "A rigidez dos controles impostos em determinados setores levaram à transposição das atividades de lavagem de dinheiro para outros, menos fiscalizados. Para um controle mais efetivo, ampliou-se o leque de regras administrativas, que passaram a abranger esses novos setores. No futuro, é possível que mais uma vez os atos de reciclagem deixem tais searas e sejam realizados em outros campos ainda não fiscalizados, cuja regulação será necessária. As contínuas mutações no marco legal

do Gafi com forte atuação, composto por 17 países. O Coaf, a UIF brasileira, atua como coordenador nacional junto ao Gafi e Gafilat e também faz parte do Grupo de Egmont. O artigo 2º da Lei nº 13.974, de 2020 dispõe que o Coaf possui autonomia técnica e operacional e atuação em todo o território nacional. O Coaf é constituído no modelo administrativo. Em outras palavras, a UIF realiza trabalhos de inteligência financeira, não sendo de sua competência, por exemplo, realizar investigações, bloquear valores, deter pessoas, realizar interrogatórios e outras atividades dessa natureza". https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/o-que-faz-o-coaf-versao-20200124.pdf/@@download/file/O%20que%20faz%20o%20Coaf%20-%20Vers%C3%A3o%202020-12-30%20publica%C3%A7%C3%A3o%20atualizada.pdf (acesso em 22/9/21)

[10] Acerca dos programas de *compliance* em relação à lavagem de dinheiro, Jennifer Badaró é precisa ao apontar que "no caso da Lei 9613/98, a implementação de um setor de *compliance* tem como objetivo cumprir de forma regular as medidas impostas pelo legislador na prevenção da lavagem de dinheiro. Sua característica principal é atuar de forma preventiva, fiscalizando se estão sendo atendidas as nomas legais e regulamentares, conscientizando os dirigentes e demais empregados sobre o que é permitido e o que é vedado e, principalmente, sobre como identificar operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Trata-se, principalmente, de obrigações administrativas, mas que englobam, também, deveres com implicações no âmbito penal." Cf. BADARÓ, Jennifer Falk, *op. cit.*, p. 134.

do combate à lavagem de dinheiro serão sempre pautadas por esse movimento de progressiva ampliação das esferas de reciclagem, das entidades obrigadas e dos âmbitos afetados".[11]

É o que parece ter sido identificado na análise do citado Relatório do GAFI. Há uma relação em cadeia entre os crimes ambientais e a lavagem de dinheiro que não está sendo considerada pelas normativas dos países quando se trata de estabelecer as estratégias regulatórias de análise de risco. A maioria dos países não considerou os riscos de lavagem de dinheiro representados por crimes ambientais em suas avaliações de risco nacionais, incluindo aqueles que ocorrem no exterior.

O GAFI identificou que o crime ambiental constitui a nova frente de ganho fácil para o crime organizado, propiciado não só pela grande diversidade de atividades, como a extração ilegal de minérios, comércio de silvícola e desmatamento ilegal, como também pela ausência de uma regulação efetiva que identifique e relacione os crimes ambientais com a lavagem de dinheiro. De fato, uma das finalidades das medidas de *compliance* propostas no âmbito da lavagem de dinheiro é antever as situações de maior exposição à risco, de modo a impedir ou dificultar a utilização do sistema financeiro para a 'reciclagem' do capital adquirido por meio ilícito.

Em consequência, é de se esperar o desenvolvimento de uma agenda específica voltada para a identificação das atividades sujeitas a riscos de crimes ambientais como antecedente da lavagem de ativos. Essa nova imposição de obrigações ao setor privado, assim como ocorre com as demais obrigações de *compliance* impostas aos setores sensíveis ao risco de lavagem de dinheiro, devem ser observadas sob pena de, diante do incumprimento, sujeitarem-se a severas sanções administrativas.

3. A ineficácia das estratégias de responsabilidade socioambiental.

Dispõe a Constituição da República que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (CR, artigo 225, caput). Ademais, a ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, entre seus princípios, a defesa do meio ambiente. Como se nota, a Constituição dá subsídio ao princípio do

[11] Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, o*p. cit.*, p. 39.

desenvolvimento sustentável, que representa o fiel da balança diante de eventual conflito entre o meio ambiente e a economia, como destacado pela jurisprudência.[12]

Os Estados têm procurado controlar os comportamentos empresariais danosos ao meio ambiente por meio de regulações administrativas e penais. Há, por outro lado, um estímulo para a adoção de medidas em âmbito privado que passam pela responsabilidade social da empresa e pelas novas estratégias de governança corporativa que alinham investimento e sustentabilidade. Há, nessas estratégias, certa transferência das pautas ambientais para o ambiente privado.

À parte o protagonismo das empresas, os marcos regulatórios também precisam acompanhar a urgência de respostas melhores e eficazes, até porque a magnitude dessas questões não deve apenas se restringir ao campo do cumprimento voluntário, mas deve ser uma questão de norma juridicamente executável.

[12] Precedente: ADI 3540-1-MC, STF reconhece que o art. 225 envolve direitos fundamentais. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005)

Entretanto, notadamente nos dias atuais, nos quais avultam as consequências da instabilidade climática não obstante o alerta da comunidade científica de que a sociedade global está ameaçada pelos graves danos causados ao meio ambiente, falta efetividade às políticas ambientais no Brasil.

Apesar da proteção constitucional e da tutela em âmbito penal, civil e administrativo, o que se nota é a desarticulação dos órgãos de proteção, política inclusive assumida pelo Governo atual. Essa preocupação, a *prima facie*, torna-se ainda mais relevante diante da sabida deficiente estrutura regulatória de controle da criminalidade ambiental.

Do ponto de vista criminológico, parece haver um espaço "a descoberto" no qual as principais suspeitas de crimes ambientais, principalmente aqueles que se relacionam à extração ilegal de madeiras, ficam de fora da estrutura regulatória dirigida a identificar uma zona de risco ou de vulnerabilidade à prática da lavagem de ativos.

No estrito âmbito do controle social do comportamento empresarial danoso, por sua vez, percebe-se o déficit no equilíbrio necessário entre prevenção e repressão, destacadamente no que se refere às novas estratégias de controle da criminalidade econômica. A colaboração do setor privado nessa interface com o Estado na prevenção de condutas desconformes é realidade presente. Nesse passo, integra também esse contexto, o estímulo por parte de organismos supranacionais cujo sentido é alinhar a tutela daquelas figuras típicas que têm, entre outras características, o fato de não se restringirem às barreiras estatais.

Pelas operações realizadas pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal nos últimos anos, nota-se que a atividade delituosa em torno dos crimes de grilagem de terra e de extração ilegal de madeira na Região Norte do país vem sendo praticada por meio de organizações criminosas, inclusive com a falsificação de autorizações do Ibama. São fatos que comprovam o alerta do Relatório do GAFI, e, inclusive, despertam a atenção para a necessidade de se pensar em estratégias preventivas que alcancem a comercialização do produto. Em 2019 por exemplo, a Operação Karipuna foi deflagrada com o objetivo de desarticular organizações criminosas instaladas na região da Terra indígena Karipuna, em Rondônia. Nos últimos anos, a região vem sofrendo com intensa atuação criminosa de madeireiros e grileiros, sendo constatado que 11 mil hectares já foram devastados em razão da atuação dos invasores. [13]

[13] "Nesta investigação restou demonstrado que um grupo se utilizava de uma associação e uma empresa de georreferenciamento para iludir supostos compradores de lotes no interior da TI KARIPUNA, com a falsa promessa de regularização dos terrenos junto aos órgãos responsáveis. Os investigados responderão, na medida de sua participação, pelos crimes de estelionato (art. 171, CP), incitação ao crime (art. 286, CP), invasão de

Outra operação de destaque é a Operação Arquimedes que resultou na apreensão de milhares de metros cúbicos de madeira ilegal de mais de 60 empresas em portos de Manaus e no cumprimento de mandados de prisão temporária e preventiva de dezenas de pessoas. As investigações, realizadas pelo Ministério Público Federal em conjunto com a Polícia Federal, identificaram negócios criminosos em torno da concessão e fiscalização de planos de manejo florestal no Estado do Amazonas, com a participação de servidores públicos do Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (Ipaam), madeireiros, empresários e engenheiros florestais, entre outros.[14]

terras da União (art. 20, Lei nº 4.947/66), desmatamento ilegal (art. 50-A, Lei nº 9.605/98), bem como constituição e participação em organização criminosa (art. 2º, Lei nº 12.850/13), podendo ser condenados a penas superiores a 21 (vinte e um) anos de reclusão. Na segunda operação, na qual se investiga esquema ilegal de obtenção de créditos virtuais para a comercialização de madeira extraída da TI KARIPUNA através do SISDOF, sistema de emissão de documento de origem florestal, estão sendo cumpridos 06 mandados de prisão preventiva e 21 mandados de busca e apreensão. Dentre as diversas falsidades apuradas, constatou-se a sub-exploração dos Planos de Manejo, em especial aqueles homologados nas divisas de Terras Indígenas e de Unidades de Conservação, ou muito próximos a elas, a exemplo da TI KARIPUNAS.
Simplificadamente, as fraudes no Sistema DOF têm por objetivo principal "esquentar" créditos de produtos florestais, situação lhe dará o aspecto de regularidade, muito embora se tenha comprovado que as madeiras comercializadas tenham sido retiradas ilegalmente do interior da TI KARIPUNA, mediante a inserção de dados falsos no sistema do IBAMA. Durante esta investigação, a Polícia Federal identificou a prática dos crimes de furto ilegal de madeira (art. 155, § 4º, CP), estelionato (art. 171, CP), receptação (art. 180, CP), falsificação e uso de documento falso (art. 297, 299, 304 e 307, CP), diversos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), além da constituição de organização criminosa (Lei nº 12.850/13), cujas penas máximas ultrapassam 60 (sessenta) anos de prisão. No total, serão cumpridos 15 mandados de prisão e 34 de busca e apreensão, em ao menos quatro municípios de RO e um do MS, expedidos pela 5ª Vara da Justiça Federal de Porto Velho/RO. As medida investigativas e judiciais também tem como objetivo coibir a continuidade do loteamento e desmatamento da TI, procedendo a prisão de grileiros e madeireiros ilegais, a apreensão e destruição (quando necessário) de máquinas e equipamentos que operem ilegalmente na reserva indígena, além da fiscalização de estoques madeireiros dos estabelecimentos comerciais, neutralização da rede de comunicações clandestina da ORCRIM e a realização de levantamentos periciais para determinar loteamentos irregulares e outros eventuais crimes ambientais ali flagrados.” https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2019/operacao-sos-karipuna-investiga-organizacoes-criminosas-que-atuavam-em-terra-indigena-em-rondonia (acesso em 23/9/21)

[14] O sócio e administrador de uma empresa de comércio de madeiras foi condenado pela inserção de informações falsas no sistema de controle produto florestal (sistema DOF) e, com isso, recebeu créditos indevidos de madeira em tora de espécies diversas. “Durante as investigações, o MPF constatou que os créditos eram utilizados para acobertar madeira extraída ilegalmente em áreas não autorizadas, introduzindo no mercado mais de 1,1 mil metros cúbicos de produtos florestais de origem criminosa como se fossem legalizados, equivalente a cerca de 40 caminhões carregados. Fiscalizações do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e do Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (Ipaam) mostraram que a movimentação de madeira registrada no sistema DOF era incompatível e fictícia, e gerava créditos expressivamente superiores àqueles decorrentes da efetiva exploração do plano de manejo. Diálogos interceptados com autorização judicial durante as investigações também reforçam a forma de atuação do denunciado, no sentido de acobertar atuações ilícitas na atividade madeireira. Na decisão, a Justiça Federal considerou que a prática denunciada pelo MPF se encaixa na conduta descrita no artigo 1º da Lei 9.613/98, que trata de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, "tendo em vista que bens (produtos florestais) e direitos (créditos florestais) tiveram sua origem, disposição e movimentação ocultadas e dissimuladas, enquanto provenientes de crimes ambientais - extração, comercialização e movimentação não

A extração ilegal de madeiras na Amazônia tem por finalidade o comércio dado o alto valor do produto no mercado interno e internacional. As complexidades da atividade de comércio, como o volume dos fluxos, várias transações e o financiamento comercial, são frequentemente usadas em combinação com outras técnicas de lavagem de dinheiro para obscurecer ainda mais a trilha de dinheiro.[15]

Esses dados reforçam a necessidade de que o sistema financeiro procure medidas que sejam eficazes para prevenir a lavagem de dinheiro dos ativos decorrentes dos crimes ambientais, principalmente quando diante da necessidade de adequação à política socioambiental, na linha das demandas propostas pela comunidade internacional e que são objeto das diretrizes políticas regulatórias entre nós.

É de se destacar que o Banco Central, órgão fiscalizador e regulador das instituições financeiras, aprimorou a regulamentação do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro com a publicação da Circular 3.978, de 23 de janeiro de 2020. A circular, em sintonia com as recomendações do GAFI, tem por meta aumentar a eficiência e a efetividade das políticas de controle, por meio da abordagem com base no risco, o que representa uma significativa mudança de foco nos processos de identificação. Há destaque para a avaliação interna do risco de impacto socioambiental entre outros, devendo as instituições reguladas considerar, para a avaliação do perfil do risco, o modelo de negócio e a área geográfica de atuação (art. 10 Circular 3978/20). A análise do impacto socioambiental é objeto da Política de Responsabilidade Socioambiental que deve ser implementada pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, nos termos da Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. [16]

licenciada de bens florestais". http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/operacao-arquimedes-justica-condena-empresario-por-lavagem-de-madeira-em-esquema-de-extracao-ilegal-na-amazonia (acesso em 23/9/21)

[15] Inclusive o GAFI tem um documento específico para boas práticas sobre lavagem de dinheiro com base no comércio e financiamento do terrorismo para aumentar a conscientização e melhorar a capacidade das autoridades governamentais de coletar e utilizar efetivamente os dados de comércio, tanto nacional quanto internacionalmente, para fins de detecção e investigação de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo através do comércio internacional. O mau uso do sistema de comércio é um dos principais métodos pelos quais organizações criminosas e financiadores do terrorismo movimentam dinheiro com o objetivo de disfarçar suas origens e integrá-lo à economia formal.
https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/bestpracticesontradebasedmoneylaundering.html (acesso em 23/9/21)

[16] Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre as diretrizes que, considerados os princípios de relevância e proporcionalidade, devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de

Contudo, a Carta-Circular do BACEN nº 4001 DE 29/01/2020[17], ao indicar uma extensa lista de operações e situações passíveis de configurar o crime de lavagem de dinheiro, tangencia os crimes ambientais em apenas um aspecto quando trata, em seu art. 1º, XVII, das situações relacionadas com operações realizadas em municípios localizados em regiões de risco, a saber: a) operação atípica em municípios localizados em regiões de fronteira; b) operação atípica em municípios localizados em regiões de extração mineral; c) operação atípica em municípios localizados em outras regiões de risco.

4. Estruturas regulatórias e Sustentabilidade

Para Saad-Diniz e Giannenchini o Ministério Público Federal pode garantir conformidade com as políticas e regras ambientais através da supervisão das cadeias de

Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. Para fins do estabelecimento e da implementação da PRSA, as instituições referidas no caput devem observar os seguintes princípios:

I - relevância: o grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações da instituição;

II - proporcionalidade: a compatibilidade da PRSA com a natureza da instituição e com a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros.

Art. 2º A PRSA deve conter princípios e diretrizes que norteiem as ações de natureza socioambiental nos negócios e na relação com as partes interessadas.

§ 1º Para fins do disposto no caput, são partes interessadas os clientes e usuários dos produtos e serviços oferecidos pela instituição, a comunidade interna à sua organização e as demais pessoas que, conforme avaliação da instituição, sejam impactadas por suas atividades.

§ 2º A PRSA deve estabelecer diretrizes sobre as ações estratégicas relacionadas à sua governança, inclusive para fins do gerenciamento do risco socioambiental.

§ 3º As instituições mencionadas no art. 1º devem estimular a participação de partes interessadas no processo de elaboração da política a ser estabelecida.

§ 4º Admite-se a instituição de uma PRSA por:

I - conglomerado financeiro; e

II - sistema cooperativo de crédito, inclusive a cooperativa central de crédito, e, quando houver, a sua confederação e banco cooperativo.

[17] CARTA CIRCULAR Nº 4.001, DE 29 DE JANEIRO DE 2020 - Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de finA006Eciamento ao terrorismo, previstos na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Art. 1º As operações ou as situações descritas a seguir exemplificam a ocorrência de indícios de suspeita para fins dos procedimentos de monitoramento e seleção previstos na Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020:
XVII - Situações relacionadas com operações realizadas em municípios localizados em regiões de risco: a) operação atípica em municípios localizados em regiões de fronteira; b) operação atípica em municípios localizados em regiões de extração mineral; c) operação atípica em municípios localizados em outras regiões de risco. (...)

§ 2º. Os procedimentos referidos no § 1º devem considerar todas as informações disponíveis, inclusive aquelas obtidas por meio dos procedimentos destinados a conhecer clientes, funcionários, parceiros e prestadores de serviços terceirizados.

abastecimento. Essa proposta parece vir ao encontro das políticas regulatórias europeias. Segundo os autores, o alinhamento do Ministério Público com organizações da sociedade civil permitiria a prática de mecanismos para avaliar as questões ambientais relevantes, além da construção de um quadro de evidências para avaliar o impacto regulatório, o monitoramento institucional e a proteção do meio ambiente.[18]

A Europa está assumindo um papel de destaque no processo de internacionalização do direito ambiental pelos compromissos internacionais assumidos e pela adoção de instrumentos vinculantes aos Estados partes.

A desregulamentação em curso no Brasil no que se refere à política ambiental vai na contramão dos movimentos em curso no cenário externo, não apenas dirigidas ao setor financeiro, como esse destacado no recente relatório do GAFI, como também nas diretivas mais recentes da Comunidade Europeia, que vêm se notabilizando pelo esforço na proposição de medidas como a *due diligence*, integrada aos sistemas de gestão de riscos da empresa, atenção especial à cadeia de suprimento, planos de vigilância específicos, relatórios de informação das medidas adotadas etc. Recentemente, o Parlamento Europeu, no relatório 2027/2020 "Liability of companies for environmental damage"[19], exortou os Estados a implementarem políticas regulatórias para as empresas de identificação, prevenção e responsabilização por violações dos direitos humanos, estimulando a adoção da governança corporativa sustentável e responsável como um importante elemento da política econômica europeia.

Como se nota, há, por todos os ângulos, um esforço em se pensar em estratégias que possam impactar as políticas ambientais. Seja pelo prisma de se considerar as graves violações ao meio ambiente como integrada aos direitos humanos, ou pela iniciativa do mercado de assumir a política ambiental, de governança e responsabilidade social (políticas ESG, na sigla

---

[18] Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo; GIANNECCHINI, João Victor Palermo. Taking the Regulatory Crisis in the Amazon Seriously. The Regulatory Review. Jul 20, 2021. https://www.theregreview.org/2021/07/20/gianecchni-saad-diniz-taking-regulatory-crisis-in-amazon-seriously/ (acesso em 23/9/21)

A propósito, a preocupação com a cadeia de suprimento é expressa no Relatório do GAFI "Few countries have conducted ML risk assessments to consider their position in the global environmental crime supply chain, and therefore it is not easy to paint an accurate picture of the scale of criminal markets. The size and sophistication across all three crimes included in this report may vary from individual criminals or companies, to sophisticated and well-integrated global criminal enterprises. Most of the proceeds, particularly with illegal mining and illegal logging, are believed to eventually find their way into the international financial system." Money Laundering from Environmental Crimes, cit., p. 12.

[19] Cf. https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/2027(INI)&l=en (acesso em 24/09/21).

em inglês: *environment, social, governance*) como pauta de investimento na sustentabilidade, chama a atenção que os crimes ambientais possam ser considerados um novo risco de lavagem de dinheiro.

Como consequência, surge como nova demanda aos órgãos regulatórios, na esteira das recomendações do GAFI, a implementação de instrumentos eficazes para impedir a lavagem de dinheiro de crimes ambientais, contexto no qual a iniciativa privada assumiria mais uma tarefa na identificação, na análise dos riscos, na devida diligência, em medidas que vão atender políticas não apenas no âmbito de prevenção da lavagem de dinheiro, mas que vão ao encontro do cumprimento de outras, mais extensas, de adequação a agenda ambiental, demanda global urgente e necessária.

5. Referências Bibliográficas

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Pamplona: Arazandi, 1997.

DI CARLI, Carla Veríssimo; MENDONÇA, Andrey Borges de (*et al*.) *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

MIR PUIG, Santiago. Constitución, derecho penal y globalización. In*: Nuevas tendencias en política criminal*. MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir.) Madrid: Editorial Reus, 2006.

PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: ed. RT, 2003.

SAAD-DINIZ, Eduardo; GIANNECCHINI, João Victor Palermo. Taking the Regulatory Crisis in the Amazon Seriously. The Regulatory Review. Jul 20, 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, RT, 2003.

Observações sobre o princípio da legalidade[1]

Eduardo Viana[2]

Resumo: Este trabalho analisa os fundamentos e os quatro cânones do princípio da legalidade dentro do marco do direito penal. Para desenvolver esse propósito, são apresentados, inicialmente, os argumentos sobre a *ratio* do princípio da legalidade. Posteriormente, e com base nisso, são analisados os quatro mandados do princípio: *lex scripta; lex stricta; lex praevia* e *lex certa*. O objetivo principal é demonstrar a necessidade de se levar a sério a lei penal, que nos últimos anos vem sofrendo acentuado processo de erosão e perda de densidade.

Abstract: This paper analyzes the foundations and the four canons of the principle of legality within the framework of criminal law. To develop this purpose, the arguments about the reason for the principle of legality are initially presented. The main objective is to demonstrate the need to take criminal law seriously, which in recent years has been suffering a sharp process of erosion and loss of density.

1. Introdução

O princípio da legalidade acompanha o direito penal desde o momento em que esse assume o *status* de disciplina científica. A fórmula latina *nullum crimen sine lege*, criada por *Feuerbach*, um dos penalistas mais decisivos do século XIX, emana uma beleza científica caracterizada pela sua simplicidade e – simultaneamente – pelo seu conteúdo. Desde então – salvo os períodos mais agudos de ruptura, característicos de modelos de Estados totalitários – o princípio da legalidade segue em pleno vigor na dogmática penal.

[1] O autor agradece a Lucas Montenegro pelas sugestões e aprimoramentos da versão original.

[2] Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia e Universidade Estadual de Santa Cruz. Doutor em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Estágios doutorais realizados na Universität Augsburg e Pompeu et Fabra. Realizou investigação pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin.

É natural, entretanto, que o movimento pendular da evolução das ideias penais transporte consigo o perene estado de crise[1]. Mas, como em toda crise, há momentos mais ou menos agudos. No que diz respeito ao princípio da legalidade, experimentamos uma fase delicada. Por isso, utilizarei este breve espaço para retornar a algumas questões fundamentais. Essa seria, aparentemente, uma questão teórica desnecessária, afinal, impera no senso comum a impressão de que muito se sabe sobre o princípio. Uma breve menção à conhecida vedação à analogia é um bom exemplo para demonstrar o quanto o senso comum é equivocado: diz-se, quase irrefletidamente, que analogia *in malam partem* é proibida, ignorando-se a discussão que há sobre sua admissibilidade, ou não, nas causas de justificação[2]. Por outro lado, também se afirma que toda analogia *in bonan partem* é permitida e esquece-se, de igual modo, a discussão existente sobre a possível limitação da analogia em favor do acusado[3]. Os manuais de direito penal, que em tese teriam espaço para uma proveitosa discussão sobre o tema, limitam-se a reproduzir alguns *slogans* e a inventariar aquilo que é a manifestação da *práxis*[4]. Parafraseando *Naucke*, a consequência é evidente, a comunidade jurídica não demonstra muito respeito pela lei penal[5].

Esse cenário pode parecer bastante desalentador, mas há algo de paradoxal nesse desprezo pela legalidade. Todo momento de crise também traz algo positivo: ela serve para que possamos identificar o quanto estamos preparados para enfrentar o problema que se apresenta[6]. Com o princípio da legalidade não ocorre de outro modo. A esse respeito, parece-me proveitoso mencionar ao menos duas razões que justifiquem a elaboração deste trabalho. A primeira

---

[1] Confira-se, a propósito, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 13.

[2] ANDRADE, Manuel da Costa. *O princípio constitucional nullum crimen sine lege e a analogia no campo das causas de justificação*. *In*: Revista de Legislação e Jurisprudência, n. 3924 e 2925, 2001, p. 72 e ss.

[3] Sobre isso, cf. MONTIEL, Juan Pablo. *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2014.

[4] Com essa constatação em solo alemão, falando, inclusive, em situação deplorável da doutrina, cf. NAUCKE, Wolfgang. Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus. In Naucke, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999, p. 256. De acordo com a constatação, referindo-se adicionalmente à literatura em língua espanhola, cf. MONTIEL, Juan Pablo. Estructuras analíticas del principio de legalidad. In: InDret 1/2017, p. 1: "Más allá de la carga retórica de estas expresiones, el contenido del diagnóstico puede facilmente compartirse. En mi opinión, si echamos un vistazo a la literatura especializada aparecida en las últimas décadas en español y alemán, no parece advertirse ninguna exposición que supere...".

[5] NAUCKE, Wolfgang. *Die Aushöhlung…Op. cit.,* p. 257.

[6] Cf. MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal*. In: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020.

decorre da constatação, cada vez mais presente nas últimas décadas, do manejo de técnica legislativa à custa do princípio da legalidade e, como consequência disso, há incremento significativo de tipos penais cuja redação expressa a concretização mais evidente de desrespeito à legalidade[7]. Lamentavelmente, também é possível considerar que a jurisprudência vem contribuindo para acentuar esse cenário desconcertante[8].

A segunda boa razão para que se leve a sério a necessidade de discutir o princípio da legalidade com mais precisão e clareza está associada ao eixo temático central dessa nova e promissora revista: a criminalidade empresarial. Com algum nível de concessão, é possível afirmar que o nascimento e consolidação do pensamento científico no direito penal ocorreu entre os séculos XVIII-XIX. Por isso, não causa espanto que toda a arquitetura de teoria do delito foi pensada a partir de uma estrutura mínima, fortemente desenvolvida a partir de uma ação homicida: crime de ação doloso realizado por um único autor. A missão do Estado, portanto, residia na proteção do indivíduo e dos seus bens jurídicos. Dispor do direito penal como instrumento para a proteção da empresa, por exemplo, era algo desconhecido; a preocupação com lesão aos bens jurídicos coletivos estava nas mãos do direito administrativo[9]. Àquela altura, a vinculação do Estado à proteção do indivíduo não deixou espaço para a existência do direito penal empresarial. Entretanto, a partir do séc. XX, a empresa deixa de ser uma preocupação do direito administrativo e passa para as mãos do direito penal, a partir da massificação das sociedades industriais, da primeira guerra mundial e da organização empresarial no cenário geopolítico, sobretudo a partir da segunda metade do século. Transitamos da criminalidade de rua para (a complexa) criminalidade empresarial.[10] Em sua maioria, as normas de comportamento associadas à criminalidade dessa natureza, pela imposição fenomenológica, são elaboradas com generosa dose de indeterminação[11] (para

[7] Veja-se, por exemplo, o art. 147-B, incluído pela L. 14.188/21: "Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação".

[8] Mencione-se, para ficar com um exemplo, a decisão do STF na ADO26/DF, que claramente ignorou a vedação à analogia no direito penal. Sobre isso, GLEIZER, Orlandino; SOARES, Hugo; GRECO, Luís; VIANA, Eduardo. Não há crime sem lei anterior *ou decisão judicial* que o defina. A criminalização da homofobia pelo STF (ADO 26-DF), Madrid/São Paulo (a ser publicado em breve).

[9] BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2 Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 38, Rn. 32.

[10] Cf. AMBOS, Kai. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5 Aufl. München: Vahlen, 2017, p. 42 e ss.

[11] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. 3 ed. Coimbra: Gestlegal, 2019, t. I, p. 217; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 9.

mencionar um exemplo recolhido da nossa legislação, recorde-se o crime de gestão temerária, art. 4, L. XXXX)[12]. Naturalmente esse cenário de delinquência empresarial desafia a programação das (tradicionais) categorias do direito penal, entre as quais está, seguramente, o princípio da legalidade[13].

Com este pequeno texto pretendo uma singela contribuição para a dimensão positiva desse momento de crise, ao reconstruir brevemente a discussão em torno do princípio. Para isso, pretendo elaborar inicialmente uma rápida notícia sobre os fundamentos do princípio (*abaixo* 2); a seguir indicarei algumas linhas fundamentais sobre cada um dos quatro cânones derivados da legalidade (*abaixo* 3). O desenho metodológico para o desenvolvimento desses pontos será, naturalmente, de índole teórica, tomando-se por base a discussão travada em território alemão, por ter sido nesse país que a literatura se controverteu mais detalhadamente sobre o tema.

2. Sobre a *ratio* do princípio da legalidade.

Não poderia iniciar esta seção sem uma breve advertência. Não pretendo – nem o espaço o permite – discutir a fundo todas as questões que envolvem a identificação da *ratio* do princípio da legalidade. Parece-me proveitoso, entretanto, fornecer somente uma espécie de síntese da discussão, a qual é de fundamental importância para se compreender a substância do princípio. Advertência feita, podemos prosseguir.

"Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", assim proclama o inc. XXXIX, art. 5º, bem como o art. 1º, CP. A Constituição e o código penal brasileiros repetem o princípio fundamental segundo o qual uma ação somente pode ser punida se a sua punibilidade estiver anteriormente prevista em lei[14]. Aqui não se usa a palavra crime em sentido científico – associada ao conceito analítico de delito – senão em sentido cotidiano, isto é, como uma ação punível.

Precisamos transformar a longa discussão em torno dessa cláusula pétrea do direito penal em algo proveitoso para este trabalho. Nesse sentido, vejo que o primeiro e proveitoso ponto de partida está em apreender o sentido do princípio da legalidade. Para enfrentar essa

[12] Não se pense, contudo, que isso é "privilégio" do direito penal empresarial.
[13] Por todos, na discussão alemã, cf. Naucke fala em "*erosão do princípio da legalidade penal*", NAUCKE, Wolfgang. *Die Aushöhlung…Op. cit.*, p. 256.
[14] Sobre o princípio da legalidade no processo penal, por todos, cf. KUDLICH, Hans. *Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht*. *In*: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, p. 233-254.

questão – que está em um plano fundamental – deve-se averiguar a razão pela qual a legalidade existe. A despeito da ampla discussão na literatura internacional, essa não tem merecido a devida atenção em nosso território, mas há ao menos uma razão fundamental para que não se deixe isso de lado: esse caminho ajudará a esclarecer, em maior ou menor extensão, todo o conteúdo que se pode – e que se deve – derivar do princípio, desde aqueles mais fundamentais e evidentes (como a exigência de lei penal para a punição de determinado comportamento); até aqueloutros menos óbvios (necessidade de precisão do tipo penal).

A literatura maneja argumentos de ordem política (*fundamentos extrassistêmicos*) e jurídico-penal (*fundamentos sistêmicos*) para justificar a restrição do exercício de poder punitivo[15]. No primeiro caso, os argumentos estão conectados com a própria noção de Estado; no segundo, com a teoria da resposta penal. Concretamente, a *ratio* do princípio assenta as suas raízes – ora o sustenta com base no princípio do Estado de Direito[16]; ora na ideia de democracia e divisão de poderes[17] ou no princípio da culpabilidade[18]; ora, finalmente, como garantia de objetividade[19]. Relatarei brevemente esses argumentos[20].

2.1 Separação de poderes e princípio democrático

O primeiro – e possivelmente o mais evidente – modo de acessar uma razão para explicar a legalidade é recorrer à separação de poderes e ao princípio democrático[21]. A distância

[15] Dando notícia, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77; BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Direito Penal: parte geral. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 707 e s.

[16] Cf. SCHREIBER, Hans Ludwig. *Gesetz und Richter*. Frankfurt am Main: Metzner, 1976, p. 213.

[17] Assim, GRÜNWALD, Gerald. *Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“*. In: ZStW 76, 1964, p. 13. Semelhante, RANSIEK, Andreas. *Gesetz und Lebenswirklichkeit*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1989, p. 45.

[18] KIELWEIN, *Grundgesetz und Strafrechtspflege*. *In*: Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Vol. VIII, Fasc. 1/2, 1960, p. 135.

[19] JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1991, p. 67, Rn. 9.

[20] Sobre os fundamentos históricos da discussão, com ulteriores referências, cf. HRUSCHKA, Joachim. *Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts*. *In*: Paeffgen, Hans-Ullrich (Dir.) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humboldt, 2011, p. 36 e ss; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. München: Beck, 2019, § 5 Rn. 20; MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidade del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1982, p. 8 e ss; SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1978, p. 11 e ss. Para outras raízes, cf. DANNECKER, Gerhard. *§ 1. In:* LAUFHÜTTE, Heinrich W.; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 12 Aufl. Berlin: de Gruyter, 2012, Rn. 52 e ss; FITTING, Christoph. *Analogieverbot und Kontinuität. Entwicklungslinien des strafrechtlichen. Analogieverbots seit 1871*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 22 e ss.

[21] HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *§ 1. In*: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, Rn.71; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*…Op. cit., § 5 Rn. 20; SEELMANN, Kurt;

segura entre executivo e legislativo, a que *Grünwald*[22] faz referência expressa, serve para evitar que uma indignação moral concreta possa instituir um tipo penal incapaz de resistir a uma análise dogmática conscienciosa.

Esse necessário distanciamento entre quem cria e quem executa encontra a sua razão de ser nas decisivas reflexões sobre a extensão do princípio democrático: somente ao legislador é permitido qualificar uma ação como criminosa. De modo que transferir ao juiz a competência legislativa é – *prima facie* – violar o princípio democrático. Poderíamos formular a seguinte proposição: em uma democracia, as sanções jurídico-penais – como espécie mais severa de resposta do Estado – é legitimada pelo povo, que expressa a sua vontade por meio dos seus representantes: o parlamento. Em razão disso, o juiz está proibido de se desviar dessa vontade popular[23].

Como se vê, se esse for o fundamento, o princípio desenvolverá mais que uma simples função declaratória de que cabe ao legislador criar delitos e penas – terá também a função de delimitar a competência dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) em matéria penal[24]. E isso será importante, como será visto logo abaixo (n. 3), para não confundir os planos analíticos e os destinatários de cada um dos cânones do princípio. Essa confusão, na advertência da literatura[25], pode ser exemplificada com o mandado da *lex stricta*, que expressa a vedação à analogia: dele não se pode derivar que essa é uma característica da lei, senão de sua **aplicação**.

DEMKO, Daniela. *Rechtsphilosophie*. 7 Aufl. München: Beck, 2019, § 14, Rn. 6. Na doutrina constitucional, SCHMIDT-AßMANN. *Art. 103 II. In:* Maunz/Dürig (Hrsg.). Grundgesetz. 53. Aufl. München: Beck, 2009, Rn. 166.

[22] GRÜNWALD, Gerald. *Bedeutung…Op. cit.,* p. 14.

[23] GRÜNWALD, Gerald. *Bedeutung…Op. cit.,* p. 13; FITTING, Christoph. *Analogie…Op. cit.*, p. 25; HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *§ 1…Op. cit.,* Rn.71; SCHMITZ, Roland. *§ 1. In*: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Hrsg.). Münchener Kommentar zum StGB. 3 Aufl. München: Beck, 2017, Rn. 60.

[24] Concreta e resumidamente: "creación del Derecho penal, identificación de las bases normativas del sistema jurídico-penal, interpretación e integración del Derecho penal. Frente a la primera de estas competencias el principio de legalidad dispone cuál es la autoridad habilitada para criminalizar una conducta o establecer una pena y de qué manera debe regularse el contenido normativo. En la identificación de la base del sistema normativo del Derecho penal el principio de legalidad determina qué enunciados normativos pueden ser utilizados por el juez para justificar una decisión que resuelve una controversia judicial que se le presenta. Asimismo, la legalidad otorga pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y además para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido ante un descuido de quien lo creó". MONTIEL, Juan Pablo. *Estructuras…Op. cit.,* p. 7.

[25] KUHLEN, Lothar. *Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot. In*: DANNECKER, Gerhard (Hrsg.). Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag am 1.4.2007. Köhl: Heymann, p. 92.

2.2 Estado de Direito

O segundo argumento encontra as suas raízes no próprio Estado de Direito[26]. Conforme argumentação majoritária, o princípio da legalidade oferece ao cidadão a previsibilidade e a segurança na aplicação do direito e com isso o protege contra as decisões arbitrárias do Estado[27].

O conteúdo material contido nessa perspectiva diz respeito à proteção da confiança do cidadão[28]. Com efeito, se esse não pode ser punido recorrendo-se à transferência de poder do legislativo para o intérprete, isto é, se ele sabe previamente e com segurança aquilo que é proibido, então, pode confiar que não há espaço para o Estado exercer o poder punitivo fora daquilo que estiver previsto em lei[29].

A rigor, considero, neste ponto, que não é a proteção desse sentimento abstrato (confiança) que está verdadeiramente em jogo; creio ser possível fundamentar o argumento a partir de algo mais concreto: a proteção da liberdade do cidadão[30]. Isso não significa outra coisa senão ser capaz de compreender as consequências derivadas do meu comportamento. À medida que o cidadão pode antecipar as ações do Estado, ele é livre para desenvolver a sua autonomia e, portanto, capaz de decidir livremente sobre as suas ações. Em sentido inverso: se ao cidadão não é possível conhecer as consequências do seu comportamento, então, o Estado estaria negando-lhe o direito à liberdade. Ao fim e ao cabo, significaria a própria negação do Estado de Direito.

2.3 Prevenção geral

Outra perspectiva teórica, que pode ser reconduzida ao pensamento de *Feuerbach*[31], associa a legalidade à teoria da pena. *Schünemann*, um dos partidários dessa linha argumentativa, sustenta a ideia a partir de considerações derivadas da prevenção geral[32]. Se com a norma de comportamento pressupõe-se a possibilidade de se exercer um contraimpulso

---

[26] SCHREIBER, Hans Ludwig. *Gesetz…Op. cit.* p. 213.

[27] DANNECKER, Gerhard. *§ 1…Op. cit.,* § 1, Rn. 52 e ss. Também: KREY, Volker. *Keine Strafe ohne Gesetz*. Berlin: de Gruyter, 1983, p. 122 e ss; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8 Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, § 10, Rn. 1 e Rn. 9; TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 190.

[28] Esse argumento, entre outros, é costumeiramente utilizado pela corte constitucional alemã, cf. BVerfGE 13 261, 271; 25 269, 285, 290; 64 389, 394; 95 96, 131; FITTING, Christoph. *Analogie…Op. cit*., p. 24.

[29] Há quem considere que a "desconfiança no direito" sobre os requisitos da reprovabilidade é mais digna de proteção que a confiança, JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 66-67, Rn. 7.

[30] Cf. MONTIEL, Juan Pablo. *Estructuras...Op. cit.*, p. 6.

[31] DANNECKER, Gerhard. *§ 1…Op. cit.,* Rn. 60. Cf., ainda, HRUSCHKA, Joachim. *Kant…Op. cit.,* p. 21-23.

[32] SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena...Op. cit.*, p. 14 e ss.

no comportamento do indivíduo, pelo que – por derivação lógica – somente pode ser punido quem viola uma proibição conhecida. Formulando-se de outro modo: o indivíduo somente pode motivar o seu comportamento se puder conhecer o conteúdo da proibição. Quando isso não é possível senão por meio de uma criação analógica *post factum*, por exemplo, então o indivíduo não poderá ser punido, pois, nesse caso, não se cumpre a finalidade preventivo-geral da pena.

2.4 Princípio da culpabilidade

Há igualmente autores que percebem a culpabilidade como razão de ser do princípio da legalidade[33]. Se por definição culpabilidade significa que o autor se posicionou contra o direito, então, a ausência de norma de comportamento dirigida ao cidadão impede o juízo de reproche. E o porquê é óbvio: como comportamento não está regulado pela lei, o indivíduo não teve a possibilidade de saber que sua conduta estava proibida e, portanto, não é possível afirmar que ele se colocou contra o direito.

Consideradas essas posturas teóricas que, aqui, podem ser deixadas em aberto quanto à sua correção, podemos prosseguir para o panorama das consequências concretas do princípio.

3. Breves observações sobre os cânones da legalidade

Na ilustrativa afirmação de *Roxin/Greco*, o princípio do Estado de Direito conduz a que a proteção do cidadão seja levada a cabo não apenas **por meio** do direito penal, senão também **perante** o próprio direito penal.[34] Essa dualidade é claramente percebida no princípio da legalidade, o qual, com efeito, é uma moeda de duas faces: por um lado, o princípio habilita poder punitivo do Estado, autorizando-o a usar a força para proteger os direitos e liberdades do cidadão; mas, por outro, também limita o poder do Estado, que não está autorizado a ultrapassar os limites estabelecidos pela lei penal. Unidas, essas faces expressam o limite mínimo de qualquer Estado que se autoproclama de Direito: a possibilidade de cada indivíduo exercitar plenamente a sua liberdade sem se preocupar com a possibilidade de exercício arbitrário da violência punitiva Estatal[35].

---

[33] ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5 Rn. 24-25.

[34] ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 1.

[35] Recorde-se a perspectiva de *Jakobs* no tocante à possibilidade de o Estado combater determinadas pessoas que se converteram em inimigos, liberando o Estado, ao menos parcialmente, das vinculações próprias do Estado de Direito. Sobre isso, cf. JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. In*: ZStW 97, 1985, p. 751-785; JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit. In*: HRRS 06, p. 289 e ss; GRECO, Luís. *Über das so genannte Feindstrafrecht. In*: GA 2006, p. 96-113; SCHÜNEMANN, Bernd. *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht*. *In*: Vormbaum, Thomas (Hrsg.). Kritik

A substância desse princípio foi materializada por meio do latino brocardo proveniente de *Feuerbach – nulla poena sine criminae, nullun crimine sine lege poenali*[36]. Tradicionalmente, naquilo que se convencionou chamar de modelo penal[37] de análise do princípio[38], a fórmula latina sumariza quatro cânones fundamentais: exclusão do costume como fonte do direito penal (*lex scripta*); proibição de retroatividade (*lex praevia*); mandado de determinação (*lex certa*); proibição de analogia (*lex stricta*).

Também tradicionalmente, a literatura dominante considera que cada um desses cânones tem o seu destinatário exclusivo (***concepção estática do princípio da legalidade***[39]), assim, a proibição de retroatividade e o mandado de determinação têm o legislador como destinatário, ao passo que as proibições do uso do direito costumeiro e da analogia são dirigidas ao juiz[40]. Essa compreensão tem algumas consequências não tão evidentes; restrinjo-me a duas: a) se a proibição da retroatividade está dirigida ao legislador, o cidadão não pode argumentar sobre o possível direito à jurisprudência ao tempo dos fatos (cf. abaixo, 3.3); b) se o mandado de determinação está não está dirigido ao juiz, então não faz sentido perguntar sobre se esse pode, e deve, desenvolver algum papel de precisão diante de tipos penais imprecisos (cf. abaixo 3.4). Se a nossa intuição desconfia dessas barreiras, então, estamos de acordo – mesmo sem nos darmos conta disso – com a literatura mais moderna, que vem sustentando não haver único destinatário-próprio para cada um dos cânones, senão que, eventualmente, esses podem ser

---

des Feindstrafrechts, Berlin: LiT, 2010, p. 11-20. Sobre o terrorismo, em especial, cf. PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht*. München: Beck, 2008; STEINSIEK, Mark. *Terrorabwehr durch Strafrecht?* Baden-Baden: Nomos, 2012.

[36] FEUERBACH, Paul J. A. v. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 1801, § 20. Sobre a legalidade em Feuerbach, cf. BOHNERT, Joachim. Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht. Heidelberg: Winter, 1982; HRUSCHKA, Joachim. Kant…Op. cit., p. 21 e ss.

[37] Em contraposição, haveria o modelo constitucional, o qual sugere que o princípio da legalidade é dirigido prioritariamente ao juiz. KUHLEN, Lothar. *Zum Verhältnis…Op. cit.,* p. 89 e ss. Sobre isso, vide, ademais, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Reserva de ley, principio de legalidade y processo penal. In*: Em Letra, 2015, p. 48 e ss; SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato de determinación y el así llamado mandato de precisión: Un análisis a propósito del sistema alemán*. *In:* Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 210 e s., 2021.

[38] Para uma perspectiva histórica, cf. ROXIN, Claus*;* GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 12-17; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso...Op. cit*., p. 74-77.

[39] A expressão é de LEITE, Alaor. *Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In:* Actas do Colóquio o direito penal e o tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 50.

[40] Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Reserva de ley...Op. cit.*, p. 50; SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 210. Contra, por exemplo, HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *§ 1...Op. cit.*, Rn. 42; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 48 Aufl. Heidelberg: Müller, 2018, p. 21, Rn. 74, que sustentam que a proibição de retroatividade tem como destinatários o juiz (aplicação retroativa de lei penal) e o legislador (promulgação de lei penal com efeito retroativo).

simultaneamente dirigidos ao legislador e ao magistrado (***concepção dinâmica***[41]); esse seria o caso do mandado de determinação. Passo, então, à programação mínima desses cânones.

3.1 *Lex scripta*

A primeira e mais evidente derivação do princípio da legalidade diz respeito à vedação da incriminação por meio dos costumes[42] ou, por outras palavras, que consequências jurídico-penais somente podem ser derivadas de lei escrita[43]. Isso significa não ser possível sustentar (novos) tipos penais, tampouco novas consequências jurídicas, com base em práticas reiteradas. E isso independentemente de o fato ser – do ponto de vista material – digno de tutela penal. Quem converte o fato em norma de comportamento e, portanto, em últimos termos, autoriza o Estado a intervir no direito fundamental não é o costume, senão a lei em sentido formal, isto é, aquela fruto de deliberação parlamentar (reserva de parlamento[44]). Não fosse assim, os demais cânones do princípio da legalidade careceriam de qualquer sentido: de que adiantaria o mandado de determinação do tipo se fosse possível a legitimação jurídico-consuetudinária da criminalização?

Se isso parece bastante óbvio em relação à parte especial, é dizer, que não se pode criar tipo penal com base nos costumes (o uso de coisa alheia sem o *animus* de apropriação, por exemplo, não pode converter-se em tipo penal de furto de uso por meio da *práxis judicial*), o mesmo não se pode dizer em relação à sua extensão na parte geral. Tal questionamento se apresenta porque na parte geral o legislador não formula normas proibitivas dirigidas ao cidadão, senão normas dirigidas ao aplicador do direito. E, nesse caso, não haveria qualquer restrição ao uso do direito costumeiro.

A esse respeito, *Maurach/Zipf*[45], por exemplo, consideram que no âmbito da parte geral o direito costumeiro não somente funda a pena, senão também a amplia, restringe e fundamenta, como é o caso das normas atinentes à conexão causal, à culpa, ao consentimento do ofendido,

---

[41] Adicionalmente, por exemplo, discute-se sobre se a analogia também seria dirigida ao legislador. Por todos, GRECO, Luís. *Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden? In*: GA, 2012, p. 452-466.

[42] Sobre a admissibilidade do direito costumeiro em prejuízo do indivíduo, no âmbito direito penal internacional, cf. SATZGER, Helmut. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 8 Aufl. 2018, § 15, Rn. 13.

[43] Contra RITTLER, Theodor. *Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht. In*: ZStW 49, 1929, p. 451.

[44] Sobre essa questão no âmbito da proteção de dados, cf. GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 40 e ss.

[45] MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht...Op. cit.*, § 8, Rn. 41. No mesmo sentido, SCHMITT, R. *Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz). In*: HERRMANN, Joachim. Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humbolt, 1985, p. 244 e ss.

à colisão de deveres ou à *actio libera in causa dolosa*. Quanto a essa última categoria, por exemplo, os partidários do modelo de exceção não têm qualquer constrangimento para admitir que a fundamentação da responsabilidade penal do autor – excepcionando-se o princípio da coincidência – baseia-se no direito costumeiro[46]. É preciso, entretanto, alguma cautela com essa perspectiva.

Não se nega que há, na parte geral, normas equivalentes a tipos (aqueles referentes à incapacidade de culpabilidade dos menores de dezoito anos, à tentativa ou ao crime impossível)[47]. Quando uma norma ostenta essa natureza, parece não haver dúvida de que está vedado o recurso ao direito costumeiro. Por isso, por exemplo, é dogmaticamente insustentável a tentativa de legitimação consuetudinária do rebaixamento da maioridade penal ou da criminalização da tentativa inidônea; como também o é a fundamentação do modelo de exceção para a *actio libera in causa*[48].

Entretanto, permanece em aberto a questão sobre a admissibilidade do direito consuetudinário em relação a normas que estabelecem pressupostos gerais de punibilidade. Mesmo nesses casos, como ressaltam *Roxin/Greco*, a validade do direito consuetudinário criador deve ser rechaçada. É verdade, seguem os autores, que o legislador deixou amplos campos na parte geral e transferiu para a jurisprudência o poder de decidir (assim, por exemplo, na teoria do concurso de pessoas ou nas teorias do dolo[49]). Entretanto, as decisões, nesses casos,

---

[46] Advirta-se o leitor, contudo, que objeção tem a razão de ser no direito positivo alemão, que – diferentemente do direito brasileiro – desconhece previsão legal para uma exceção à regra da imputabilidade ao tempo da ação. Assim, por exemplo, e com ulteriores referências, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5 Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996, p. 445: a questão sobre se o autor é, ou não, culpável se relaciona com o momento do fato, "uma exceção a isso, não regulada em lei, mas reconhecida pelo direito consuetudinário, é a actio libera in causa". Críticos: ROXIN, Claus*;* GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit*., § 20, Rn. 58.

[47] Cf. ROXIN, Claus*;* GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit*., § 5, Rn. 46; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 10 Aufl. München: Beck, 2018, p. 16, Rn. 13.

[48] BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016, p. 142, Rn. 30; HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*; trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 178. (Cf. advertência da nota de rodapé n. 46).

[49] É questionável sobre se o legislador brasileiro adotou a teoria do consentimento; cf. MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons: 2017; SANTOS, Humberto S. *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). Temas de direito penal. Rio de Janeiro, 2008. p. 263-289; AMARAL, Rodrigo, J. S. *Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/codigo-penal-criminal-23022021. Mesmo na causalidade, em que a discussão parece mais complexa, também é questionável a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes. Cf. GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

são sempre fruto de precisão dentro de marco legal preexistente e nunca têm o caráter normativo vinculante do direito consuetudinário[50]. No fundo, portanto, é o sistema jurídico que determina o conteúdo da imputação – e não o direito consuetudinário.

Finalmente, é possível deixar uma advertência: para atenuação ou isenção de responsabilidades, a doutrina afirma não haver restrição ao direito costumeiro[51]; se esse não cria o tipo, pode funcionar como argumento de exclusão ou delimitação do tipo, mas isso, naturalmente, no âmbito em que o próprio sistema jurídico – explícita ou implicitamente – remete aos costumes. Isso pode acontecer, por exemplo, nos (problemáticos) tipos de ato obsceno (art. 233, CP) e escrito ou objeto obsceno (art. 234, CP)[52].

3.2 *Lex stricta*

A proibição da analogia (*sine lege stricta*) está majoritariamente voltada aos intérpretes da lei[53]. *Larenz/Canaris* afirmam que interpretar é um ato de mediação, por meio do qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe tornou problemático[54]. E o significado exato de um termo utilizado pela lei tornar-se problemático é, em primeira linha, porque nem sempre a compreensão dos **termos cotidianos** usados pelo legislador – esses **mais** ou **menos flexíveis** – pode ser decantada como uma lógica matemática ou uma linguagem científica[55]. Interpretar, em últimos termos, é o ato por meio do qual o intérprete acessa os possíveis significados dos termos usados pelo legislador. Trata-se, portanto, de um ato de revelação cognitivo e não um ato de vontade. Na plástica linguagem de *Hruschka*, por meio da interpretação: "*faz-se falar*". Mas como, concretamente, as leis penais devem ser interpretadas?

Responderei a essa pergunta de modo negativo. Se, retomando o que disse acima, a interpretação, por definição, é o processo por meio do qual o intérprete retira o significado de um enunciado legal[56], não deve causar espanto que a opinião majoritária, na doutrina[57] e na

---

[50] ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 46.

[51] BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, Rn. 31, p. 142; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht...Op. cit*., p. 16, Rn. 13; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 50.

[52] Sobre esses tipos, cf. *abaixo*, item n. 3.4

[53] Cf. nota de rodapé n. 41.

[54] LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3 Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 1995, p. 133.

[55] LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre…Op. cit.*, p. 133.

[56] RÖHL, Klaus Friedrich; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. 3 Aufl. München: Vahlen, 2008, p. 613.

[57] Para mencionar alguns autores: FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch…Op. cit.,* § 1, Rn. 24; FREUND, Georg; ROSTALKI, Frauke. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2019, § 1, Rn. 70; GROß, Bernd.

jurisprudência[58], sustenta que o **sentido literal possível** da palavra delimita a fronteira entre a interpretação e a analogia[59]. Isso significa, de saída, que o teor literal da palavra demarca os limites da interpretação gramatical. Nesse caso, abrem-se duas possibilidades: se o sentido da palavra é unívoco, o intérprete não está autorizado a recorrer a qualquer método de interpretação[60] ou, minimamente, não é possível que se desvie desse significado.

Contudo, e possivelmente na maioria dos casos, mesmo nos elementos tidos como descritivos, nem sempre essa clareza será possível, razão pela qual podemos supor que, a rigor, recorrer ao argumento do sentido literal possível não será de muita valia[61]. Sendo dessa forma, é necessário recorrer a algum critério corretivo para barrar o emprego da analogia. Por isso, peço ao leitor a licença para um pequeno parêntese.

Como funciona a programação "operativa" da analogia?[62] A analogia está majoritariamente caracterizada pela operação interpretativa que desrespeita as frações dessemelhantes das conotações dos termos comparados. Como bem ressaltou *Vilanova*: "dois termos *x* e *y* são semelhantes se têm conotação comum *M* e conotação diferencial *N*. Se carecessem da conotação comum *M*, seriam diferentes. Se coincidissem em conotação, seriam termos equivalentes ou equissignificativos". Para arrematar, "o que nos autoriza, pois, a remetermos a conotação *M* comum e a desprezarmos a conotação diferencial provém de um

---

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften. Berlin: Duncker & Humbolt, 2007, p. 82 HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal…Op. cit.,* p. 41, Rn. 30; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch...Op. cit.*, § 17 IV 5; LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: StGB.* 29 Aufl. München: Beck, 2018, § 1, Rn. 6; MAYER, Hellmuth. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1967, p. 87; OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. 11 Aufl. Berlin: de Gruyter; 2011, § 2, Rn. 41; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 26 e ss; SIMON, Eric. *Gesetzesauslegung im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humbolt, 2005, p. 41 e ss; SCHMIDT-AßMANN. *Art. 103 II GG…Op. cit.,* Rn. 225 ff; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrec*ht…Op. cit., Rn. 57; WANK, Rolf. Die Auslegung von Gesetzen. 6. Aufl. Müncen: Vahlen, 2015, p. 48 e ss. Na literatura espanhola: CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal: parte general. 5 ed. Madrir: Tecnos, 1997, I, p. 170-171; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método. Madrid: Tecnos, 2009, p. 49; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de derecho penal*. 3. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 93; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9 Ed. Barcelona: Reppertor, p. 115, nm. 40.

[58] Na jurisprudência, entre outras decisões, cf. BVerfG NJW 2013, 365 (366); BGHSt. 3, 300, 303; BGHSt 4, 144, 148; BGHSt 10, 157, 160; BGHSt 26, 95, 96; BGHSt. 50, 370, 372; BGHSt 54, 61, 66.

[59] Contra: JAKOBS, Günther. *Strafrecht..Op. cit.*, p. 85 Rn. 37; MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik*. 11 Aufl. München: Beck, 2013, B. I, p. 506-507, Rn. 526; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl., Tübingen 1975, Rn. 40-43, p. 110-112; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. *Studienbuch*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990, § 3, Rn. 52, p. 42.

[60] Cf. BVerfGE 19, 251; BEAUCAMP, Guy; TREDER, Lutz. *Methoden und Technik der Rechtsanwendung Rechtsanwendung*. 3. Aufl. Heidelberg: Müller, 2015, p. 36; RÖHL, Klaus Friedrich; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine…Op. cit.,* p. 614.

[61] Com a mesma advertência, SCHMITZ, Roland. *§ 1…Op. cit.,* Rn. 71.

[62] Por todos, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso...Op. cit*., p. 78 e ss.

critério extralógico" [63]. Com isso podemos dizer que a analogia, para permitir a subsunção, por um lado, opera ignorando a fração conotativa não comum e, por outro, absorvendo a fração conotativa comum. Recorro a um modelo de argumento por analogia para simular a hipótese: "O cão X é semelhante ao do Luís; o cão do Luís late frequentemente". Por analogia, é possível concluir que o cão X também late frequentemente. Veja-se, portanto, que de uma possibilidade eu saco uma conclusão "o cão X ladra frequentemente". O resultado dessa operação por analogia, como se vê, é uma conclusão que ignora os parâmetros de lógica formal.

Com isso, podemos retornar à pergunta anterior: como corrigir o critério do sentido literal possível? Começarei respondendo de um modo um tanto inusual, ao recorrer à conhecida sentença do BGH sobre uma antiga lei prussiana que tratava do furto florestal. Em síntese, para o nosso interesse, o caso era o seguinte: três indivíduos, entre o fim de novembro e início dezembro de 1956, à noite, usaram um automóvel para subtraírem aproximadamente 400 árvores de natal de uma área florestal com o objetivo de vendê-las[64]. A antiga lei prussiana (1878), no § 3, I, n. 6, previa a agravação da pena quando, para a realização do furto, os agentes fizessem uso de "...uma carroça, uma canoa ou um animal de carga"[65]. A questão que se colocou naquele momento foi: por um lado, os acusados não fizeram uso de nenhum dos meios de transporte previstos na agravação, senão que cometeram o furto recorrendo a um automóvel. Mas, por outro, também é certo que o meio de transporte usado – e os números comprovam isso – seguramente permitiria o transporte mais rápido e volumoso; e esse caso seria seguramente adequado para a agravação da pena. Automóvel – no sentido literal – salvo se quiser ferir a linguagem – não pode ser subsumido a nenhum dos meios de transporte previstos na lei. Então, por injusto que seja, seria o caso de condenação por furto simples em razão da proibição da analogia. Por mais óbvio que seja, o BGH condenou por furto agravado sem fazer qualquer menção à vedação à analogia.

O que esse caso revela? Posso supor – com algum grau de probabilidade e sem leviandade científica – que os juízes acreditaram que uma **vez atendida a finalidade de uma**

[63] VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema de direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 212.
[64] BGHSt 10, p. 375 (= NJW 1957, 1642 e ss).
[65] Número na íntegra: "wenn zum Zwecke des Forstdiebstahls ein bespanntes Fuhrwerk, ein Kahn oder ein Lasttier mitgebracht ist".

lei, a sujeição do juiz à lei está melhor garantida que a própria lei[66]. Se discordamos, ainda que intuitivamente, dessa decisão, então é necessário indicar aquele critério corretivo.

Na linha contramajoritária, considero que o sentido literal possível, a rigor, não expressa um ato de interpretação, senão um ato de limitação da atividade de interpretação[67], isto é, o intérprete não pode extrapolar o teor literal do termo. Essa é a sua fronteira externa, que nem sempre é clara; com o que somos obrigados a indicar um critério que permitirá afirmar quando o magistrado ultrapassou a fronteira. Dito mais claramente: resta esclarecer em qual sentido possível a palavra deve ser compreendida.

Considero, seguindo boa parte da literatura penal[68], que a linguagem cotidiana precede a linguagem científica diante de um termo pluridimensional[69]. Essa não pode ser uma escolha aleatória, senão que decorre do *proprium* da vedação à analogia. Em razão de a lei penal dirigir-se a todos, o sentido possível da palavra, que marca a interpretação permitida, deve ser determinado a partir da perspectiva da linguagem convencional manejada pelo cidadão[70]. Por isso, causa-me estranheza, por exemplo, que não seja colocada em xeque a interpretação de algumas elementares. Para ficar com dois exemplos: a elementar veneno – presente como circunstância qualificadora do crime de homicídio – não pode ser interpretada a ponto de admitir que qualquer substância, e de acordo com as suas condições individuais, tenha efeitos venéficos para determinada pessoa (ex: açúcar para diabéticos); do mesmo modo, pé de cabra, mixas ou gazuas não podem ser subsumidos ao elemento chave falsa, hipótese qualificadora do furto. Em um e outro caso, a imagem mental que se forma quando empregamos os termos veneno e chave não são – no ambiente cotidiano – açúcar ou pé de cabra. Com o que se pode concluir que essas interpretações expressam clara analogia.

É legítimo que o meu leitor esteja indagando o porquê desse critério. Aqui posso fornecer uma breve resposta: se levamos a sério o fato de que os Estados que se autoproclamam

---

[66] Exatamente assim, FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 9 Aufl. München: Beck, 2020, § 4, Rn. 25.

[67] Assim MEIER-HAYOZ, Arthur. Der Richter als Gesetzgeber. Zurich: Juris, 1951, p. 42; BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer Verlag, 1982, p. 423; ZIPPELIUS, Reinhold. Einführung in die Metodenlehre. 11 Aufl. München: Beck, 2012, p. 43.

[68] DANNECKER, Gerhard. *§ 1…Op. cit.,* Rn. 252; KREY, Volker. *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 154 e ss; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 1 Rn. 6.

[69] Contra: LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre…Op. cit.,* p. 141; SCHMITZ, Roland. *§ 1…Op. cit.,* Rn. 73.

[70] Cf. BVerfGE 71, 108 [115]; BVerfGE 126, 170, 197 f. = NJW 2010, 3209; BVerfGE 130, 1, 43 = NJW 2012, 907. Cf. ainda, FITTING, Christoph. *Analogie…Op. cit*., p. 37; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 32a.

democráticos e de Direito desejam proteger o cidadão contra a arbitrariedade, então não há melhor forma de respeitar o princípio da legalidade que eleger a linguagem cotidiana como limite da interpretação[71].

Além disso, normalmente o legislador se serve da linguagem convencional para elaborar as prescrições legais, então, não há razão para que o intérprete desconsidere essa a linguagem no momento de determinar o alcance do tipo penal. Em poucas palavras: o texto legal não se dirige a um grupo de *experts*, senão a todos, inclusive esses. Desse modo, quando a punição entra em cena, o termo não deve ser claro para alguns, senão para todos. Isso somente será diferente, como é de se intuir, quando estiver em jogo questões muito específicas, como será em boa parte das elementares usadas no âmbito do direito penal empresarial.

Finalmente, há o último argumento: se aceitamos que o direito penal tem função preventiva e que essa função se desenvolve também por meio da função de apelo do tipo, então, somente com o recurso à linguagem cotidiana é que essa função pode ser alcançada em sua plenitude, isto é, que o tipo penal constitui um sinal de advertência por meio do qual o legislador mostra os limites do comportamento proibido.

Esse critério apresenta como principal vantagem a *externalidade*, essa vital para a proibição da analogia, como escreveram *Hassemer*/*Kargl*[72]. A externalidade do critério significa que ele não está sujeito à *voluntas* do intérprete. Dizendo mais claramente: a interpretação não ultrapassará o contexto social no qual o conceito foi fixado e transmitido porque esse não está disponível para o intérprete. Detalhadamente: o magistrado não poderá alterar – por mais que queira – o conceito cotidiano de automóvel, veneno, chave ou planta. Ao fim e ao cabo, ganhamos significativamente em segurança jurídica, por neutralizarmos o espaço de manipulação conceitual.

3.3 *Lex praevi*a

Se julgamos que o direito penal liberal é o direito penal do fato e não do autor, então, parece evidente que a lei penal que regula um fato é aquela vigente ao tempo de sua realização. Formulando de outra maneira: somente os crimes e as sanções vigentes à data do fato podem

[71] Cf. *Lackner*, in: Heidelberg-FS (1986), p. 56; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 37.
[72] HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *§ 1…Op. cit.,* Rn.80.

ser considerados para fins de imposição de responsabilidade jurídico-penal[73]. Isso está diretamente ligado ao marco temporal da lei penal, que, à altura do art. 4, CP, determina que o crime está praticado no momento da conduta, ainda que outro seja o momento do resultado. Trata-se, portanto, de um mandado dirigido tanto ao legislador (ao proibi-lo de decretar leis mais graves com efeito retroativo) quanto ao juiz (ao impedi-lo de aplicá-las a fatos pretéritos). O mandamento da lei prévia, portanto, protege não somente a segurança jurídica, senão também a justiça material da decisão no caso concreto, ao evitar que o julgamento sucumba às tentações de revanchismo[74].

Dessa determinação legal derivam algumas consequências igualmente óbvias: do ponto de vista formal, é dispensável que a lei esteja vigendo no momento da declaração judicial sobre a relevância, ou não, do comportamento. Isso significa que uma lei, mesmo revogada, continuará a produzir efeitos sob a relação jurídica que se estabeleceu durante a sua vigência.

Do ponto de vista material, entretanto, a situação pode ser diferente: caso haja modificação do significado jurídico-penal do ato em favor do indivíduo, isso denotará que o Estado não está mais autorizado a impor a pena. Por isso se diz, de maneira quase intuitiva, que a lei nova mais favorável deve retroagir para beneficiar o cidadão. No fundo, está em jogo o fato de que o Estado não pode concretizar a sanção penal; e assim o é porque o fato passado, na feliz expressão da literatura, não mais constitui um conflito atual[75], de modo que a imposição da sanção seria desnecessária.

Quando falamos em vedação à retroatividade nos conectamos, imediatamente, com a parte especial. E isso está correto: a vedação aplica-se, particularmente, aos crimes. Entretanto, como também observa a doutrina, a proibição de aplicação retroativa também é válida para a parte geral. Desse modo, por exemplo, uma hipotética ampliação do âmbito da tentativa (art. 14, II, CP), para alcançar a inidônea (art. 17, CP), por exemplo, não poderia valer retroativamente; o mesmo se diga – ao menos seria discutível – de posterior alteração em prejuízo do cidadão no âmbito das causas de justificação[76].

---

[73] Para a aplicação do tipo em um caso concreto, cf. VIANA, Eduardo; OLIVEIRA QUANDT, Gustavo de. Retroatividade de lei penal incriminadora? A propósito do julgamento do AgRg-REsp 1730341, que tratou da aplicação do artigo 215-A do CP. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 81-98, 2019.

[74] Sobre a conexão com a teoria da coação psicológica de Feuerbach, cf. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 143, Rn. 35.

[75] JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, 4, Rn. 50.

[76] BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 143, Rn. 38.

Essa proibição, dirigida ao legislador, de criar prescrições legais que desfavoreçam o cidadão com aplicação retroativa não teria qualquer valor se o magistrado pudesse aplicá-las retroativamente. A vedação à retroatividade, por imperativo lógico, implica imediatamente o juiz. Isso parece óbvio. Não o é, entretanto, a discussão sobre se também seria possível cogitar-se a ampliação da proibição da retroatividade no âmbito jurisprudencial. Em modo de problema: o acusado teria direito à jurisprudência ao tempo do fato? Demonstração concreta desse problema ocorreu com a decisão levada ao Tribunal Constitucional alemão[77] sobre o rebaixamento da taxa de álcool no sangue, de 1,3 g/l para 1,1 g/l, para efeitos de interpretação da elementar *incapacidade para dirigir*, presente nos tipos penais que envolvem a embriaguez na condução veículos automotores (§§ 315c e 316, StGB). Embora exista alguma divergência, a posição majoritária defende que inexiste tal direito à jurisprudência[78]. O espaço de que disponho é exíguo para apresentar amplamente essa discussão[79], mas apresentarei alguns argumentos favoráveis à corrente minoritária.

Considero que esses argumentos podem ser levantados do ponto de vista do cidadão e também do ponto de vista dogmático. Quando aos primeiros, que chamarei de puramente intuitivos, apreendemos a perspectiva do cidadão: a) para esse, está em jogo a retroatividade do direito penal e é absolutamente irrelevante se isso se deu por meio de lei ou de jurisprudência; b) a hipótese de condenar alguém por meio de jurisprudência posterior à data dos fatos também lhe parecerá *injusta*[80]. Vejamos se ambos os argumentos podem ser sustentados desde o ponto de vista dogmático.

A primeira cautela que se deve ter – e para isso nos alerta Figueiredo Dias – diz respeito à possibilidade de que advogar pela vedação à aplicação retroativa da jurisprudência poderia colocar em causa a própria ideia de separação de poderes[81]. Os argumentos científicos que

[77] Abreviação de *Bundesverfassunggerich*, o tribunal correspondente ao STJ brasileiro na organização judiciária alemã.

[78] FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 66 Aufl. München: Beck, 2019, § 1, Rn. 17; JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit*, p. 105, Rn. 82; NEUMANN, Ulfrid. *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte? In:* ZStW 103, 1991, p. 331; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht...Op. cit*., p. 18, Rn. 18; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 61; SATZGER, Jura 2013, 350 e ss; HECKER, Bernd. *§ 2. In*: Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck, 2019, Rn. 7; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 23, Rn. 78, entre outros.

[79] Cf. LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 43 e ss.

[80] Cf., com ulteriores referências, LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 53.

[81] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal…Op. cit*., p. 232.

servem para justificar a possível vedação à aplicação retroativa de jurisprudência, portanto, precisam ser pavimentados de modo a não atentar contra a separação de poderes.

De saída, parece claramente intuitivo sustentar que não será sempre possível argumentar pela proibição de efeito retroativo a cada alteração jurisprudencial desfavorável ao acusado, porque isso equivaleria quase à proibição de progresso científico da jurisprudência, à sua imobilidade; nas palavras de *Jakobs*, impediria que os tribunais aprendessem com os seus próprios erros[82]. Contudo, também é verdade que os juízes precisam ser extremamente cautelosos ao julgar porque cada decisão é, a um só tempo, o julgamento do caso concreto e também de todos os futuros. Essa conexão sistêmica visa a coibir que decisões judiciais sejam proferidas *ad hoc*. A questão que se põe, então, é encontrar esse ponto de equilíbrio entre a fossilização da jurisprudência e a proteção do cidadão.

É insuficiente o espaço ora disponível para enfrentar os argumentos em sua inteireza, mas quero deixar as minhas impressões sobre o tema; de modo especial, que em alguns casos será possível afirmar que há um direito à jurisprudência ao tempo dos fatos.

A esse respeito, como advertiam *Maurach/Zipf*, de pronto existem casos de sólida jurisprudência, a qual assume uma função de substitutivo ou complemento das leis, isto é, funciona como fonte de determinação dos requisitos de punibilidade ou da ameaça penal[83]. Sempre que a alteração da jurisprudência ocorrer nesse sentido, será possível argumentar com base na proibição de retroatividade. Esse seria, por exemplo, o mencionado caso da alcoolemia e, no cenário brasileiro, a recente decisão sobre a relevância jurídica da criminalização do não recolhimento do ICMS[84].

Por outro lado, e se consideramos que a jurisprudência tem, especialmente, a missão de conhecer o conteúdo do injusto da norma jurídica, então, há o segundo grupo de casos nos quais será possível levantar o argumento do direito à jurisprudência na data dos fatos. Isso ocorrerá, caminho anteriormente insinuado pelo BVerfG em 2010, nos casos de tipos penais com redação

---

[82] JAKOBS, Günther. *Srafrecht…Op. cit*., p. 104, Rn. 80.

[83] Cf. HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *§ 1…Op. cit.,* Rn. 51. Falando em "jurisprudência com certa dignidade legislativa", LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 63.

[84] RHC 163.334-SC, Rel. Min. Roberto Barroso. Estou superando a discussão mais fundamental sobre a decisão: o seu grau de correção. Não se desconhece, entretanto, as objeções já levantadas. Sobre o tema, cf. BORGES, Ademar; LEITE, Alaor. Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-a-criminalizacao-do-nao-recolhimento-de-icms-proprio-17122019 ; ESTELLITA, Heloisa; JUNIOR, Aldo de Paula. O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição de mera inadimplência tributária? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019.

extremamente imprecisa. Nesses casos, sem que se possa falar em violação do mandado de determinação (cf. *abaixo* n. 5), a lei penal é indeterminada, de modo que somente com a interferência da jurisprudência temos a necessária concretização daquilo que é proibido e, portanto, somente nesse momento são oferecidos os contornos concretos para que o cidadão oriente o seu comportamento[85]. Em sendo assim, a confiança do cidadão na estabilidade das decisões judiciais consolidadas estaria protegida contra a retroatividade[86].

Dito isso, penso haver um argumento adicional fundamental, o qual precisa ser levado em consideração: a imposição da sanção. O decisivo para impor a sanção é o injusto, isto é, a razão pela qual o Estado sustenta a sanção penal deriva diretamente daquilo que é proibido[87]. Portanto, a questão que se abre em relação à possibilidade, ou não, de sancionar um cidadão por meio de jurisprudência mais severa posterior à data do fato reflete, no fundo, a relação entre o injusto e a pena. Nesse sentido, e para conectar as duas extremidades, considero que a vedação à retroatividade também pode ser sempre aplicada à jurisprudência e quando a mudança de orientação significar a decisão sobre o próprio conteúdo do injusto[88]; por outro lado, caso a decisão seja meramente declaratória do injusto, então não se pode falar em proteção contra a retroatividade. O exemplo do primeiro, como antecipei, seria a decisão do ICMS ou do rebaixamento do valor para fins de reconhecimento de atipicidade material do crime de descaminho[89]; exemplo do segundo seria a discussão sobre a necessidade, ou não, de demonstração do ato de ofício para a configuração dos crimes de corrupção passiva e ativa.

A jurisprudência brasileira caminha no sentido majoritário, isto é, não reconhecendo proteção contra a jurisprudência mais prejudicial[90]. A persistir esse entendimento, se a justa

---

[85] Cf. BVerfGE 126, 170, 198 e s. Sobre uma segunda decisão, tomada em 2011, cf. KUHLEN, Lothar. *Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen. In*: HRRS, 2012, n. 3, p. 114-116.

[86] Se esse argumento merece, ou não, acolhimento em sua integralidade, isso não pode ser discutido com amplitude neste trabalho. Levantando objeções contra o argumento, LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 63 e ss.

[87] Cf. ROXIN, Claus. *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. In*: Strafrechtliche Grundlagenprobleme. Berlin: de Gruyter, 2012, p. 13.

[88] Essa é a tese, que considero correta, levantada LEITE, Alaor. *Proibição... Op. cit.*, p. 76 (itálico no original).

[89] Segundo posição firme do STJ, firmado pela Terceira Seção ao julgar o tema repetitivo n. 157, incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o valor dos tributos não recolhidos não ultrapassa o limite de R$ 20 mil. Cf. REsp 1.709.029/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 28/02/2018, DJe 04/04/2018.

[90] "Segundo entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, o princípio da irretroatividade só tem aplicação em relação à lei penal, não se exigindo tal regra quanto à inovação jurisprudencial, mesmo que imbuída de força cogente, como no caso das súmulas vinculantes." (EDcl no REsp n. 1.734.799/SP, Quinta Turma, Rel Min. Jorge Mussi, DJe de 14.12.2018), igualmente: Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.786.891-PR, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 23.9.2020).

divisa que sugerimos, restará ao cidadão a possibilidade de argumentar com o erro de tipo ou, mais adequadamente, com o erro de proibição. Ao partir-se do pressuposto de que o cidadão atua com base em expectativas criadas em decorrência da circulação jurídica de determinada proibição, no caso de modificação de corrente jurisprudencial em seu desfavor, será perfeitamente possível levantar a falta de consciência de ilicitude como argumento para a exclusão da culpabilidade[91].

Finalmente, cumpre registrar que parcela da literatura argumenta que a vedação à retroatividade é válida e pensada para a normalidade do Estado de Direito. Isso significa que situações de ruptura – a exemplo dos crimes cometidos durante o nacional-socialismo – não estão protegidos contra posterior persecução. Aqui é comum mencionar a "fórmula da intolerabilidade" (*Unerträglichkeitsformel*) de *Radbruch*, segundo a qual a lei como "direito injusto" tem que ceder ante à Justiça quando a contradição com a Justiça alcançar dimensão intolerável[92].

3.4 *Lex certa*

O mandado de determinação é uma porta de entrada para a analogia, por isso muitos o consideram a expressão singular mais importante do princípio da legalidade[93]. Nas palavras de *Welzel*, a coluna vertebral da certeza jurídico-penal da lei no Estado de Direito reside na determinação do fato típico[94]. Se essas afirmações nos parecem razoáveis – como de fato o são – resta-nos saber precisamente: quando uma lei está suficientemente determinada? Considerando-se que na historiografia jurídico-penal poucos são os casos de declaração de inconstitucionalidade pela indeterminação[95], pode-se dizer que para a doutrina e jurisprudência, qualquer determinação é suficiente. É possível que o meu leitor constate uma possível contradição naquilo que acabo de descrever – e ele não estará errado – pois, se afirmamos que

---

[91] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000; BRANDÃO, Nuno. *Contrastes Jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais*. *In:* Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1307; ROXIN, Claus*;* GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 59. Cf., ainda, JAKOBS, Günther. *Srafrecht…Op. cit*., p. 105-106, Rn. 82.

[92] Cf. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht…Op. cit.,* p. 23, Rn. 78.

[93] NAUCKE, Wolfgang. *Strarecht...Op. cit.*, § 2; JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Nullum crimen, nulla poena sine lege. In*: ZStW 63, 1951, p. 197.

[94] WELZEL, Hans. *Strafrecht…Op. cit.,* p. 23.

[95] Não tenho notícia de qualquer caso ocorrido em território nacional. Em solo alemão, constatando-se a resistência da corte constitucional em reconhecer inconstitucionalidade de norma penal em razão da violação do princípio da legalidade, cf. HILGENDORF; Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal…Op. cit.,* p. 43, Rn. 34.

a determinação é a face mais importante do princípio da legalidade, não podemos tolerar que ela seja tão desfigurada por meio da sua flexibilização[96]. Para evitar esse desconforto científico, tentarei apresentar alguns caminhos de concretização da *lex certa*.

O ponto de partida para compreender o problema é estar consciente de que o mandado de determinação não significa pormenorização da lei. Como esclarecem *Roxin/Greco*, isso teria a desvantagem de conduzir a uma rigidez indesejada, bem assim conduzir ao paradoxo da insegurança jurídica[97] ou, com outras palavras, a uma "indeterminação em razão da sobredeterminação"[98]. Uma lei que está obrigada a regular todas as perguntas imagináveis seria extremamente confusa e, dada à sua extensão, pouco manejável[99]. Isso não significa, por outro lado, como antecipei, que qualquer nível de determinação legal seja cientificamente aceitável; se assim fosse, determinar equivaleria à previsão legal e, nesse caso, não haveria razão lógica para distinção entre *lex scripta* e *lex certa*. É preciso, então, algum esforço argumentativo para tentar esclarecer a extensão do termo *determinação*[100].

Orientado, em primeira linha, para o legislador[101], determinação significa – a princípio – que a técnica legislativa deve primar pela elaboração de leis capazes de expressar claramente aquilo que é proibido e quais as consequências jurídicas. É evidente que essa exigência não possibilita impor ao legislador exigências irrealizáveis – essas derivadas das barreiras linguísticas – como a certeza. Entretanto, e ao mesmo tempo, pode-se exigir que o legislador dê o melhor de si, isto é, que ele se esforce para alcançar a precisão mais elevada possível (**mandado de otimização**)[102].

---

[96] Chamando atenção, cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Reserva...Op. cit.*, p. 69.

[97] ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 75a.

[98] MONTIEL, Juan P. *Estructuras…Op. cit.*, p. 17.

[99] ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht…Op. cit*., § 5, Rn. 75a.

[100] Sobre o tema, com investigação específica, entre outros, cf. KRAHL, Matthias. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG). Frankfurt am Main: Lang, 1986; KUHLEN, Lothar. Zum Verhältnis…Op. cit., p. 89 e ss; KUHLEN, Lothar. Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; SCHUHR, Jan (Hrsg.). Gesetzlichkeit und Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 429 e ss; SOLAVAGIONE, Lucía. El mandato...Op. cit., p. 207 e ss.

[101] Assim, WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht…Op. cit.,* p. 20, Rn. 72.

[102] Exatamente assim, DANNECKER, Gerhard. *§ 1…Op. cit.,* § 1, Rn. 195; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht…Op. cit.,* p. 20, Rn. 72. Para exemplos, na legislação brasileira, de violações à taxatividade, cf. BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Direito...Op. cit*., p. 220-221.

Contudo, quando a versão da lei não for tão clara, qual a solução?[103] A drástica declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais? Essa opção, como antecipamos, parece bastante remota e também seria bastante drástica se a admitíssemos: muitos tipos – em especial na criminalidade econômica e do meio ambiente – não resistiram ao filtro da determinação. Para evitar que o cidadão fique refém das leis ruins, a concepção dinâmica da legalidade – fundada no modelo constitucional – fornece uma solução intermediária: argumenta-se que o mandado de determinação também está dirigido ao seu intérprete. Com efeito, como sustenta *Kuhlen*, a prevalência do legislador é somente cronológica, afinal, uma lei precisa ser promulgada antes de ser aplicada[104]. Se concordamos com essa perspectiva e, de fato, ela nos parece a mais adequada, parece claro que caberá ao juiz penal, ainda que de modo subsidiário, contribuir para que se alcance o mais alto nível de precisão do tipo.

O BVerfG – Corte Constitucional alemã – teve a oportunidade de se manifestar sobre essa matéria e esclarecer que nos tipos penais redigidos de forma imprecisa, os juízes devem intervir para contribuir com a determinação do conteúdo daquilo que é proibido[105]. Textualmente: os tribunais penais não podem incrementar a insegurança jurídica mediante interpretações amplas e pouco precisas, senão que devem superar as imprecisões existentes pela via da interpretação[106] – o que se convencionou chamar de **mandado de precisão** (*Präzisierungsgebot*)[107]. Em detalhes, a proposição para o intérprete nada mais é que um compromisso com o aprimoramento do tipo.

Em relação à determinação das consequências jurídicas – a pena – o diagnóstico é simples: em solo nacional, em regra, admitimos a determinação dos mínimos e máximos de pena (ex: art. 121, CP) e, excepcionalmente, toleramos a determinação somente do limite máximo (ex: art. 289, L. 4737/65).

A literatura costuma atribuir dupla função ao mandamento de clareza[108]. Primeiro, uma *função subjetiva*. Alinhada com as ideias de prevenção geral da pena, a função subjetiva está consubstanciada no fato de que cada cidadão tem o direito de saber, do modo mais claro e preciso possível, quais condutas são ameaçadas com pena para que possam, à luz da previsão

[103] Para outros critérios, cf. SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.,* p. 216-218.
[104] KUHLEN, Lothar. Zum Verhältnis…Op. cit., p. 94.
[105] Sobre essa decisão, tomada no delito de infidelidade patrimonial, cf. LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit*., p. 51.
[106] BVerfGE 126, 170.
[107] Sobre esse mandado, em concreto, cf. SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.,* p. 220 e ss.
[108] BVerfGE 71, 108 (114); 73, 206 (234). Cfr. EISELE, Jörg. *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: Mohr, 2004, p. 383 e ss.

legal, conduzir o seu comportamento[109]. No que diz respeito à *função objetiva*, o magistrado precisa estar sujeito à legislação e, para isso, é necessário que o legislador tenha determinado todas as condições essenciais de punibilidade.

De tudo o que se disse, é possível chegar à seguinte racionalização: é preciso admitir que os tipos penais possuem algum nível de indeterminação; subsidiariamente, portanto, caberá ao magistrado funcionar como o segundo filtro das incertezas do tipo. Esse papel complementar do magistrado não pode servir como muletas para o legislador, isto é, não o autoriza a elaborar tipos penais absurdamente imprecisos porque, nesse caso, não se poderá falar em filtro corretivo do magistrado. Veja-se, para ficar somente com alguns clássicos, os tradicionais e imprecisos tipos da mediação para satisfazer a lascívia de outrem (art. 227, CP) e o ato obsceno (art. 233, CP)[110].

Boas leis implicam *custos*, resta saber o quanto o parlamento está disposto a arcar com esses ou adotar uma solução mais cômoda, ao transferir o problema para a jurisprudência. Em todo caso, ou a ciência assume essa postura de combate intransigente às leis penais imprecisas ou então não parece que o mandado de determinação estará em condições de restringir a força do Estado mais que o parágrafo canalha de *Beling* (1906)[111]. De fato, a indeterminação das leis penais é o melhor caminho para o exercício da arbitrariedade porque, a um só tempo, ela a legitima e a camufla[112]. Por isso, e se comecei esta seção com *Welzel*, sirvo-me das suas palavras para finalizar – a verdadeira ameaça ao princípio da legalidade não reside na analogia, senão nas leis penais indeterminadas[113].

4. Conclusão

Como pretendi demonstrar neste curto trabalho, fica fora de dúvida a importância de se revisitarem os fundamentos básicos do princípio da legalidade. Essa é a missão que cabe à ciência com o objetivo de deixar bem claro os papéis entre quem legisla e quem julga. Por isso,

---

[109] BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 133, Rn. 7.

[110] Manejando exemplos semelhantes, cf. SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 215.

[111] BELING, Ernest v. *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 22: "Todo canalha será castigado…".

[112] Como bem alerta Solavagione: "la indeterminación es la que permite, por ejemplo, que se castiguen conductas percibidas como inmorales pero cuya criminalización es ilegítima (por ausencia de lesión o puesta en peligro a un bien jurídico)...La amplia indeterminación de las disposiciones normativas es lo que ha permitido, entre otras cosas, que se haya perseguido y se persiga a los homosexuales." SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 215.

[113] WELZEL, Hans. *Strafrecht…Op. cit.,* p. 23.

valho-me da plástica e instrutiva metáfora de *Hirsch*, antigo presidente do BGH, que comparou o legislador a um compositor e o juiz a um pianista: ao pianista cabe interpretar a composição, de modo mais ou menos virtuoso; ele tem a sua liberdade, mas não está autorizado, jamais, a alterar a composição[114]. Quanto à ciência? Bem, aos cientistas deve-se exigir que cumpram o seu papel de regentes dessa sinfonia.

5. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. O princípio constitucional nullum crimen sine lege e a analogia no campo das causas de justificação. In Revista de Legislação e Jurisprudência, n. 3924 e 2925, 2001, p. 72-77 e p. 130-139.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Direito Penal: parte geral. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BAUMAN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016.

BOHNERT, Joachim. Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht. Heidelberg: Winter, 1982.

BYDLINSKI, Franz. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Wien: Springer Verlag, 1982.

CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal: parte general. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1997, I.

DANNECKER, Gerhard. § 1. In: LAUFHÜTTE, Heinrich W.; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch. 12 Aufl. Berlin: de Gruyter, 2012.

[114] Textualmente: “Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen.” HIRSCH, Günther. *Zwischenruf - Der Richter wird's schon richten*. *In*: ZRP 2006, p. 161.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal. 3 ed. Coimbra: Gestlegal, 2019, t. I.

EISELE, Jörg. Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand. Tübingen: Mohr, 2004.

FEUERBACH, Paul J. A. v. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 1801.

FISCHER, Thomas. Strafgesetzbuch. 66 Aufl. München: Beck, 2019.

FREUND, Georg; ROSTALKI, Frauke. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método. Madrid: Tecnos, 2009.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

GRECO, Luís; ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. München: Beck, 2019.

GROß, Bernd. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften. Berlin: Duncker & Humbolt, 2007.

GRÜNWALD, Gerald. Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“. In: ZStW 76, 1964, p. 1-18.

HASSEMER Winfried; KARGL, Walter. §1. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 5 Aufl. Baden-Baden: Nomos, t. I, 2017.

HECKER, Bernd. § 2. In: Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck, 2019.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. Direito penal: parte geral; trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Günther. Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten. In: ZRP 2006, p. 161.

HRUSCHKA, Joachim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts. In: Paeffgen, Hans-Ullrich (Dir.) Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humboldt, 2011.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. In: ZStW 97, 1985, p. 751-785.
JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2 Aufl. New York: de Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996.

KRAHL, Matthias. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG). Frankfurth am Am: Lang, 1986.

KREY, Volker. Gesetzestreue und Strafrecht – Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Año 39, v. CI, sección 4, 1989, p. 838-873.

_____. Keine Strafe ohne Gesetz, Berlin: de Gruyter, 1983.

_____. Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

KUDLICH, Hans. Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; SCHUHR, Jan (Hrsg.). Gesetzlichkeit und Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 233-254.

KUHLEN, Lothar. Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot. In: DANNECKER, Gerhard; LANGER, Winrich; RANFT, Otfried; SCHMITZ, Roland; BRAMMSEN, Joerg (Hrsg.). Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag. Colonia: Heymann, 2007, pp. 89-105.

_____. Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; SCHUHR, Jan (Hrsg.). Gesetzlichkeit und Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

_____. Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen. In: HRRS, 2012, n. 3, p. 114-116.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. Strafgesetzbuch: StGB. 29 Aufl. München: Beck, 2018.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3 Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 1995.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In: Actas do Colóquio o direito penal e o tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 43-87.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Lecciones de derecho penal. 3. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MEIER-HAYOZ, Arthur. Der Richter als Gesetzgeber – eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zurich: Juris, 1951.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 9 Ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. In: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020.

MONTIEL, Juan Pablo. Estructuras analíticas del principio de legalidade. In: InDret – Revista para el análisis del derecho, n. 1, 2017, pp. 1-47.

_____. Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht. Berlin: Duncker & Humboldt, 2014.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik. 11 Aufl. München: Beck, 2013, B. I.

NAUCKE, Wolfgang. Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus. In: Naucke, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999, p. 233-267.

NEUMANN, Ulfrid. Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte? In: ZStW 103, 1991, p. 331-356.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Reserva de ley, Principio de legalidad y Proceso penal. In: En Letra: Derecho Penal, Año 1, n. 1, 2015, pp. 42-92.

RANSIEK, Andreas. Gesetz und Lebenswirklichkeit. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1989.

RENGIER, Rudolf. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 10 Aufl. München: Beck, 2018.

RÖHL, Klaus Friedrich; RÖHL, Hans Christian. Allgemeine Rechtslehre. 3 Aufl. München: Vahlen, 2008.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. München: Beck, 2019.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl., Tübingen 1975.

_____. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.

SCHMITT, R. Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz). In: HERRMANN, Joachim. Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humbolt, 1985.

SCHREIBER, Hans Ludwig. Gesetz und Richter. Frankfurt am Main: Metzner 1976.

SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht. Berlin: de Gruyter, 1978.

SEELMANN, Kurt; DEMKO, Daniela. Rechtsphilosophie. 7 Aufl. München: Beck, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992.

SOLAVAGIONE, Lucía. El mandato de determinación y el así llamado mandato de precisión: Un análisis a propósito del sistema alemán. In*:* Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 210-231, 2021.

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

VIANA, Eduardo; OLIVEIRA QUAND, Gustavo de. Retroatividade de lei penal incriminadora? A propósito do julgamento do AgRg-REsp 1730341, que tratou da aplicação do

artigo 215-A do CP. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 81-98, 2019.

_____. MONTENEGRO, Lucas. Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. In: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020.

_____. GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 48 Aufl. Heidelberg: Müller, 2018.

ZIPPELIUS, Reinhold. Einführung in die Metodenlehre. 11 Aufl. München: Beck, 2012.

O Risco Permitido e o Crime de Manipulação de Mercado no Âmbito Europeu[1]

Enrico Rilho Sanseverino[2]

Resumo: Tratar-se-á do problema da delimitação do risco permitido em algumas práticas de criação de mercado no âmbito europeu. Por influenciar a formação da oferta e da procura dos instrumentos financeiros, essas condutas tendem a aumentar os riscos dos mercados de capitais, e poderão dar ensejo ao crime de manipulação do mercado. A regulação dessas condutas é realizada por normas jurídicas primárias e medidas de *soft law*, de forma a influenciar na tipificação do delito em causa. Serão abordados os casos do *short selling*, das negociações de alta frequência, das operações de estabilização, dos contratos de liquidez e do *scalping*.

Palavras-Chave: Manipulação de mercado; risco permitido; *short selling*; negociações de alta frequência; operações de estabilização; contratos de liquidez; *scalping*.

Keywords: Market manipulation; legal risk; short selling; high-frequency tradings; price stabilization; liquidity contracts; scalping.

Abstract: This paper is going to approach the legal risk delimitation on european market creation operations. This operations tends to increase the financial markets risks and may influencing the supply and demand shares in financial markets, what can be approach from market manipulation. The regulation of these practices is carried out by soft law measures, which can help in market manipulation offense definition. Will be addressed the cases of short selling, high-frequency tradings, price stabilization, liquidity contracts and scalping.

[1] Este estudo foi desenvolvido no curso de Doutoramento em Direito da Universidade de Lisboa, disciplina de Direito Penal II, no ano letivo 2017/2018, sob a regência do Prof. Doutor Augusto Silva Dias. Este artigo foi produzido com o apoio financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[2] Doutorando em Direito e Bolseiro de Investigação da Universidade de Lisboa (ULisboa). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (UC). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.

1. Introdução

O crime de manipulação de mercado apresenta problemas típicos do Direito Penal Econômico, dentre os quais se pode referir a dificuldade na identificação da ilicitude de determinados comportamentos. Isso se deve à complexidade de funcionamento do mercado de valores mobiliários, e, também, à volubilidade normativa do delito, que pode apresentar uma grande variedade de formas em sua tipologia. Desse modo, frequentemente se afigura necessário recorrer à ordem jurídica primária para verificar a licitude das condutas perpetradas, a fim de auxiliar a tipificação penal daqueles comportamentos suscetíveis de alterar o regular funcionamento dos mercados.

A crise financeira de 2008 e suas nocivas consequências sociais e econômicas demonstraram a importância da regulação das condutas atentatórias ao sistema financeiro. Assim, a questão da regulação dos riscos inerentes aos mercados financeiros se encontra hoje na primeira pauta das autoridades nacionais e internacionais, tanto a nível penal como administrativo.

Diante disso, procurar-se-á abordar nessa investigação o problema da delimitação do risco permitido em algumas condutas de criação de mercado. Em razão de sua capacidade de influenciar a formação da oferta e da procura de instrumentos financeiros, o risco permitido dessas condutas tende a ser traçado por meio de sua regulação extrapenal. Embora em determinados casos elas possam ser consideradas lícitas pelo ordenamento jurídico, o risco por elas trazido ao funcionamento dos mercados financeiros pode conduzir à sua tipificação como crime de manipulação de mercado.

Dessa forma, em um primeiro momento, tratar-se-á do delito de manipulação de mercado. A fim de delimitar as condutas potencialmente subsumíveis ao tipo penal, dar-se-á especial enfoque aos seus elementos constitutivos de tipicidade penal objetiva. A análise será realizada a partir da concepção do crime tal como previsto na ordem jurídica portuguesa, pelo art. 479 do Código dos Valores Mobiliários (CdVM), que, quanto à tipicidade objetiva, se estrutura com base em dois pressupostos: as condutas proibidas e a sua idoneidade para alterar o regular funcionamento do mercado.

Após, abordar-se-á o tema da regulação dos mercados de capitais, a partir dos diversos modelos regulatórios. Ainda, demonstrar-se-ão os meios que podem ser utilizados para isso, o que poderá ocorrer pelas vias penais ou administrativas. Tendo em vista a delimitação do tema deste estudo, dar-se-á especial enfoque ao âmbito europeu de regulação dos mercados.

Por fim, tratar-se-á da definição do risco permitido em alguns casos de criação de mercado. Dessa forma, sem a pretensão de esgotar a sua análise jurídica, serão abordadas as práticas do *short selling*, das negociações de alta frequência, das operações de estabiização, dos contratos de liquidez e do *scalping*. Assim, em razão de sua potencialidade para colocar em risco o regular funcionamento dos mercados financeiros, realizar-se-á uma aproximação dessas condutas com o crime de manipulação de mercado.

Em face disso, as questões que deverão ser respondidas nessa investigação passam pela necessidade de se traçar uma melhor delimitação do risco permitido em relação ao crime de manipulação de mercado. Se, de um lado, as condutas de criação de mercado podem ser consideradas lícitas e até mesmo trazer benefícios ao funcionamento do mercado em determinados casos, de outro, são também capazes de alterar a livre formação da oferta e da procura de instrumentos financeiros, colocando em risco o regular funcionamento do mercado em causa. Com isso, a definição do risco permitido dessas condutas parece ser uma medida imprescindível. Por sua vez, essa delimitação deverá ocorrer por meio de normas jurídicas primárias, que tem como finalidade estabelecer uma maior segurança em relação à utilização dessas práticas, tanto para os operadores do mercado que as colocam em jogo, quanto para os demais agentes que podem de alguma forma serem atingidos.

2. O crime de manipulação do mercado e seus critérios delimitadores

No direito penal econômico é muito comum, em determinados casos, encontrar-se dificuldades para a identificação da ilicitude de alguns comportamentos. Esta situação se deve a uma série de fatores, dentre os quais se pode referir a complexidade de algumas ações levadas a cabo nesse domínio, o que dificulta a tarefa do legislador na redação dos tipos penais (RODRIGUES, 2016, p. 40-41)[1].

No crime de manipulação do mercado não é diferente. O grande universo de condutas manipulativas conduziu o legislador a adotar um tipo penal caracterizado por sua grande complexidade e abstração, de modo que seria praticamente impossível englobar em um único dispositivo toda a sua vasta gama de condutas. Embora muitas vezes este pode estar relacionado

[1] Para além disso, complementa a autora que a inexistência de meios de investigação adequados, bem como motivos de conveniência política na perseguição penal de pessoas envolvidas com estes crimes, podem levar à ineficiência no combate a este tipo de criminalidade (Rodrigues, 2016: 40-41).

a atos muito simples, em outros casos pode envolver condutas dotadas de grande complexidade e difícil concretização[2] (VEIGA, 2001, p. 93-94).

Tendo como fim a proteção do regular funcionamento do mercado, o delito visa punir os atos de mercado que se desviem de sua causa-função. Esta deve ser entendida como a sua função originária, para a qual os respectivos atos teriam incialmente de se prestar (VEIGA, 2001, p. 144).

Diante disso, a aferição da regularidade das condutas de mercado deve levar em conta as regras do mercado em que concretamente se atuou, a fim de considerar a correspendência das respectivas práticas com a sua causa-função. Estas regras podem ter natureza infra-legal, como regulamentos administrativos da entidade reguladora competente, que, no caso do mercado de valores mobiliários em Portugal, é a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), por exemplo, ou regras e cláusulas contratuais gerais das entidades gestoras dos mercados. Contudo, a tipicidade do crime independerá da violação prévia desses deveres, em razão da sua natureza fundante e autônoma[3] (VEIGA, 2001, p. 143-144).

O crime de manipulação do mercado[4], previsto em Portugal pelo art. 379, n. 1 do CdVM[5], sustenta-se com base em três pressupostos essenciais: a) as condutas proibidas; b) a idoneidade dessas condutas para alterar o regular funcionamento do mercado; c) os elementos

[2] Para uma análise tipológica do delito: Veiga (2001, p. 95 ss.). Na literatura norteamericana: Sjoblom, (1993, p. 5 ss.).

[3] Embora, na maioria das vezes, a relevância penal dos atos esteja orientada pela causa-função disposta nessas normas administrativas, na hipótese de o conteúdo da norma estar em contrariedade à própria causa-função do ato, o juiz não estaria obrigado a considerá-lo como lícito apenas em razão de sua previsão formal no regulamento administrativo (VEIGA, 2001, p. 143-144). Em sentido contrário é o entendimento de Marcelo Cavali (2017, p. 282), para quem a tipificação do delito dependeria da prévia violação das normas administrativas de regulação do mercado.

[4] No Brasil, o crime é previsto pelo art. 27-C, da Lei n. 6.385/76: "Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)".

[5] "1 - Quem divulgue informações falsas, incompletas, exageradas, tendenciosas ou enganosas, realize operações de natureza fictícia ou execute outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa.

2 - Se a conduta descrita no número anterior provocar ou contribuir para uma alteração artificial do regular funcionamento do mercado, o agente é punido com pena de prisão até 8 anos ou pena de multa até 600 dias.

3 - Consideram-se idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente, os atos que sejam suscetíveis de modificar as condições de formação dos preços, as condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública ou os atos suscetíveis de perturbar ou atrasar o funcionamento do sistema de negociação".

subjetivos do tipo (COSTA PINTO, 2000, p. 86). Para os fins dessa investigação, delimitar-se-á a sua análise aos critérios de tipicidade penal objetiva, a fim de compreender as condutas objetivamente subsumíveis ao delito, de forma que se tratará a seguir dos dois primeiros pressupostos[6].

2.1 As condutas proibidas:

Dentre as condutas proibidas, existe uma vasta gama de ações que podem ser utilizadas para manipular o mercado. Estas podem abranger tanto a divulgação de informações não correspondentes à realidade ou suscetíveis de induzir terceiros em erro, como a realização de operações fictícias ou outras práticas fraudulentas. Estas últimas se traduzem em operações aparentemente regulares, mas que, seja pela ausência de intenção real de respeitar os seus efeitos, pela negação da causa-função do ato, ou pela sua própria capacidade enganatória, não correspondem à realidade[7] (COSTA PINTO, 2000, p. 86-88).

Mais problemática é a aferição da tipicidade penal das condutas de manipulação denominadas pela teoria econômica como *trade based manipulation*[8]. Estas consistem em atividades por si só lícitas, mas suscetíveis de alterar o regular funcionamento do mercado quando tomadas em seu conjunto[9]. Assim, em determinados casos, torna-se muito difícil delimitar os limites entre estas ações manipulativas e aquelas operações lícitas, como as operações de estabilização de preços ou de especulação. Essa situação pode ocorrer, por exemplo, no caso de sucessivas aquisições de valores mobiliários a preço crescente, de forma a criar uma "bolha especulativa", seguida pela venda daqueles valores mobiliários previamente adquiridos pelo manipulador a um preço superior àquele pagado originariamente[10] (FABRIZIO; TROVATORE, 1998, p. 1002).

---

[6] Em relação aos elementos subjetivos, considera-se importante destacar que a atual redação do tipo penal excluiu o elemento subjetivo especial de alterar o regular funcionamento do mercado, que constava na legislação anterior. Para uma análise mais pormenorizada quanto aos elementos subjetivos do tipo, remete-se à Costa Pinto (2000, p. 92-93).

[7] Para uma melhor concretização do engano necessário para tipificar as condutas não ontologicamente fraudulentas: Seminara (1998, p. 448-449).

[8] A diferença das operações fictícias, estas se caracterizam por transações efetivas, e não aparentes, como aquelas (FABRIZIO; TROVATORE, 1998, p. 1002).

[9] Analisando esta questão à luz do problema da imputação individual de responsabilidades no âmbito de organizações complexas: BRITO (2009, p. 203-231).

[10] Os autores são favoráveis ao enquadramento jurídico-penal de algumas espécies de condutas especulativas, como as práticas de mercado do *squeeze* e do *corner*, sob pena de se admitir no mercado estratégias de manipulação a" risco nulo" (FABRIZIO; TROVATORE, 1998, p. 1010-1011); em sentido contrário, entendendo que as formas de especulação já abrangeriam um autorrisco para o especulador, bem como em razão da indefinição do conceito de manipulação: Fischel; Ross (1991).

Dessa forma, diferenciando-se as ações lícitas de especulação e as condutas de manipulação, entende-se que o risco é inerente à própria atividade especulativa, de forma que o especulador efetua operações visando obter benefícios no futuro, a partir da variação dos preços das ações de maneira a ele favorável. Já na manipulação, os riscos da operação são eliminados, tornando-se os ganhos certos. Nesse caso, alteram-se as regras do mercado e o processo de formação dos preços a partir do engano dos demais investidores. Assim, como regra, a alteração do mercado pode ocorrer pela própria ação dos investidores induzidos em erro, e não pela ação manipulatória em si (GOMES DA SILVA, 2000, p. 198).

Ainda, essa situação pode ser ilustrada pelo caso Merryl Linch International, julgado pelo *Tribunale di Milano*, em 11.11.2002. Basicamente, os fatos em análise tratavam da ordem de aquisição de 200 *basket* na Bolsa de Milão (MIB 30), às 16:59, ou seja, apenas um minuto antes de seu fechamento, que se daria às 17:00. Posteriormente, aproveitando-se da influência dessas aquisições sobre os índices do mercado de derivados, os especuladores teriam lucrado com contratos de *future* realizadas na FIB 30, que tinha fechamento previsto para as 17:30. Diante das anômalas circunstâncias das operações realizadas, o Tribunal considerou as condutas em exame como crime de manipulação do mercado[11].

2.2 A idoneidade das condutas para alterar o regular funcionamento do mercado:

Para adquirir relevância penal, basta que as condutas descritas anteriormente sejam idôneas para alterar o regular funcionamento do mercado. Dessa forma, para a sua consumação, não se exige que o agente obtenha lucros com a sua conduta, e nem mesmo a efetiva alteração do regular funcionamento do mercado como resultado autônomo da ação. Assim, considera-se o crime como de perigo abstrato-concreto, ou de aptidão[12], ao prever condutas que, por serem

[11] A solução adotada pelo Tribunal foi criticada na doutrina, no sentido de desconsiderar uma intrínseca e objetiva capacidade engantória inerente ao ato como exigência para sua tipicidade penal. Assim, a decisão foi criticada por ter considerado a ilicitude do comportamento tomando como base o desvalor do fato em seu conjunto, e não as condutas em sua individualidade (FONDAROLI, 2003: 762-763).

[12] O mesmo entendimento é adotado em relação ao crime de manipulação do mercado na lei penal brasileira, sendo considerado como delito de aptidão. Contudo, diferentemente da norma portuguesa, no Brasil é expressamente exigida a intenção de se obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou de causar dano a terceiros. Essa exigência é criticada pela doutrina, uma vez que é incompatível com a natureza econômica do crime, que tem como objetivo a tutela do mercado e de investidores, e não interesses individuais de natureza patrimonial (CAVALI, 2017, p. 254-255; 277-279).

instrinsecamente perigosas, são suscetíveis de colocar em risco o bem jurídico tutelado[13] (COSTA PINTO, 2000, p. 91-92).

Na lei penal portuguesa, a idoneidade para alterar o regular funcionamento do mercado é concretizada no próprio tipo penal, sendo definida nos termos do art. 379, n. 3 do CdVM, como "os atos que sejam suscetíveis de modificar as condições de formação dos preços, as condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública ou os atos suscetíveis de perturbar ou atrasar o funcionamento do sistema de negociação" [14].

Ainda, a doutrina é praticamente unânime no sentido de que a valoração em concreto da perigosidade da conduta deve ser aferida *ex ante*, segundo o critério da prognóse póstuma (BACCARI, 1998, p. 538-541)[15]. Essa perigosidade, traduzida no desvalor da ação suscetível de colocar em risco o regular funcionamento do mercado, deve ser aferida a partir de elementos concretos deduzidos da experiência comum do mercado em causa, que levem em conta a sua situação atual, o histórico do ativo, ou a previsível evolução do mercado sem a interferência das práticas manipuladoras (COSTA PINTO, 2000, p. 90-91; CRESPI, 1991, p. 1682-1683).

3. A regulação dos mercados de capitais e o controle dos riscos financeiros

O tema da regulação dos mercados de capitais[16] se insere em um contexto mais amplo, que envolve a discussão quanto à interferência do Estado na atividade econômica. Assim, destacam-se três diversas formas de intervenção, caracterizadas por um modelo puramente estatal, pela autorregulação regulada ou corregulação, e pela autorregulação puramente considerada (SOUZA, 2021, p. 62 ss.).

[13] Sobre a tutela de bens jurídicos por meio do perigo abstrato, nos delitos de aptidão, com especial atenção ao problema da prova no crime de manipulação de mercado: Sousa Mendes; Miranda (2005, p. 168 ss.).

[14] Costa Pinto (2000, p. 90-91) considera esta cláusula como exemplificativa. Em sentido contrário, defendendo uma interpretação fechada e taxativa do dispositivo, que parece estar mais adequada à exigência de determinação dos tipos penais: Machado Simões (2017, p. 155).

[15] Nesse sentido, em Portugal: Costa Pinto (2000, p. 90).

[16] Considerando-se os mercados financeiros como uma categoria mais ampla dos mercados de capitais, as expressões "mercados financeiros", "mercados de capitais" e "mercados de valores mobiliários" serão utilizadas indistintamente (CAVALI, 2017, p. 83 ss.).

Dessa forma, nos mercados de capitais, a regulação poderá ocorrer pelo Estado, por meio das agências reguladoras (heterorregulação), ou pelos próprios agentes econômicos que integram o mercado, a partir de uma lógica autorreguladora (CAVALI, 2017, p. 102 ss.).

No primeiro caso, a regulação estatal é realizada por autoridades público-administrativas independentes, dotadas de poderes regulamentares, supervisionais e sancionatórios[17]. Desse modo, essas autoridades possuem competência para emitir normas regulamentares sobre os mercados financeiros, que se relacionam com o problema deste estudo na medida em que estas constituem as chamadas normas jurídicas primárias. Ademais, elas possuem competência para supervisionar o funcionamento dos mercados, tanto de forma preventiva, por meio da concessão de autorizações para atuação, como *a posteriori*, com o acompanhamento dos atos realizados pelos operadores do mercado. E, ainda, detém competências de instrução e julgamento de infrações nas atividades sujeitas à sua supervisão[18] (SANSEVERINO, 2020, p. 36).

Já a autorregulação poderá ser voluntária, quando ocorra por iniciativa dos próprios agentes do mercado, sem interferência estatal, ou de base legal, sendo imposta por lei e submetida ao controle do Estado. Nesse caso, a atuação dos agentes é controlada pelos órgãos reguladores, sendo submetida à própria regulação, como uma típica forma de autorregulação regulada. Ainda, tal como a regulação estatal, a autorregulação também se caracteriza pelas funções normativa, fiscalizadora e sancionadora[19] (CAVALI, 2017, p. 107-109).

Ademais, destacam-se as fragilidades do modelo de autorregulação puramente privado, caracterizado pelas políticas neoliberais de desregulamentação econômica e autorregulação dos mercados. Esse modelo teria entrado em declínio com o aparecimento da crise financeira de 2008, bem como com a maior proliferação dos crimes econômico-financeiros na atualidade. Assim, por exemplo, cabe lembrar o escândalo da manipulação da taxa Libor, que evidenciou as consequências negativas da regulação puramente privada (SOUZA, 2021, p. 66-68).

---

[17] A passagem para o modelo de regulação por essas autoridades públicas independentes é donominada como a "publicização da regulação financeira e do direito dos valores mobiliários" (SOUSA MENDES, 2015, p. 138).

[18] O modelo de regulação dos mercados financeiros por autoridades independentes surgiu nos Estados Unidos com a *Securities and Exchange Commission* (SEC), em 1934. Destacam-se, ainda, a criação da Consob, na Itália (1974), a *Securities and Investment Board*, na Inglaterra (1986), a CMVM, em Portugal (1991), e a CVM, no Brasil (1976) (SANSEVERINO, 2020, p. 36 ss.). No mesmo sentido, sobre a regulação dos mercados pelas autoridades reguladoras financeiras: Sousa Mendes (2018, p. 455 ss.).

[19] No Brasil, cita-se como exemplo a Instrução n. 461/2007 da CVM, que impõe às entidades administradoras de mercados organizados de valores mobiliários a criação de um órgão regulador autônomo e independente (arts. 36 e 37).

Além disso, nessas situações, as condutas praticadas pelos agentes financeiros podem tomar proporções muito maiores do que o risco econômico por eles assumido, repercutindo as suas consequências negativas na vida de credores, contribuintes, e, nos casos de danos sistêmicos, em toda uma população. Isso veio a ocorrer, por exemplo, a partir do colapso do Lehman Brothers, que teve como consequência as medidas adotadas pelo Comitê de Basileia para a Supervisão Bancária, a fim de evitar a sua repetição no futuro (SILVA DIAS, 2017, p. 462-464).

Diante disso, no âmbito da competência penal da União Europeia, em prol da tutela da integridade e da transparência dos mercados financeiros da União, a Diretiva 2014/57/UE veio a estabelecer aos Estados Membros normas mínimas quanto à definição de infrações penais e sanções[20] em matéria de abuso de informação privilegiada e manipulação do mercado[21] (JARA DÍEZ, 2014, p. 51 ss.). Essa Diretiva é regulamentada pelo Regulamento (UE) n. 596/2014, que, apesar de não alterarem o regime do abuso de mercado em sua essência, passaram a alargar o âmbito de aplicação daquele regime até então existente, com a inclusão de novas práticas aos tipos incriminadores, que antes até poderiam ser consideradas como não desvaliosas[22] (BOLINA, 2018, p. 429 ss.).

Ademais, os mercados financeiros concentram uma área de riscos por excelência, a tal ponto que Ulrich Beck (2015: 5002 ss.) chegou a enquadrá-los na categoria dos riscos globais,

[20] O papel do Direito Penal para prevenir, ou reprimir, condutas atentatórias à atividade financeira é muito discutido na doutrina. Diante de sua subsidiariedade, reconhece-se ao Direito Penal um papel acessório, de forma a auxiliar as demais medidas no enfrentamento de crises. Assim, considerando-se a insuficiência das tradicionais estruturas jurídico-penais até então existentes, defende-se a criação de um novo Direito Penal, para a proteção do *standart of living* das pessoas contra os abusos de poder do *top menagement* financeiro. Esse Direito Penal teria como ponto de partida o reforço de princípios de ética financeira, consubstanciados em regras de *corporate governance*. Com isso, visar-se-ia o enfrentamento não apenas dos danos econômicos e sistêmicos, enquanto efeitos diretos da crise financeira, mas também dos diversos danos sociais que esta pode ocasionar, com reflexo no padrão de vida de uma multiplicidade de pessoas, como restou demonstrado nos casos de manipulação do Libor e do colapso do Lehman Brothers (SILVA DIAS, 2017, p. 456-463). Por outro lado, acerca da influência das crises econômicas sobre o Direito Penal, critica-se a sua utilização com um caráter regulatório-arrecadatório, de forma a descaracterizar o Direito Penal em prol de pretensões econômicas (SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2017, p. 70-74)

[21] Para uma análise da atividade de harmonização pela União Europeia da disciplina do abuso de mercado, à luz do princípio da necessidade: Rodrigues (2017).

[22] Crítica-se na doutrina essas alterações legislativas realizadas a nível europeu, que reorganizaram o sistema de fontes na estrutura do direito sancionatório do Mercado de Valores Mobiliários. Desse modo, aumentar-se-ia consideravelmente a complexidade do sistema sancionatório, com a influência imposta pelas normativas intrnacionais em detrimento dos sistemas jurídicos nacionais dos Estados. Assim, afirma-se que, apesar das constantes tentativas de uniformização legislativa a nível europeu, o controle e aplicação imediata do direito deveria ocorrer a nível nacional, apesar das dificuldades de se estabelecer mecanismos de comunicação entre os sistemas nacionais (COSTA PINTO, 2017, p. 41-42). No mesmo sentido: Silveira (2015, p. 33-35).

ao lado dos riscos ecológicos e de ameaças terroristas. Na visão do autor, esses riscos econômicos globais constituiríam uma forma de "irresponsabilidade organizada", oriunda da imponderabilidade dos mercados monetários e financeiros globais. Na era da denominada revolução da informação, seriam os fluxos financeiros quem definiriam quem ganha e quem perde, em uma lógica de maximização dos lucros. Não existindo uma forma de alterar o sentido dos fluxos, os riscos financeiros seriam do mesmo modo incontroláveis, produzindo seus efeitos a nível dos mercados globais e nacionais.

Por sua vez, pode ser difícil distinguir comportamentos que apenas se aproveitam das regras do mercado financeiro, ou que contribuam para a sua transparência, daqueles que possam colocar em risco o seu normal funcionamento[23]. Desse modo, a regulação de condutas como as vendas curtas (*short selling*) e as negociações de alta frequência (*high-frequency trading*) tem sido muito discutida atualmente, tendo em vista a vulnerabilidade que pode se encontrar o mercado em períodos de crise financeira, que pode ser ainda agravada com os novos instrumentos tecnológicos disponíveis aos operadores do mercado na atualidade (JARA DÍEZ, 2014, p. 80-81).

Diante disso, a figura do risco permitido exerce um papel fundamental na delimitação da responsabilidade penal em relação a determinados comportamentos considerados perigosos[24]. Nos mercados financeiros, tanto as sociedades cotadas que emitem as suas ações, bem como os investidores, estão sujeitos aos constantes riscos destes mercados em suas diversas perspectivas. Assim, a regulação dos riscos por meio de normas que delimitem a atuação desses agentes é medida imprescindível (SOUSA MENDES; MIRANDA, 2005, 169; 192-193).

[23] Assim, por exemplo, considera-se que uma sociedade cotada que omita informações contábeis à autoridade reguladora, mas adote medidas para prevenir a instabilidade dos preços dos instrumentos financeiros decorrentes dessa omissão, pode ter seu ato considerado como penalmente irrelevante. Para isso, essas medidas devem conter informações adicionais, como publicidades, informes de recomendação de inversão, existência de fatos notórios ao mercado, adaptação às práticas habituais do mercado, que sejam capazes de compensar as informações omitidas dos documentos contábeis (PAREDES CASTAÑON, 2014, p. 834-835).

[24] O risco permitido constitui um relevante critério para aferir a tipicidade penal dessas ações. Como um dos seus principais contributos para a interpretação dos tipos penais poder-se-ia indicar a integração das relações sociais vigentes e a configuração da sociedade em questão, como decisivo critério de imputação objetiva[24] (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013, p. 62-64). Assim, a existência do risco permitido encontra fundamento no núcleo de liberdade de cada cidadão, e, de uma forma mais geral, na ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e um interesse geral de liberdade. Essa ponderação deve considerar uma séria de fatores, como o valor dos bens expostos a perigo, a intensidade deste perigo, o interesse social na prática da ação perigosa, a eficiência e idoneidade da medida de cuidado adotada, a existência e o custo de medidas alternativas menos arriscadas, bem como o princípio da proporcionalidade (GRECO, 2013, p. 51-53).

4. O risco permitido e o crime de manipulação de mercado

A delimitação do risco financeiro permitido por meio da definição de determinadas práticas de mercado aceites nem sempre é tarefa fácil. Essa dificuldade surge principalmente a partir da grande complexidade de funcionamento dos mercados financeiros. Além disso, a volatilidade e a constante mutação que envolve as práticas negociais desse ramo específico do mercado contribuem significativamente para essa dificuldade[25] (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013, p. 77).

Por outro lado, em que pese esses fatores, a definição do risco permitido na atuação dos agentes dos mercados financeiros se torna muitas vezes indispensável para uma melhor concretização da tipicidade penal de determinadas condutas de manipulação de mercado. Para isso, é inevitável que se recorra a normas jurídicas primárias. Dentre estas, pode-se incluir tanto as normas de natureza administrativa emanadas pelas autoridades reguladoras nacionais, quanto as normas emanadas por organismos internacionais, seja a nível legiferante pelo Parlamento Europeu[26], ou mesmo recomendacional pela *European Securities and Markets Authority* (ESMA)[27] (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013, p. 77 ss.).

Dessa forma, por exemplo, o Regulamento 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, em seu art. 13, dispõe sobre as práticas de mercado aceites. Assim, conforme o dispositivo, a definição de uma prática de mercado aceite deve considerar elementos como a sua transparência, a salvaguarda para o funcionamento do mercado, o seu impacto na liquidez, eficiência e o mecanismo de negociação do mercado em causa, bem como o risco para a integridade dos mercados relacionados

[25] Essa situação explica a identificada volubilidade normativa do delito de manipulação do mercado, caracterizado por possuir um tipo penal aberto, com suficiente amplitude para integrar novas realidades e novas formas negociais lesivas dos mercados financeiros (COSTA PINTO, 2017, p. 36).

[26] Nesse caso, destaca-se o já citado Regulamento (UE) 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho. Este caracteriza-se por sua heterogeneidade normativa, podendo conter normas de natureza imperativa, ou mesmo normas permissivas e interpretativas. As normas permissivas podem apenas determinar a exclusão material do âmbito de vigência da nova legislação, como é o caso das operações de estabilização, previstas no art. 5º do Regulamento. Em outras situações, podem também funcionar como uma causa de exclusão da tipicidade, como ocorre com as práticas de mercado aceites (art. 13º do Regulamento). Já as condutas legítimas (art. 9º do Regulamento) constituem regras interpretativas de exclusão da imputação ou de confirmação da atipicidade do fato (COSTA PINTO, 2017, p. 38).

[27] No mesmo sentido: Cavali (2017, 188-189).

Nesse contexto, tratar-se-á aqui da atuação do risco permitido em alguns casos de criação de mercado[28], entendida como aquelas atividades que desempenham uma influência significativa na formação da oferta e da procura dos instrumentos financeiros (VEIGA, 2001, p. 209). Assim, em situações específicas, essas práticas podem ser aceitas e permitidas pelo mercado, ainda que possam vir a exercer alguma alteração em seu regular funcionamento[29] (JARA DÍEZ, 2014, p. 82). Contudo, quando mal utilizadas, poderão dar ensejo ao crime de manipulação de mercado.

Afinal, uma das peculiaridades do delito é o fato de este ser capaz de englobar atos que individualmente podem ser entendidos como lícitos, porém, quando tomados em seu conjunto, podem constituir uma forma de manipular o mercado. Por sua vez, a relevância penal das condutas deverá ser aferida em cada caso concreto, tamanha é a variação tipológica do delito (VEIGA, 2001, p. 210).

Diante disso, abordar-se-ão os casos das práticas conhecidas como *short selling*, das negociações de alta frequência, das operações de estabilização, dos contratos de liquidez e do *scalping*. Não se tem aqui, ressalte-se, a pretensão de esgotar a sua análise jurídica, que, por envolver questões muito específicas do Direito dos Valores Mobiliários, fugiria ao objeto de estudo dessa investigação. Desse modo, procurar-se-á estabelecer uma aproximação dessas condutas com o crime de manipulação de mercado, uma vez que a sua prática pode gerar um risco adicional ao regular funcionamento dos mercados financeiros.

4.1 Short Selling

O primeiro desses casos que se abordará é o das vendas curtas, também conhecido por *short selling*. Esta prática consiste basicamente na venda de valores mobiliários que ainda não são propriedade do vendedor (*short seller*)[30], e pode ser dividida em duas espécies: vendas curtas cobertas (*covered short selling*) e vendas curtas a descoberto (*uncovered* ou *naked short selling*). Na primeira, ainda que não detenha a propriedade do valor mobiliário objeto da venda, o *short seller* detém a sua posse, seja por empréstimo ou outro meio similar, a partir de uma

[28] Adota-se aqui o conceito em sua acepção ampla, englogando todos os agentes relacionados com a formação da oferta ou da procura (VEIGA, 2001: 209).

[29] Alexandre Brandão da Veiga (2001, p. 210) distingue estas atividades como criação excludente do tipo e manipulação fora do tipo. No primeiro caso, estar-se-ia diante de condutas em tese típicas, mas que o legislador optou por excluir do tipo penal. Já no segundo caso as condutas seriam em si mesmo lícitas, ou aceitas pela ordem jurídica.

[30] Outros autores caracterizam essa prática não a partir da titutaridade do vendedor sobre os valores mobiliários, mas por uma posição de dívida por aquele assumida no momento da emissão (REIS, 2001, p. 161).

espécie de *swap* temporário. Na segunda, o vendedor ainda não possui qualquer tipo de vínculo com o valor mobiliário objeto da transação[31] (ALVES, 2010, p. 11-13).

A utilização do *short selling* passou a sofrer restrições a partir da crise financeira de 2008[32], ainda que os benefícios obtidos pelo mercado com a sua proibição sejam duvidosos (ALVES, 2010, p. 21). A sua restrição se explica na medida em que a atuação em *short selling* tende a diminuir os preços das ações, contribuindo ainda mais para o seu efeito depreciativo que, por si só, já é normal em tempos de crise econômica. Com isso, essa prática inevitavelmente potencializa o risco de atuação no mercado, podendo acarretar a insolvência dos agentes com reflexos sistêmicos para todo o seu funcionamento[33] (REIS, 2001, p. 177).

Diante disso, constata-se que as instituições financeiras endividadas se encontram mais suscetíveis à manipulação de mercado durante a crise financeira. Assim, a restrição ao *short selling* nesse período se justifica para a própria proteção dessas empresas e do preço de seus ativos financeiros (LOBÃO, 2018, p. 181).

Em Portugal, permite-se apenas a realização de vendas curtas cobertas, devendo o ordenador (*short seller*) demonstrar ao intermediário financeiro que dispõe de meios para a sua liquidiação, sob pena de carecer de legitimidade para a operação. Excepciona-se essa situação, contudo, no caso de o intermediário financeiro assumir a liquidação por conta do ordenador (CMVM, 2008).

Ademais, em parecer realizado pela CMVM, destaca-se que a legitimidade do ordenador para a realização de vendas curtas não afasta a possibilidade de estas poderem constituir manipulação de mercado. A seguir, elenca determinadas situações em que isso poderá ocorrer: "a) Situações em que a realização das operações de vendas agravam ou são susceptíveis de agravar a volatilidade ou instabilidade dos mercados financeiros ou de um particular instrumento financeiro. b) Elevada dimensão das vendas curtas, quer em termos absolutos, quer em função da liquidez e da profundidade do mercado, quer por força da sua concentração num curto período de tempo. c) Influência significativa previsível ou efectiva na cotação do

[31] Quanto a essa segunda espécie, existem ainda duas acepções, uma mais ampla e outra mais restrita, que consideram o momento da emissão da ordem ou a sua liquidação, respectivamente, como determinantes para a qualificação da venda curta a descoberto (ALVES, 2010, p. 12-13).

[32] Nesse sentido: Lobão (2018, p. 196-197).

[33] Posteriormente à crise, o regime das vendas a descoberto veio a ser regulamentado a nível europeu, por meio do Regulamento n. 236/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho. Por meio desse Regulamento, passou-se a restringir a utilização das vendas curtas de ações a descoberto (art. 12). Sobre a aplicação do Regulamento, destaca-se os seguintes documentos da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados: ESMA (2017); ESMA (2018).

instrumento financeiro. d) Falhas de liquidação importantes, quando se verifique, afinal, inexistência de disponibilidade dos valores mobiliários alienados" (CMVM, 2008).

Nesse contexto, a atuação do agente que se utiliza das vendas curtas para manipular o mercado não se dá apenas em razão de suas crenças em uma determinada movimentação do mercado. Pelo contrário, ele mesmo cria as condições do mercado a si vantajosas, alterando os preços das ações, de forma a se afastarem de sua normalidade. Exemplifica-se com o caso do agente que vende valores mobiliários em uma quantidade significativa, fazendo cair o seu valor de mercado. A seguir à queda dos preços por ele mesmo ocasionada, compra essas mesmas ações abaixo de seu valor real. Diante isso, a restrição dessa prática se justifica em razão de sua potencialidade para prejudicar o regular funcionamento do mercado (REIS, 2001, p. 176-177).

Da mesma forma, destaca Thomas Hazen (1995, p. 357) que, na experiência norteamericana, a sua proibição esteve tradicionalmente associada com a manipulação operativa do mercado, dispensando-se o elemento fraudulento da conduta em si mesmo considerada[34]. Mas, por outro lado, também não se poderia excluir a possibilidade da utilização das vendas curtas para a manipulação informativa. Poder-se-ia referir, por exemplo, o caso do investidor que, após a realização de vendas curtas, divulga informações falsas sobre as ações para reduzir o seu preço e, com isso, adquiri-las por um valor menor ao da venda (JARA DÍEZ, 2014, p. 91-92; LOBÃO, 2018, p. 179).

Ainda, a prática do *short selling* pode ter reflexos no valor fundamental dos ativos não financeiros das empresas. Isso ocorre na medida em que os preços das ações têm influência significativa nos recursos sociais, de modo que a redução de um pode levar à consequente desvalorização do outro (LOBÃO, 2018, p. 180).

Além disso, as instituições financeiras e o mercado em geral não são os únicos alvos das vendas curtas realizadas com o intuito de manipulação. No caso das *naked short sellers*, até mesmo os investidores podem ser atingidos, uma vez que não poderão utilizar o seu direito de voto, ainda que sejam os legítimos detentores das ações. Desse modo, esses também se veem prejudicados ao ser obstada qualquer rentabilidade que poderia ser por eles usufruída em razão da posse dos valores mobiliários (LOBÃO, 2018, p. 190).

[34] Destaca-se, nesse sentido, a regra do *zero-plus tick*, adotada em 1939 pelo *Securities Exchange Act*, que levava em conta o preço de mercado da venda anterior como critério para restringir a utilização do *short selling*, quando o seu valor fosse superior ao da venda atual, a fim de evitar que as vendas curtas pressionassem os preços para baixo (LOBÃO, 2018, p. 194-195).

Por outro lado, a utilização do *short selling* pode muitas vezes ser benéfica para a estabilidade do mercado, contribuindo para a eficiência do processo de formação dos preços. Isso porque, a sua restrição acaba por excluir do mercado aqueles investidores com perpsectivas pessimistas (ALVES, 2010, p. 20). Da mesma forma, afirma-se que esta dificulta a incorporação das informações negativas nos preços das ações (LOBÃO, 2018, p. 184).

Por fim, a fim de considerar a restrição do *short selling* no âmbito de um determinado mercado, é importante ponderar os benefícios e os riscos causados ao regular funcionamento do mercado por essa prática (REIS, 2001, p. 178).

Diante disso, considera-se como medida imprescindível a restrição do uso do *short selling*, a fim de salvaguardar o regular funcionamento do mercado e prevenir os riscos de sua utilização como meio de manipular o mercado[35]. Embora se possam apontar possíveis efeitos positivos para o mercado a partir de sua utilização, entende-se que ela também configura um relevante incentivo à manipulação, sobretudo nos casos das vendas curtas a descoberto. Dessa forma, afigura-se necessário que se estabeleçam critérios concretos para a sua restrição, que levem em conta a real situação do mercado em causa, bem como as condições dos preços dos respectivos valores mobiliários, buscando-se a identificação daqueles setores mais suscetíveis à manipulação.

4.2 Negociações de alta frequência

As negociações de alta frequência, ou *high-frequency trading* (HFT), constituem atualmente um dos principais focos das autoridades reguladoras financeiras, no que se deve à propensão de sua utilização como uma forma de manipular o mercado (JARA DÍEZ, 2014, p. 96). Diante da vasta amplitude do tema, delimitar-se-á a sua análise justamente em relação a essse último aspecto, no que principalmente importa a este estudo. Assim, inicialmente, far-se-á breves considerações acerca de sua definição, bem como a possíveis vantagens e desvantagens dessa forma de negociação para o regular funcionamento dos mercados financeiros.

As negociações de alta frequência podem se apresentar de diversas formas ao mercado, sendo de grande dificuldade se chegar a uma definição única desse fenômeno. De modo geral, elas podem ser caracterizadas como “um conjunto vasto de técnicas de negociação empreendidas por intermediários financeiros que partilham entre si, quase como traço

[35] Contrariamente à restrição do *short selling* como meio de enfrentamento das condutas de abuso de mercado: Alves (2010, p. 23).

identitário comum, uma condição de dependência relativamente à velocidade com que logram a submissão, a transmissão, execução e o eventual cancelamento das suas ordens de mercado" (SANTOS ALMEIDA, 2016, p. 2). Ainda, as HFT podem ser englobadas na categoria das negociações algorítmicas, como forma de negociações computadorizadas que determinam o modo de execução de uma determinada ordem de compra ou venda de instrumentos financeiros (SANTOS ALMEIDA, 2016, p. 3).

Por um lado, costuma-se apontar que essas negociações podem ser benéficas aos mercados, trazendo melhorias à sua liquidez, ao processo de formação dos preços e ao nível global de sua eficiência. Contudo, a velocidade e complexidade dos processos computacionais são também capazes de aumentar os riscos inerentes a essas operações, de forma a sobrecarregar os sistemas de negociação e gerar ordens errôneas tendentes a alterar o normal funcionamento do mercado (SANTOS ALMEIDA, 2017, p. 432-433).

Ademais, as HFT podem ser suscetíveis de colocar em risco a integridade dos mercados financeiros, no que tange à regular formação dos preços. Favorecidos pelas condições de vantagem tecnológica em relação aos demais operadores do mercado, os negociadores de alta frequência encontram nas HFT um terreno propício para práticas manipulativas (SANTOS ALMEIDA, 2017, p. 433). Como exemplo, cita-se a prática conhecida como *spoofing*, ou *layering*[36]. Esta consiste na volumosa emissão de uma ordem de compra ou venda de ativos financeiros, sem a intenção de executá-la, tendo apenas o objetivo de conduzir o preço das ações a um determinado sentido, induzindo os investidores em erro quanto às normais condições da oferta e da demanda do respectivo mercado (FISCHER, 2015, p. 115-116).

Diante disso, no âmbito europeu, condutas consideradas como HFT passaram a ser incriminadas na ordem nacional e internacional. Nesse sentido, o Regulamento n. 596 (UE), em seu art. 12, n. 2, "c", passou a prever expressamente as negociações de alta frequência como uma forma de manipulação de mercado. Ainda, impulsionada pela crise finaceira e pelo escândalo *Libor*, a FSA inglesa também passou a incriminar certas formas de HFT (FISCHER, 2015, p. 113). Em Portugal, as negociações de alta frequência são consideradas como subsumíveis no tipo penal da manipulação de mercado, tal como previsto no art. 479, do CVM (SANTOS ALMEIDA, 2017, p. 433).

[36] Como outras tipologias da manipulação de mercado por meio das HFT, refere-se, ainda, as condutas conhecidas como *quote stuffing*, *momentum ignition* e *electronic front running* (FISCHER, 2015, p. 115-116).

4.3 Operações de estabilização

Por operações de estabilização, pode-se entender o conjunto de atividades suscetíveis de atingir um efeito de manutenção nos preços de um determinado produto financeiro. Assim, ela tem como efeito a fixação dos preços dos valores mobiliários dentro de certos limites previamente estabelecidos. Isso pode ocorrer por meio de diversas formas, como, por exemplo, nos negócios transmissivos. Nestes, o elevado volume dos negócios acaba por influenciar a normal formação dos preços, com a consequente fixação de um preço diferente daquele que se teria em condições normais da oferta e da procura do mercado (SANTOS, 2003, p. 405-406).

Dessa forma, a utilização dessa prática tem como efeito a criação de riscos adicionais para os mercados financeiros. Isso porque, a alteração artificiosa dos preços por determinados agentes do mercado pode acabar maquiando a real demanda da oferta e da procura dos valores mobiliários em causa (SANTOS, 2003, p. 398). Nesse cenário, indaga-se se as operações de estabilização poderiam ser consideradas como uma espécie de manipulação de mercado[37].

No contexto italiano, a partir do caso Parmalat, discute-se o desvalor jurídico-penal do comportamento de omitir determinadas operações financeiras, a fim de evitar a oscilação da cotação dos instrumentos financeiros. Essas medidas teriam como objetivo a proteção da própria empresa, de forma a evitar a atividade especulativa dos investidores. Desse modo, coloca-se em dúvida a legitimidade dessa prática, tendo em vista a possível frustração dos interesses daqueles investidores em prol da proteção da empresa por meio de manobras manipulativas dos emitentes (LUNGHINI, 2010, p. 232-233).

Por um lado, algumas operações de estabilização podem vir a trazer benefícios para alguns agentes do mercado. Assim, tanto investidores, quanto emitentes, podem ser beneficiados por essas operações, na medida em que elas diminuem o risco de uma alteração acentuada nos preços, possibilitando uma maior previsão e segurança em suas ações (SANTOS, 2003, p. 398-399).

Com base nisso, no regime europeu, optou-se por excluir das infrações de abuso de mercado aquelas medidas de estabilização de instrumentos financeiros, desde que preenchidas certas condições previamente estipuladas no art. 5º, n. 4, do Regulamento (UE) 596/2014[38].

---

[37] Para uma análise da estabilização como forma de manipulação de mercado em face da jurisprudência inglesa e americana: Rider (1997, p. 249-250). Ainda, sobre a utilização das chamadas *hot issues* como forma de manipular o mercado: Hazen (1995, p. 358 ss.).

[38] As condições relativas à estabilização vêm previstas pelos artigos 8º, 9º e 10º do Regulamento n. 2273/2003 da Comissão, no que tange aos prazos, divulgação e informação das operações, bem como ao preço dos valores

Assim, estabelece-se um regime de licitude dessas operações, delimitando o risco permitido de práticas em tese suscetíveis de alterar o regular funcionamento do mercado. Esse regime deve necessariamente levar em conta as condições de transparência do mercado em causa, bem como os preços dos valores mobiliários das operações em específico[39] (HAZEN, 1995, p. 354-355).

Por outro lado, é também inegável que as operações de estabilização tendem a aumentar o risco da manipulação de mercado, quando a manutenção artificial dos preços dos ativos financeiros ocorra por um período excessivamente longo (LUNGHINI, 2010, p. 237). Dessa forma, a verificação da licitude de uma operação de estabilização deve passar por uma análise minuciosa de seu regime legal. Assim, o estabelecimento de critérios que delimitem o risco permitido das operações de estabilização tem como finalidade salvaguardar os interesses dos agentes atuantes no mercado, por meio de princípios de transparência, para que todos tenham iguais oportunidades para aproveitar os efeitos e as consequências que a estabilização pode trazer[40].

4.4 Contratos de liquidez

Outra pratica que comumente se apresenta no mercado como aceite são os contratos de liquidez. Estes têm como objetivo aumentar a regularidade de negociação de ações em um determinado mercado, seja por meio do aumento de negócios transacionados, ou pela redução da volatilidade dos preços. Ainda, devem eles ser celebrados com um intermediário financeiro, e podem ter como contraparte qualquer emitente que atue em um mercado regulamentado ou sistema de negociação multilateral (CMVM, 2017).

Em Portugal, o Conselho de Administração da CMVM recentemente determinou os contratos de liquidez como prática de mercado aceite, nos termos do art. 13 do Regulamento n. 596/2014 da União Europeia. Para a sua devida regularidade, exige-se uma série de condições,

mobiliários, respectivamente. Em Portugal, a estabilização é permitida quando realizada com base nas condições previstas no Regulamento, conforme o art. 349 do CdVM.

[39] Para uma análise do regime de permissividade das operações de estabilização no contexto norte americano, em face do regime da SEC (Rule 10b-7): Hazen (1995, p. 354-355).

[40] Embora na maioria dos casos de desobediência aos critérios legais as operações de estabilização constituam o crime de manipulação de mercado, pode-se pensar em situações em que isso não irá ocorrer. Quando o ato não for suscetível de induzir terceiros em erro, por exemplo, no caso em que alguém anuncie de forma clara e pública que irá fazer uso dessa prática, e os preços do mercado realmente indiquem que dela sofreram influência. Ou, ainda, quando o agente não tenha conhecimento de que o ato praticado é capaz de oferecer perigo para o mercado. Além disso, não se pode esquecer dos casos específicos de violações de defesa do mercado por parte dos intermediários financeiros, que incorrerão em infração de natureza contraordenacional (VEIGA, 2001, p. 221).

como a sujeição do contrato à forma escrita, a previsão de determinadas informações relativas ao negócio, bem como o atendimento a limites relativos aos valores e quantidade das ações objeto do contrato[41].

Essas exigências se devem à potencialidade dos contratos de liquidez de gerar indicações enganosas na negociação de instrumentos financeiros. Assim, quando não cumpridos aqueles requisitos de transparência, podem eles constituir manipulação de mercado (CMVM, 2017).

No entanto, não é todo e qualquer descumprimento das condições exigidas aos contratos de liquidez que dará ensejo ao crime de manipulação de mercado. Quando não atendidos os deveres de defesa do mercado pelos intermdiários financeiros, por exemplo, a consequência da infração será de natureza contraordenacional, nos termos do art. 311 do CdVM.

Assim, é provável que a utilização das operações de liquidez incremente os riscos de infração ao mercado de valores mobiliários. Dentre esses riscos, poder-se-ia referir a possibilidade de atuação no mercado, pelo intermediário financeiro, apenas em determinados períodos favoráveis ao emitente; a possibilidade de concentração das operações na venda ou na compra dos valores mobiliários, criando um desequilíbrio na formação dos preços; o exercício do abuso de posição dominante decorrente dessa alteração dos normais valores de mercado; bem como o risco de impedir os demais participantes de conhecer a real liquidez inserida no mercado devido à falta de transparência do mesmo (ESMA, 2017: 4-5).

4.5 Scalping

Por último, analisar-se-á o desvalor jurídico-penal da conduta conhecida por *scalping*. Este pode ser definido como a prática do agente que compra determinados valores mobiliários no mercado, recomenda a aquisição dos mesmos por terceiros, e, posteriormente, aliena esses ativos financeiros. Dessa forma, obtêm-se um lucro com a sua venda quando as recomendações são suficientes para fazer subir os preços das ações. Para isso, é necessário que o agente seja capaz de influenciar o mercado com as suas opiniões, em razão da posição que nele ocupa, ou mesmo de sua reputação, sendo os casos mais conhecidos àqueles praticados por analistas financeiros ou jornalistas econômicos[42] (BRITO BASTOS, 2012, p. 293-294).

[41] Essas exigências estão contidas no documento CMVM, 2017.
[42] Para uma análise casuística dessa prática: Bastos (2012, p. 295 ss.).

Assim, diante do aproveitamento pelo agente do seu grau de influência no mercado, a fim de obter lucros a partir de suas próprias recomendações dirigidas aos investidores, a questão que importa saber é se esse comportamento pode ser qualificado como uma forma de manipulação do mercado. Analisando-se essa prática à luz do Regulamento n. 596/2014 (UE), a resposta seria positiva[43].

Contudo, a tipificação do *scalping* no ordenamento jurídico-penal português é duvidosa. Diante da não aplicação direta das incriminações previstas nas diretivas da União Europeia aos ordenamentos jurídicos nacionais, seria de verificar se esse é subsumível ao tipo penal da manipulação do mercado, nos termos previstos pelo art. 379 do CdVM[44].

Assim, poder-se-ia cogitar na sua tipificação com base na primeira modalidade do delito, no sentido de "quem divulgue informações falsas, incompletas, exageradas, tendenciosas ou enganosas". Se é certo que as recomendações que integram o *scalping* não constituem propriamente informações, elas sempre vêm acompanhadas de uma base factual que as deve fundamentar. Todavia, essa prática é caracterizada por dispensar a falsidade da recomendação, sendo isso que a diferencia de outras formas de manipulação, como o *pump and dump*. Nesse sentido, inclusive, a conduta descrita no Regulamento n. 596 (UE) não refere a necessidade de qualquer caráter fraudulento da recomendação, bastando que o agente a partir dela obtenha benefícios[45] (Brito Bastos, 2012: 308-309).

Dessa forma, o que será determinante para a caracterização do *scalping* é a existência de um conflito de interesse por parte daquele que realiza a recomendação. No caso dos analistas

---

[43] O Regulamento considera como manipulação de mercado a conduta de, "tirar proveito do acesso ocasional ou regular aos meios de comunicação social tradicionais ou eletrónicos emitindo opiniões sobre um instrumento financeiro, um contrato de mercadorias à vista com ele relacionado ou um produto leiloado baseado em licenças de emissão (ou indiretamente sobre o respetivo emitente), tendo previamente tomado posições nesse mesmo instrumento financeiro ou contrato de mercadorias à vista com ele relacionado ou produto leiloado baseado em licenças de emissão e tirando seguidamente proveito do impacto dessa opinião no preço do instrumento financeiro ou contrato de mercadorias à vista com ele relacionado ou produto leiloado baseado em licenças de emissão, sem simultaneamente ter divulgado, de forma adequada e eficaz, o conflito de interesses existente" (art. 12, 2, "d").

[44] A aplicação das diretivas da União Europeia na ordem interna depende da sua devida transposição pelos Estados, a fim de resguardar o princípio da legalidade (KLIP, 2009, p. 168).

[45] A fim de contornar a exigência quanto à falsidade inerente ao conteúdo da recomendação, afirma-se que esta se daria em razão de uma declaração tácita de inexistência do conflito de interesse. Ou seja, diante de uma informação divulgada pelo agente capaz de influenciar o mercado, deduzir-se-ia que este não teria nada a ganhar com isso. Ou, ainda, já se tentou sustentar o crime de manipulação de mercado por omissão imprópria, atribuindo ao *scalper* o dever de divulgar o conflito de interesse. Contudo, esses argumentos se revelam improcedentes, na medida em que o primeiro não necessariamente deve conduzir a uma declaração tácita de inexistência de conflito de interesse. Já quanto ao segundo, diz-se que, pelo menos em face da legislação portuguesa, não haveria um dever atribuível ao autor da recomendação de divulgar um conflito de interesse pré-existente (BRITO BASTOS, 2012, p. 310 ss.).

financeiros, esse conflito pode ir muito além de um suposto interesse pessoal no aumento dos preços dos valores mobiliários para uma posterior alienação. Pode ocorrer, por exemplo, que este também desempenhe atividade de intermediação financeira, o que é muito comum, de modo que a sua recomendação pode entrar em conflito com os interesses do próprio intermediário financeiro, dos seus clientes, ou, também, dos demais investidores[46] (FABRIZIO, 2002, p. 51 ss.).

Assim, não se poderia deixar de criticar a solução adotada pelo Regulamento n. 596 (UE), que considera o *scalping* como manipulação de mercado (art. 12, 2, "d"). Ao situar o desvalor do ilícito no conflito de interesse da recomendação, leva-se em conta um elemento extrínseco não relacionado com o seu conteúdo, que nada tem a ver com a falsidade da recomendação. De fato, essa previsão contrasta com a própria concepção da manipulação de mercado adotada pelo Regulamento, ao dispensar o caráter falso ou enganoso das informações, exigidos pelo art. 12, 1, "c", do mesmo Regulamento[47] (SEMINARA, 2008, p. 361-362).

Por fim, não se pode ingnorar que, ao se exigir a divulgação do conflito de interesse por quem faz a recomendação, poder-se-ia estar a aumentar os potenciais efeitos manipulativos daquela. Imagine-se o caso de um renomado analista financeiro, por exemplo, que, antes de divulgar a sua recomendação, afirma que comprou ações sobre as quais está a emitir uma opinião favorável. A divugação dessa informação poderia ser entendida pelos demais investidores como um sinal positivo de investimento, e acabaria por incrementar os efeitos daquela opinião, e, consequentemente, os ganhos do analista (BOLINA, 2015).

5. Conclusão

O crime de manipulação de mercado possui uma vasta amplitude normativa e pode abranger uma variada tipologia de casos. O delito visa punir aqueles atos de mercado que se desviem de sua função originária, que têm como fim alterar o regular funcionamento do

[46] Para a verificação da existência do conflito de interesse nas recomendações dos analistas financeiros, basta que se analise o seu conteúdo tendo em conta aqueles que representem uma ruptura dentre a série de recomendações dos analistas em um determinado período, e aqueles que contêm recomendações que contrastem com o *market sentiment* (FABRIZIO, 2002, p. 65).

[47] Afasta-se igualmente a hipótese de o *scalping* configurar o delito de abuso de informação privilegiada. Neste, a disposição de informação privilegiada deve ser anterior à aquisição dos instrumentos financeiros. Já no *scalping*, a situação é inversa, não se subsumindo no tipo penal de *insider trading* a aquisição de valores mobiliários com a posterior intenção de divulgar a recomendação, ainda não exteriorizada, e nem mesmo a posterior venda dos instrumentos financeiros, pois já não haveria mais qualquer informação destinada à publicação (SEMINARA, 2008, p. 361). No mesmo sentido, em Portugal: Bastos (2012, p. 301 ss.).

mercado. Assim, a causa-função daqueles atos pode ser encontrada no ordenamento jurídico primário, embora, em regra, a tipificação do crime independa da violação das normas ali estabelecidas.

Em Portugal, o delito é definido como um crime de perigo abstrato-concreto, ou de aptidão, sendo suficiente para a sua tipificação que as condutas sejam suscetíveis de pôr em causa o regular funcionamento do mercado. Por sua vez, a perigosidade das condutas que colocam em risco a integridade dos mercados financeiros deve ser aferida a partir de elementos concretos do mercado em causa.

Nesse contexto, são diversos os riscos a que estão submetidos os mercados financeiros, o que se deve principalmente à sua imponderabilidade e ao fato de os fluxos financeiros serem igualmente incontroláveis, podendo suas repercussões atingirem até mesmo níveis globais. Dessa forma, a regulação desses riscos é medida imprescindível, a fim de melhor delimitar a atuação dos operadores do mercado, proporcionando uma maior segurança aos agentes que lá atuam.

No âmbito europeu, essa regulação ocorre por meio do Regulamento n. 596/2014 (UE), que passou a reorganizar o sistema de fontes, aumentando a complexidade do sistema sancionatório em matéria dos valores mobiliários e lançando novos desafios à evolução do sistema jurídico quanto ao enfrentamento das condutas de abuso de mercado, em suas perspectivas nacional e internacional.

Assim, diante de sua volubilidade normativa, o crime de manipulação de mercado possui um tipo penal aberto, que pode ser influenciado por normas jurídicas primárias e mecanismos de *soft law*. Com isso, a definição do risco permitido se torna indispensável para afastar a tipicidade penal em determinados casos de criação de mercado. Essas condutas, apesar de causarem alguma alteração no regular funcionamento do mercado, poderão ser aceitas e permitidas em contextos específicos.

A prática do *short selling* tende a potencializar os riscos de atuação no mercado, sobretudo em períodos de crise, por agravar o efeito depreciativo nos preços dos ativos financeiros. As suas consequências podem atingir todos os agentes, sendo capaz de ocasionar danos sistêmicos ao funcionamento dos mercados financeiros. Diante disso, considera-se imprescindível a regulação dessas condutas, a fim de prevenir a utilização dessa prática para fins de manipulação.

As negociações de alta frequência constituem uma forma de inovação tecnológica capaz de revolucionar o sistema de compra e venda de instrumentos financeiros. Se, por um lado, elas são capazes de aumentar a eficiência do mercado, por outro lado elas podem também incrementar os riscos à sua integridadade, na medida em que as vantagens proporcionadas pela velocidade computacional podem ser usadas como meio de manipular o mercado. Assim, em deteminados casos, essas condutas passaram a ser incriminadas pela ordem nacional e internacional como manipulação de mercado.

As operações de estabilização têm como objetivo a fixação dos preços dos valores mobiliários dentro de certos limites. Embora essas operações possam aumentar os riscos para o mercado, por maquiar a real demanda da oferta e da procura dos instrumentos financeiros, elas também são capazes de proporcionar uma maior segurança e previsibilidade em relação aos valores desses ativos. Diante disso, as operações de estabilização passaram a ser permitidas pelo Regulamento n. 596/2014 (UE), mediante o cumprimento de certas condições, sob pena de se incorrer no crime de manipulação de mercado.

Os contratos de liquidez visam aumentar a regularidade da negociação de instrumentos financeiros. Em Portugal, passaram a ser considerados pela CMVM como uma prática de mercado aceite, mediante o atendimento a uma série de condições. Em razão de sua suscetibilidade a aumentar os riscos para a integridade dos mercados financeiros, o não cumprimento das condições previstas poderá dar ensejo ao crime de manipulação de mercado.

O *scalping* consiste no aproveitamento pelo agente de seu grau de influência sobre o mercado, passando a obter lucros com suas recomendações. Embora essa prática venha considerada como uma forma de manipulação de mercado pelo Regulamento n. 596/2014 (UE), entende-se que dela se difere. Ao situar o desvalor da conduta no conflito de interesse da recomendação, dispensando-se o seu caráter fraudulento, a sua definição não se identifica com a concepção da manipulação informativa do mercado.

6. Referências Bibliográficas

ALVES, Carlos. F. “Um breve contributo para a eliminação de alguns equívocos sobre o short selling”, **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários** [online], 37, disponível em http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/Artigo1Cadernos37.pdf, 2010.

BACCARI, Caterina. “Osservazioni in tema de manipolazione del mercato”, **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell’Economia**, 2-3, 1998.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**, [*e-book]*, Lisboa: Edições 70, 2015.

BOLINA, Helena Magalhães. “A revisão das diretivas do abuso de mercado: novo âmbito, o mesmo regime”, in: AA. VV., **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**, Coimbra: Almedina, pp. 425-451, 2018.

BASTOS, Miguel Brito. “Scalping: abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?”, **Revista de Concorrência e Regulação**, 9, pp. 293-324, 2012.

BRITO, Teresa Quintela. “Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes de organizações”, **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**, V. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Fundamento e limites da repressão penal da manipulação de mercado de capitais: uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

CMVM. Contratos de liquidez como prática de mercado aceite (PMA), [online], [acesso 19 fevereiro 2018], disponível em http://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/Informa%C3%A7%C3%A3oInvestidor/reg_abuso_mercado/Documents/Contratos%20de%20Liquidez%20como%20Pr%C3%A1tica%20de%20Mercado%20Aceite_10_11_2017.pdf, 2017

CMVM. “Parecer genérico sobre vendas curtas (short selling)”, [online], [acesso 05 março 2018], disponível em http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Pareceres/Pages/20080925d.aspx?v=., 2018

COSTA PINTO, Frederico Lacerda. "O novo regime europeu do abuso de mercado e a adaptação do sistema sancionatório nacional", CÂMARA, Paulo (coord.), **O Novo Direito dos Valores Mobiliários**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 33-42, 2017.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda. "Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal econômico", **Católica Law Review**, 3, pp. 91-113, 2017.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda. **O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários**. Almedina, Coimbra, 2000.

CRESPI, Alberto. "Insider trading e frode sul mercato dei valori mobiliari", **Rivista delle Società**, 6, 1991.

ESMA. "Final Report: Technical Advice on the evaluation of certain elements of the Short Selling Regulation", [online], [acesso 23 fevereiro 2018], disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/technical_advice_on_the_evaluation_of_certain_aspects_of_the_ssr.pdf, 2017.

ESMA. "Opinion of the European Securities and Markets Authority (ESMA): Relating to the intended Accepted Market Practice on liquidity contracts notified by the Comissão do mercado de valores mobiliários", [online], [acesso 20 fevereiro 2018], disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-171_opinion_on_cmvm_amp_on_liquidity_contracts.pdf, 2017.

ESMA. "Questions and Answers On the Regulation on short selling and certain aspects of credit default swaps (SSR)", [online], [acesso 23 fevereiro 2018], disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408_qa_on_ssr.pdf , 2018.

FABRIZIO, Stefano. "Os relatórios de research realizados por analistas financeiros e os fenômenos de abuso de mercado", [online], **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, 14, [acesso 27 fevereiro 2018], disponível em

http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/3149f31f92974edea53385d46c3ac8b3SFabrizio.pdf, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares", **Revista de Concorrência e Regulação**, n. 14/15, 2013.

FISCHEL, Daniel; ROSS, David. "Should the law prohibit "manipulation" in the financial markets", **Harvard Law Review**, vol. 105, pp. 503-553, 1991.

FISCHER, Jonathan; et. al. "Criminal forms of high frequency trading on the financial markets", [online] **Law and Financial Markets Review**, 9, pp. 113-119, [acesso 18 setembro 2018], disponível em http://doi.org/10.1080/17521440.2015.1052670, 2015

FONDAROLI, Désirée."Aggiotaggio mediante 'altri artifici: 'disvalore del fatto' e 'disvalore del contesto'", **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, 3, 2003.

GOMES DA SILVA, João. "O crime de manipulação do mercado", **Direito e Justiça**, n. 14, 2000.

GRECO, Luís., 2013, **Um Panorama da teoria da imputação objetiva**, 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

HAZEN, Thomas Lee. **Treatise on the law of securities regulation**. Practioner's edition, vol. I. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1995.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. **La protección penal transnacional de los mercados financieros**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

KLIP, André. **European Criminal Law: An Integrative Approach**. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009.

LOBÃO, Júlio. **A Regulação dos Mercados de Capitais**. Coimbra: Actual, 2018.

LUNGHINI, Giacomo. "Manipolazione del mercato come difesa dell'impresa?", **Banca Borsa Titoli di Credito**, 2, 2010.

MACHADO SIMÕES, Frederico. "Manipulação do mercado e o princípio da legalidade", **Anatomia do Crime**, 5, 2017.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel."Problemas de tipicidade en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores", in: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), **Crisis Financiera y derecho penal económico**. Madrid: EDISOFER, 2014.

REIS, Célia; et al., "Operações de short selling", **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários** [online], 12, II parte, [acesso 19 fevereiro 2018], disponível em http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/c4147258a9f84d17a0b37465f7df68b9short_selling.pdf, 2001.

RIDER, Barry; et al. **Guide to financial services regulation**, 3ª ed. Oxfordshire: CCH Editions, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "Direito penal econômico – é legítimo? É necessário?", **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 26, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso de mercado", **Católica Law Review**, V. I, 3, 2017.

SANSEVERINO, Enrico Rilho. "As informações obtidas pelas autoridades reguladoras financeiras e o problema de sua utilização como prova em processo penal: o caso do acórdão n. 360/2016 do Tribunal Constitucional português". **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico**, v. 3, 2019/2020, pp. 30-55.

SANTOS ALMEIDA, Miguel. “Introdução à Negociação de Alta Frequência”, ”, [online], **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, 54, [acesso 18 setembro 2018], disponível em http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/Cad54Artigo2.pdf, 2016.

SANTOS ALMEIDA, Miguel. “High-frequency trading – regulamentação e compliance no contexto da nova DMIF II”, CÂMARA, Paulo (coord.), **O Novo Direito dos Valores Mobiliários**. Coimbra: Almedina, p. 427-446, 2017.

SEMINARA, Sergio. “Il reato di aggiotaggio su strumenti finanziari”, **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia**, 2-3, 1998.

SEMINARA, Sergio. “Disclose ou abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie”, **Banca Borsa Titoli di Credito**, 3, 2008.

SILVA DIAS, Augusto. “O direito penal como instrumento de superação da crise econômico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, **Anatomia do Crime** 0, pp. 45-73, 2014.

SILVA DIAS, Augusto. “ ’Quando a música pára...’, aplaudimos os executantes? Sobre o papel do direito penal na superação da crise financeira global”, AA.VV, **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**, V. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal**. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

SJOBLOM, Thomas. **Primer: Investigating and providing a market manipulation case**. polic., Washington D.C, 1993.

SOUSA MENDES, Paulo. “Como lidar com os casos de abuso de mercado transnacional? – o caso Citigroup”, AA.VV., **Direito sancionatório das autoridades reguladoras**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 355-363, 2009.

SOUSA MENDES, Paulo; MIRANDA, António. João. “A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro”, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 15, 2005.

SOUSA MENDES, Paulo. A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras. **Anatomia do Crime**, 1, p. 129-150, 2015.

SOUSA MENDES, Paulo. A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores dos mercados financeiros, in PALMA, M. F. SILVA DIAS, A.; SOUSA MENDES, P. (coord.). **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: LiberArs, 2021.

VEIGA, Alexandre Brandão. **Crime de manipulação, defesa e criação de mercado**. Coimbra: Almedina, 2001.

Um futuro sem o qual não haverá futuro

Humberto Tostes Ferreira[1]

Resumo: O presente texto aborda a necessidade do Direito Penal Ambiental como instrumento legítimo de preservação do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica enquanto meio inevitável para tal. Pretende-se aqui pontuar a urgência das pautas relacionadas ao meio ambiente e de se repensar a relação da nossa sociedade com o mesmo, bem como ressaltar a insuficiência do estado atual da técnica penal para a completa responsabilização dos entes fictícios.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Direito Penal Ambiental. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Abstract: This paper points out to the necessity of the Environmental Criminal Law as a legitimate instrument for the environment preservation and the criminal liability of the legal person as an inevitable way to do so. This paper aims to show the urgency of the environmental agenda and the necessity to rethink the relation of our society with its environment, as well as to highlight the current lack of means in the criminal law for the legal entity to be held accountable.

Keywords: Economic Criminal Law. Environmental Criminal Law. Criminal liability of the legal person.

[1] Advogado. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

1. Introdução

Desde a publicação do relatório Brundtland – denominado *Our Common Future* – pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, as questões ambientais, em especial a proteção da natureza, vêm ganhando protagonismos nos âmbitos nacionais e internacional. O caminho não poderia ser diferente, uma vez que o ser humano e suas atividades são hoje a maior causa de mudanças climáticas e biológicas, traços que, para alguns, nos colocam em uma nova era geológica, no antropoceno[1]. Essa inevitável preocupação, essencial à existência da raça humana em nosso planeta, também perpassa pela *ultima ratio* estatal, sendo e devendo ser o Direito Penal um instrumento voltado à proteção do meio ambiente – para HEFENDEHL (2010)[2], o bem jurídico com maior legitimidade em sua proteção, uma vez que não são criação humana, mas decorrem da própria natureza.

Como se depreende da análise dos possivelmente mais graves danos ambientais ocorridos no Brasil[3], o desempenho de empresa por meio de pessoas jurídicas é fator comum a todos eles, pois sendo os entes fictícios a forma mais comum e eficiente de organização de atividades econômicas, é natural que a delinquência ambiental se dê no âmbito ou com a utilização de entes morais. Assim, pode-se compreender o Direito Penal Ambiental como um dos plausíveis braços do Direito Penal Econômico, pois, de acordo com GRACIA MARTIN (2005)[4], o conteúdo do segundo é fixado por meio de um critério de validade geral, qual seja, pela relação existente entre o fato delitivo e o desenvolvimento de uma atividade econômica.

Tendo essas considerações em mente, a presente exposição objetiva – de modo rarefeito, não exauriente – perpassar por alguns aspectos atuais do Direito Penal Econômico, em especial

---

[1] Nessa esteira, parece interessante aqui trazer alguns destaques do relatório "*Climate Change 2021: The Physical Science Basis"* confeccionado pelo *The Internacional Panel on Climate Change*, o qual pontua: i) que a influência humana no aquecimento do planeta é inequívoco e inquestionável; ii) que as recentes alterações climáticas não têm precedentes ao longo de milhares de anos; iii) que todas as regiões do globo serão afetadas por eventos extremos causados pelo aquecimento global, como secas, ciclones tropicais, chuvas fortes, ondas de calor e de frio. (*The internacional Panel on Climate Change. **AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis.*** Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#FAQ>. Acesso em: 09 ago 2021.)

[2] HEFENDEHL, Roland. **Uma Teoria social do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 87, 2010, p. 116.

[3] Em exemplificação pode-se elencar os rompimentos das barragens de rejeito de mineração em Mariana/MG (2015 – Samarco Mineração S/A) e em Brumadinho/MG (2019 – Vale S/A), o incêndio na Ultracargo no porto de Santos/SP (2015 – Terminal Químico de Aratu S/A), o vazamento de óleo na Bacia de Campos (Chevron Corporation), o naufrágio da plataforma P-36 na Bacia de Campos (2001 – Petróleo Brasileiro S.A.) entre outros.

[4] GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução: Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005, p. 54-55.

o Direito Penal Ambiental, visando fomentar o debate acerca de certos pontos – como a sua importância e a responsabilização penal da pessoa jurídica. Como se verificará, opta-se pela utilização do método hipotético para elencar um conjunto de proposições, as quais serão lastreadas pela bibliografia pertinente à técnica, em especial, legislação, doutrina e jurisprudência.

2. A necessidade de um Direito Penal Ambiental

Como é de conhecimento comum, hodiernamente, o equilíbrio e a preservação ambiental são questões essenciais para continuidade da vida humana. Não à toa as pautas climáticas frequentemente entram na ordem do dia – em exemplo, cita-se a recente reunião da Cúpula de Líderes sobre o Clima ocorrida no final de abril de 2021. Ainda assim, como debatido na comunidade internacional, mesmo com a queda na emissão de gases responsáveis pelo efeito estufa em razão da pandemia de Covid-19, existem previsões de que o aumento na temperatura global pode ultrapassar 3º até 2100[5].

Conforme se extraí do *Emissions Gap Report 2020*[6], o Brasil figura como um dos principiais responsáveis pela emissão gases do efeito estufa por meio da conversão de florestas em plantações ou pastagens. É possível se cogitar que tal afetação tome tamanho vulto por meio da adoção de políticas, as quais, embasadas pela ideologia neoliberal, segundo MILANEZ (2020)[7], conferem ao Brasil, no governo de Bolsonaro, traços de um neoextrativimos ultraliberal e marginal – ultraliberal em razão da redução na fiscalização, bem como da facilitação na obtenção de licenças e marginal pelo incentivo da realização de atividades em áreas de preservação ambiental e em territórios indígenas.

O mencionado cenário parece indicar uma insuficiência dos mecanismos administrativos de fiscalização e regulação, seja pela possível captação das agências reguladoras pela iniciativa privada, seja pela sujeição dos órgãos executivos à política de

[5] NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a lacuna das emissões.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/relatorio-lacunas-das-emissoes>. Acesso em: 11 mai. 2021.

[6] Ibid., **Emissions Gap Report 2020.** p. 8**.** Disponível em: <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2020>. Acesso em: 11 mai. 2021.

[7] YOUTUBE. **Economia Política da Mineração** - Unidade 2. Apresentador: Bruno Milanez. Debatedores: Tádzio Coelho, Karina Kato. Mediador: Luiz Wanderley. [*S. l.*], [PoEMAS], 14 jul. 2020. 1 vídeo (ca125 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AGOwNmWdHmA&feature=youtu.be>. Acesso em: 11 mai. 2020.

governo erigida[8]. Em semelhante forma, não é crível que simples alterações legislativas[9] sejam capazes de cambiar o *modus operandi* exposto, pois a economia nacional aparenta ser totalmente dependente do uso predatória do meio ambiente[10] e os grandes agentes econômicos que desenvolvem tal atividade possuem forte influência no âmbito político[11]. Nesse sentido, figura como proveitoso colacionar as pontuações de AGAPITO, MIRANDA E JANUÁRIO (2020)[12], de que:

[8] Nesse sentido, merece nota o comentário de JIMENÉZ apoioado em HARCOURT de que: sin duda, no hay una division clara entre estado y corporación, no hay una <lucha antagónica> entre instituciones públicas y privadas sino una <cooperación simbiótica> (Tombs 2012, p. 174). La relación entre actores públicos y privados en la financiarización es un processo de concentración del poder de clase. (…) La simbiosis mercado-estado ha convertido el derecho a la vivenda en un mecanismo predatorio del poder corporativo. El poder corporativo creció tanto en su marco de impunidad que no parecía preocuparse por la legalidad de sus prácticas, como si la debacle financeira y econímica fuese un fenómeno natural y nadie pudiera interferir en el <funcionamento eficiente de los mercados> [sic]. (HARCOURT apud JIMENÉZ, Daniel et al. **Financiarización y criminología del saqueo.** In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (dirs.). Derecho Penal Económico y Derechos Humanos. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, Mª Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 28.)

[9] Ao contrário, como se depreende de movimentos como o PL 3.729/04, a atual tendência parece ser o afrouxamento dos mecanismos administrativos de controle. Nesse sentido: **Aprovado texto-base do projeto sobre licenciamento ambiental; votação continua na manhã dessa quinta.** Câmara dos Deputados [s. l.]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/758640-aprovado-texto-base-do-projeto-sobre-licenciamento-ambiental-votacao-continua-na-manha-desta-quinta/>. Acesso em: 13 mai. 2021.

[10] É preciso aqui afastar o mito de que o Brasil seria uma nação voltada ao extrativismo, o conto de fadas de que nossas "riquezas ambientais" são dádivas divinas comprovadoras de uma vocação natural para esse modelo econômico. Em verdade, tal falácia é um engodo retórico fantasioso, elaborado para acobertar a forma como o capitalismo brasileiro, de terceiro mundo, foi relegado no plano neocolonial a mero extrator e exportador de matéria-prima. Em exemplificação dessa influência neocolonial, cita-se Zaffaroni, para quem: "Os populismos latino-americanos do século passado fizeram parte de um momento global em que o Hemisfério Sul encurtou sua diferença com o Norte, pois muitos Estados alcançaram seu próprio desenvolvimento com medidas protecionistas, o que incomodou o Norte, que acabou desencadeando um novo exercício de poder neocolonial […]. Essa reversão – que continua até hoje – confirma que o capitalismo central é sempre centrípeto (retraído), e não centrífugo (expansivo). Então, como esperado, o neocolonialismo impediu o desenvolvimento autônomo da região contendo as tentativas dos Estados de bem-estar dos movimentos populistas, gerando um segundo estágio neocolonial que conseguiu alienar as forças armadas locais com a chamada ideologia de segurança nacional, instalando ditaduras militares em rede." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** Tradução: Rodrigo Murad do Prado. - 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 28-29.)

[11] Ainda na esteira de Zaffaroni, parece interessante colacionar o pensamento de que: "o poder político de origem democrática está sendo transferido para os gestores de corporações, atuais tomadores de decisões, das quais os governantes dos países-sede não conseguem ser libertados, gerando, desta forma, Estados *pós-soberanos*, porque seus políticos não respondem à vontade de seus eleitores, mas sim aos limites impostos pelos organismos creditícios funcionais às corporações. Mesmo quando querem responder à vontade de seus eleitores, o fazem de modo viciado pela mídia – pertencente ao totalitarismo financeiro – que condiciona a opinião com falsidades, etiquetas e pânico moral, assumindo o papel de empresários morais da contemporaneidade para eleger governos obedientes a seus interesse corporativos. (Ibid., p. 46-47.)

[12] AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. A ganância econômica e os crimes ambientais: a sustentabilidade como parâmetro para o risco permitido no direito penal ambiental. *Derecho Penal y Criminologia*, Buenos Aires, v. 10, n. 1, p. 169-187, fev. 2020. p. 175-176).

> […] para além de expansão da legislação, é necessário entender sua aplicação e exigibilidade. Não há hoje análise de impacto regulatório da legislação ambiental e muito menos das relações de captura a partir da regulação posta, o que torna a análise de mudança de marco legal pouco produtiva. Os casos da Petrobrás na área de petróleo e da Samarco e Vale na área de mineração demonstram tendência de captura dos agentes estatais. E não se espera, por ora, comportamento distinto por parte dos reguladores estatais, pois a causa-raiz do problema se mantém: a econômica nacional depende da extração de *commoditties*, atividade exercida por um pequeno grupo de empresário, poderosos o suficiente para capturar mais do que a regulação ambiental. (…) por mais que existam marcos de controle de riscos ambientais desenvolvidos, cono é o caso do Marco de Sendai, sugerido como alternativa "para a redução substancial, no Brasil, dos riscos de desastres e de impactos ambientais, sanitários e socioeconômicos que os mesmos provocam", não basta citar sua existência e esperar por marcos legais que o exijam. É necessário, em verdade, aprimorar a capacidade de execução do marco regulatório, sendo imperativo melhorar a fiscalização, integrar as diversas formas de controle social (formal e informal), impor a medição sobre quais medidas funcionam e quais não funcionam, além de apontar a causa-raiz do funcionamento e das falhas apuradas, bem como demonstrar qual mudança de comportamento foi apurada a partir do rearranjo gerencial imposto à atividade econômica.

Além da atividade lesiva com roupagem legal, também é necessário se atentar aos danos ocasionados por práticas evidentemente proibidas – como o garimpo[13] e o desmatamento[14] ilegais. Aliás, reafirmando a descrença na suficiência da via administrativa para tratar da matéria e repontuando a possível captação de parte das instâncias governamentais por criminosos ambientais, pode-se exemplificar a plausível conveniência de setores do atual governo com práticas ambientais ilegais por meio de suposta falsificação documental, em teoria perpetrada pelo até então Ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles, visando acobertar a exploração e a exportação de madeira ilegal na Amazônia[15].

Os crimes perpetrados pela Samarco Mineração S/A em Mariana/MG e pela Vale S/A em Brumadinho/MG também são exemplos da magnitude dos possíveis danos ambientais e humanos oriundos da negligência na gestão de riscos, em especial na gestão de barragens de rejeitos de mineração. Nesse sentido, como se extrai do II Relatório Anual de Segurança de

[13] **Garimpo ilegal explode em território ianomâni e ameaça indígenas.** G1 [s. l.]. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/03/25/garimpo-ilegal-explode-em-territorio-ianomami-e-ameaca-indigenas.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2021.

[14] **Março de 2021 tem recorde de desmatamento na Amazônia Legal.** CNN [s. l.]. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/04/09/marco-de-2021-tem-recorde-de-desmatamento-na-amazonia-legal>. Acesso em: 11 mai. 2021.

[15] **Salles é investigado por suposto envolvimento em esquema de exportação ilegal de madeira.** G1 [s. l.]. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/07/20/ricardo-salles-e-investigado-por-suposto-envolvimento-em-esquema-de-exportacao-ilegal-de-madeira.ghtml>. Acesso em: 04 ago. 2021.

Barragens de Mineração da Agência Nacional de Mineração – ANM (2021)[16] –, chama atenção o fato de que 47 das 871 barragens cadastradas no Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração – SIGBM – encontram-se em estado de emergência, sendo que 3 delas estão em ruptura iminente.

Consonante à ROXIN (1997)[17], ao se aderir ao pensamento de que a principal função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos primordiais constitucionalmente elencados, exsurge como fulcral a extração da tipicidade material nas balizas político-criminais da Carta Maior. Em verdade, como já fixado pelo Supremo Tribunal Federal[18], o próprio texto constitucional traz mandamentos de criminalização, sendo a ele contrária a adoção deficiente de tais medidas. Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 é cristalina ao possibilitar a intervenção do Estado na Economia, inclusive por meio do Direito Penal, legitimando a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular – art. 173, §3º, da Constituição da República[19] –, bem como contra o meio ambiente – art. 225, §3º, da Constituição da República[2021].

Aliás, a proteção do meio ambiente, em especial com a utilização de mecanismos criminais, é um crescente movimento ao redor do globo, havendo sua previsão por diversos ordenamentos jurídicos[22] e no âmbito internacional. Nesse sentido, parece interessante aqui

[16] AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **II Relatório Anual de Segurança de Barragens de Mineração.** 2020. p. 25. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/barragens/relatorios-anuais-de-seguranca-da-barragens-de-mineracao-1/RelatorioAnual2020Final.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

[17] ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general.** Traducción: Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz. García Conllendo; Javier de Vicente Remesal. Tomo I: Fundamentos. La esctructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 60-63.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 104.410**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3903548>. Acesso em: 11. mai. 2021.

[19] BRASIL. **Constiuição da República Federativa do Brasil de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2021.

[20] Ibid

[21] Tal pensamento é corroborado por autores como Washington Peluso Albino de Souza, para quem a Constituição de 1988 contraria a tradicional resistência da doutrina brasileira e, ao situar o Estado como agente normativo e regulador da Ordem Econômica, também possibilita a responsabilização dos entes fictícios nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 120-121.

[22] Merece nota a vanguardista Constituição Equatoriana, a qual introduz o conceito de "direitos da natureza", reconhecendo a "Pacha Mama" como sujeito de direito. EQUADOR. ***Constitución del Ecuador***. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf> Acesso em: 11 mai. 2021.

colacionar parte da Diretiva 2008/99/UE do Parlamento Europeu[23], a qual, regulamentando a proteção da natureza, contém expressa previsão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas e acentua que:

> A experiência tem revelado que os actuais regimes de sanções não tem sido suficientes para garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente. Esta observância pode e deverá ser reforçada através da previsão de sanções penais que reflictam uma desaprovação social qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização do direito civil. [Sic]

Outra possível prova de que a proteção ambiental por meio da seara criminal tende a ter cada vez mais lugar é o crescente debate penal no âmbito internacional para a adição do ecocídio no rol dos crimes sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Nessa linha, como elucida MARTÍNEZ (2018)[24], pelo conceito proposto por Polly Higgins à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, ecocídio é a destruição ou a perda de um ou mais ecossistemas de uma região, seja pela ingerência direta do homem, seja por fatores a ele coligados, e que cerceiam a utilização do meio ambiente pelas gerações presentes e futuras – ou seja, casos como os extensivos danos supramencionados em nota de rodapé, os quais ocorreram no Brasil e demonstram a necessidade de um Direito Penal Ambiental.

3. A responsabilização penal dos entes fictícios

Fixados breves comentários à aparente necessidade de existência e de evolução do Direito Penal Ambiental, bem como à tendência de ampliação de sua abrangência, parece interessante tecer algumas linhas acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois, em razão do vulto econômico e organizacional, os cotidianos e os grandes danos ambientais comumente se dão por meio ou no seio de entes fictícios – razão pela qual são matéria de interesse do Direito Penal Econômico. Pontua-se que não se pretende aqui remontar ao superado debate sobre a possibilidade de responsabilização penal dos entes morais, pois, nas palavras de

[23] PARLAMENTO EUROPEU. ***Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 19 de novembro de 2008**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099> Acesso em: 11 mai. 2021.

[24] MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y <ecocidio>. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (diretores). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, Mª Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 263.

GALVÃO (2017)[25], "feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário à realização da vontade do legislador".

Ainda que art. 3º da Lei nº 9.605/98[26] fixe a responsabilização penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais e que o Supremo Tribunal Federal[27] compreenda que ela deva ocorrer de forma autônoma à da pessoa natural – a chamada autorresponsabilidade –, a dogmática penal atual ainda não é capaz compreender em seu todo o fenômeno delitivo advindo dos entes fictícios. Em grande parte, como a frente será melhor demonstrado, tal impossibilidade advém de incongruências filosóficas entre parte da doutrina penal e o modelo constitucionalmente escolhido para o âmbito criminal.

Mesmo com acertos significativos[28], a jurisprudência também não foi capaz de corrigir a citada incompatibilidade. Por exemplo, no importante julgamento do RE nº 548.181/PR, ao fixar critérios para a autorresponsabilidade dos entes morais, a Suprema Corte elencou dois requisitos importados do sistema vicariante – também chamado de heterorresponsabilidade –, quais sejam: i) a infração deve ser cometida por meio de órgão colegiado do ente moral atribuído da função ou de decisão de representante legal ou contratual; ii) a pessoa jurídica deve obter proveito com o ilícito.

Tais requisitos, desnaturadores de uma verdadeira autorresponsabilidade dos entes fictícios, se devem ao fato da teoria analítica do delito não se encontrar suficientemente desenvolvida no âmbito da doutrina penal pátria, sendo necessário uma melhor estruturação da noção de ação penalmente relevante e de culpabilidade. Em seu voto, a própria Ministra Rosa Weber[29] coloca que:

> […] a finalidade da imposição de uma pena aos entes coletivos não pode se guiar por critérios embasados na comparação ou na pretensão de correlação das pessoas jurídicas com as pessoas físicas, tornando-se indispensável, portanto, a elaboração de novos – exclusivos ou conglobantes conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas. Nessa linha, após fazer a constatação da necessidade de alguma

[25] GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** 4. ed; rev. atual. ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 18.
[26] BRASIL. **Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 11 mai 2021.
[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 548.181/PR**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 13 mai. 2020.
[28] Pode-se exemplificar com: i) a fixação do acento constitucional das balizas político-criminais; ii) a verificação de que a tradicional dogmática penal não foi aderida pelo constituinte de 1988; iii) a independência da responsabilidade penal da pessoa natural a da pessoa fictícia; iv) a demonstração da ordem constitucional de desenvolvimento dos tradicionais entendimentos dogmáticos. (Ibid)
[29] Ibid.

> readequação das bases dogmáticas do Direito Penal clássico, seja pela elaboração de diferentes noções de ação e de culpabilidade, seja fundamentado a aplicação de pena à pessoa jurídica sem a existência de culpabilidade; ou ainda moldando-se um sistema de imputação específico a partir das características das pessoas jurídicas.

Preponderam hoje na compreensão dogmática penal nacional as concepções de ação penalmente relevante e de culpabilidade oriundas do finalismo de Welzel e do funcionalismo de Roxin, sendo que ambas são filosoficamente incapazes de compreender plenamente a realidade que é a delinquência oriunda das pessoas jurídicas. O primeiro se limita ao firmar suas premissas ontológico-personalistas no elemento psíquico do agente – o qual inexiste em entes morais – e ao visualizar a ação apenas em seu sentido cartesiano, direcionado ao resultado típico[30]. O segundo, diferentemente do *Bundesverfassungsgericht,* peca ao não admitir a aplicação da autoria mediata pelo domínio da organização no âmbito empresarial e, ao fixar o conceito de ação na manifestação da personalidade humana, compreende o ser humano como o centro anímico espiritual da ação – ou seja, o único apto à prática de ações penalmente relevantes[31].

Talvez um possível novo caminho para contornar as aparentes incongruências filosóficas apresentadas seja a utilização das teorias da argumentação e da comunicação, principalmente os pensamentos de Wittgenstein e de Habermas, como faz Vivés Antón em sua teoria significativa da ação. Assim, por exemplo, o conceito de ação penalmente relevante poderia perder o seu caráter universal e deixar de ser obtido ontologicamente – não advindo mais do ato em si, mas de seus significados ante os parâmetros normativos.

De forma semelhante, a culpabilidade também é tema equívoco na dogmática penal, não sendo seus fundamentos e sua estruturação consenso doutrinário no tangente à aplicação às pessoas naturais, quiçá aos entes fictícios. Remontado ao pensamento de Vives Antón, BUSATO (2015)[32] atribui às matrizes filosóficas deterministas – tanto física, quanto lógica – as dificuldades que o conceito enfrenta, pois esta seria "incompatível com o direito e com a liberdade de vontade, como critério absoluto, não se liga à ideia de culpabilidade, porque também indemonstrável.".

---

[30] WELZEL apud SILVA, Marco Antônio Chaves da. **A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa**. 2019. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 62.

[31] ROXIN, op. cit., 1997, p. 245.

[32] BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80-82.

Contornando a problemática da definição e da estruturação da culpabilidade na atualidade da teoria analítica do crime em razão do objetivo e das limitações espaciais do presente trabalho, figura como mais interessante uma breve explanação do pensamento de Gunter Heine e de Adan Nieto Martin sobre possíveis modos de se compreender a culpabilidade dos entes morais. Repisa-se que o objetivo da exposição é fomentar o debate, ventilado outras formas possíveis de se pensar a temática de maneira desatrelada à culpabilidade das pessoas naturais.

Remontando o pensamento de Gunter Heine, Barbosa (2014)[33] pontua que o autor alemão pensa a culpabilidade das pessoas jurídicas como categoria sistêmica com requisitos normativos. A culpabilidade em si seria obtida pelo julgador por meio da análise da "dimensão temporal" - traduzida como a administração do risco próprio da atividade empresarial – e da atitude empresarial – compreendida como a falha na organização das estruturas empresariais em decorrência de uma concreta atitude empresarial, como, por exemplo, a utilização de uma nova tecnologia sem a adoção das precauções necessárias para evitar ou diminuir os possíveis riscos dela oriundos.

No tangente ao pensamento de Adan Nieto Martin, Barbosa (2014)[34] expõe que, para o autor espanhol, a pedra angular da culpabilidade dos entes fictícios residiria no defeito da organização empresarial, ou seja, da não organização da empresa para precaver razoavelmente os riscos derivados do exercício da empresa. Assim, a aferição da culpabilidade se daria por meio da análise da criação de riscos gerados independentemente de um comportamento individual, verificando condutas dolosas ou imprudentes dos componentes da estrutura empresarial, o que incentivaria a busca por autorregulação e transportaria o ônus da prevenção de fatos delitivos do Estado para as empresas – as quais assumiriam papel coadunante com a sua posição de predominância nas relações sociais.

Para além de alterações estritamente técnicas da dogmática penal, outra possível rota, mais árdua, mas aparentemente emancipatória e muito mais efetiva para proteção ambiental, pode ser a reestruturação da dogmática penal sob um novo paradigma epistemológico, cambiando os alicerces europeus positivistas por diferentes formas de compreender o mundo.

[33] BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014, p. 120-122.
[34] Ibid., p. 144-145.

Nesse sentido, abordando os entraves que a criminologia[35] hodiernamente vive em seu desenvolvimento, Zaffaroni (2020)[36] traz que:

> Essa limitação epistemológica de nossa criminologia acadêmica também é colonialista ou, pelo menos, eurocêntrica (talvez melhor chamá-la hoje de nortecentrismo), porque não se libertou da influência de Hegel e seus seguidores até derivar no chamado "fim da história". Como em definitivo é o poder (o senhor) quem decide o que é (ou não) ciência, para descartar todo conhecimento que parece disfuncional e deslegitimá-lo cientificamente como política, folclore, tradição, etc., ainda estamos sujeitos às epistemologias do Norte e, por essa razão, os discursos críticos de pensadores e lutadores – para não mencionar os anônimos – não são considerados criminológicos. […]
>
> Nesse sentido, é urgente que a criminologia acadêmica latino-americana assuma a revindicação de Boaventura de Sousa Santos com o nome de epistemologia do Sul, incorporando os saberes adquiridos nas lutas por aqueles que resistem à desigualdade e à discriminação produzidas pelo subdesenvolvimento colonialista. A crítica ao poder punitivo sustentador das estruturas do subdesenvolvimento colonialista, em suma, nada mais é do que um instrumento de luta contra ele e, portanto, deve ser aprendido com aqueles que sofrem e que resistem.

Assim, por exemplo, é possível visualizar de outra forma o rompimento da barragem de rejeito da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG, valorando diferentemente o *modus operandi*, a culpabilidade, a política de gestão de riscos da pessoa jurídica, bem como a afetação de bens jurídicos e os danos oriundos do crime perpetrado pelo ente fictício, ao entender o rio Doce sob a ótica dos Krenak – povo indígena com território no rio Doce. Nas palavras de KRENAK (2020)[37]:

> O rio Doce, que nós, os Krenak, chamamos de Watu, nosso avô, é uma pessoa, não um recurso, como dizem os economistas. Ele não é algo de que alguém possa se apropriar; é uma parte da nossa construção como coletivo que habita um lugar específico, onde fomos gradualmente confinados pelo governo para podermos viver e produzir as nossas formas de organização (com toda essa pressão externa). [sic]

[35] Sendo a criminologia parte consubstanciadora da tríade das ciências criminais, a mudança de paradigmas nela ocorrida também pode significar alterações na forma de pensar a política criminal e a dogmática do direito penal, em especial a teoria do delito, pois há uma interdependência, uma construção recíproca entre as três esferas. Nesse sentido, ROXIN (2006) pontua que: "a ideia de estruturar as categorias basilares do Direito Penal com base em pontos de vista político-criminais, permite transformar não só os postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social pelo qual também se interessa a Criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinquência." (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77-78.)

[36] ZAFFARONI, op. cit., 2020, 36-37.

[37] KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 40.

Em verdade, ao abandonar o tratamento do meio ambiente como mercadoria, como recurso infindável a disposição da exploração predatória humana[38], a permeação do pensamento dogmático penal por diferentes paradigmas epistemológicos, como os do povo Krenak, pode significar uma releitura e um avanço da forma com que a afetação de bens jurídicos penalmente relevantes por entes fictícios é tratada. Nesse sentido, parece interessante aqui demonstrar parte do entendimento de KRENAK (2020)[39]:

> O que aprendi ao longo dessas décadas é que todos precisam despertar, porque, se durante um tempo éramos nós, os povos indígenas, que estávamos ameaçados de ruptura ou da extinção dos sentidos das nossas vidas, hoje estamos todos diante da iminência de a Terra não suportar nossa demanda. Como disse o pajé yanomami Davi Kopenawa, o mundo acredita que tudo é mercadoria, a ponto de projetar nela tudo o que somos capazes de experimentar. A experiência das pessoas em diferentes lugares do mundo se projeta na mercadoria, significando que ela é tudo o que está for a de nós. Essa tragédia que agora atinge a todos é adiada em alguns lugares, em algumas situações regionais nas quais a política – o poder político, a escolha política – compõe espaços de segurança temporária em que as comunidades, mesmo quando já esvaziadas do verdadeiro sentido do compartilhamento de espaços, ainda são, digamos, protegidas por um aparato que depende cada vez mais da exaustão das florestas, dos rios, das montanhas, nos colocando num dilema em que parece que a única possibilidade parar que a comunidades humanas continuem a existir é à custa da exaustão de todas as outras partes da vida.

Isto posto, como bem pontua PANOEIRO (2014)[40], "[…] parece haver razões suficientes para o desenvolvimento de uma teoria geral dos delitos econômicos, a qual poderia

---

[38] Sob a visão de que tudo é ou pode ser tratado como mercadoria, figura como conveniente transcrever algumas linhas da abordagem de Zaffaroni sobre a ideologia encobridora, o *homo economicus* e sua incompatibilidade com uma democracia plural: "A antropologia da ideologia plutocrática responde a esses indicadores: Jakob Mincer e Gary Becker, levando ao extremo o neoutilitarismo, inventam um ser humano cujo comportamento é sempre determinado pelo cálculo do custo e benefício (no amor, no crime, etc.). Portanto, a suposta racionalidade do mercado explicaria todos os comportamentos de homens e mulheres e a economia tragaria as outras ciências sociais e do comportamento. Esse despropósito antropológico segue os passos de von Mises, para quem o propósito da natural do ser humano é o enriquecimento e qualquer crítica aos privilégios obtidos na competição capitalista deve ser atribuída à inveja daqueles que não alcançam sucesso econômico. […] Parece óbvio que uma democracia plural não pode ser concebida com a suposição de que, na sociedade, todos os seres humanos procuram enriquecer-se sem limites, sem levar em conta que o mercado nem sempre procede com racionalidade, particularmente porque seu cálculo é muito imediato e incapaz de ser programado a longo prazo. Essa ideologia pressupõe a mercantilização de todas as relações sociais, ou seja, tudo teria um preço e, portanto, o que não pudesse ser vendido ou comprado no curto prazo seria uma coisa inexistente ou, se existisse, um erro que deveria ser suprimido. Com referência a isso, a Encíclica Laudato si' adverte: os poderes econômicos continuam a justificar o sistema mundial atual, onde predomina uma especulação e uma busca de receitas financeiras que tendem a ignorar todo o contexto e os efeitos sobre a dignidade da pessoa humana e sobre o meio ambiente. Assim se manifesta como estão intimamente ligadas a degradação ambiental e a degradação humana e a ética. (ZAFFARONI, op. cit., 2020, 48-49.)

[39] KRENAK, op. cit., 2020, p. 45-46.

[40] PANOEIRO, José Maria de Castro. Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 163.

como ponto de partida a intervenção do Estado nos regimes do contrato e da propriedade, sob o paradigma de um Estado Social [...]". Ademais, sendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica uma realidade constitucionalmente imposta e se demonstrando insuficiente o estado atual da técnica para efetuá-la, não cabe ao operador do direito tentar revisar a escolha política do constituinte no âmbito dogmático. Em verdade, o seu dever é buscar o aprimoramento do estado da técnica, traçando um caminho para um futuro em que o Direito Penal não se preste somente à proteção da propriedade privada, mas também à defesa de toda sociedade dos possíveis abusos em sua utilização – principalmente quando lesivas ao meio ambiente.

4. Conclusão

A urgência da questão ambiental é uma realidade hodierna, sendo todos os mecanismos disponíveis necessários e bem-vindos à proteção do meio ambiente – independentemente da política hoje aplicada, permeada pela ideologia neoliberal, ser no sentido de inviabilizar a ingerência Estatal. Por óbvio, existindo previsão constitucional expressa na Carta de 1998, não deve o Direito Penal ser excluído do rol de possíveis instrumentos utilizados na preservação da natureza, ao contrário, é necessário que os operadores do Direito se atentem ao Direito Penal Econômico e aos seus institutos.

Considerando que os danos naturais de grande monta e as lesões cotidianas ao meio ambiente geralmente ocorrem em razão do desenvolvimento de atividade econômica, a pessoa jurídica – ator essencial para o desempenho de empresa em considerável vulto – e sua responsabilização penal tornam-se importantes mecanismos nessa nova missão do Direito Penal. Contudo, por estar filosoficamente lastreada em conceitos do início do século XX, a teoria analítica do delito, em especial as noções de ação penalmente relevante e de culpabilidade, não se encontram suficientemente amadurecidas no âmbito pátrio, sendo-as incapazes de abranger de forma satisfativa a realidade que é a delinquência oriunda dos entes fictícios.

De tal maneira, soa correto compreender que a presente missão dos operadores do direito é atuar de forma contra-hegemônica, buscar novas fontes epistemológicas e desenvolver instrumentos técnicos capazes de efetivar os comandos constitucionais de proteção ao meio ambiente e de autorresponsabilização penal dos entes fictícios. Pois o futuro, visando a preservação do meio ambiente, parece apontar para o Direito Penal Ambiental e para responsabilização penal da pessoa jurídica – sem os quais não haverá futuro.

5. Referências bibliográficas

AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. **A ganância econômica e os crimes ambientais: a sustentabilidade como parâmetro para o risco permitido no direito penal ambiental.** *Derecho Penal y Criminologia*, Buenos Aires, v. 10, n. 1, p. 169-187, fev. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **II Relatório Anual de Segurança de Barragens de Mineração.** 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/barragens/relatorios-anuais-de-seguranca-da-barragens-de-mineracao-1/RelatorioAnual2020Final.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

Aprovado texto-base do projeto sobre licenciamento ambiental; votação continua na manhã dessa quinta. Câmara dos Deputados [s. l.]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/758640-aprovado-texto-base-do-projeto-sobre-licenciamento-ambiental-votacao-continua-na-manha-desta-quinta/>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014, p. 120-122.

BRASIL. **Constiuição da República Federativa do Brasil de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 11 mai 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 548.181/PR**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 104.410**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3903548>. Acesso em: 11. mai. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EQUADOR. ***Constitución del Ecuador***. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf> Acesso em: 11 mai. 2021.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** 4. ed; rev. atual. ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Garimpo ilegal explode em território ianomâni e ameaça indígenas. G1 [s. l.]. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/03/25/garimpo-ilegal-explode-em-territorio-ianomami-e-ameaca-indigenas.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2021.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução: Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

HARCOURT apud JIMENÉZ, Daniel et al. **Financiarización y criminología del saqueo.** In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (dirs.). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, Mª Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

HEFENDEHL, Roland. **Uma Teoria social do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

Março de 2021 tem recorde de desmatamento na Amazônia Legal. CNN [s. l.]. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/04/09/marco-de-2021-tem-recorde-de-desmatamento-na-amazonia-legal>. Acesso em: 11 mai. 2021.

MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y <ecocidio>. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (diretores). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, Mª Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Emissions Gap Report 2020.** p. 8**.** Disponível em: <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2020>. Acesso em: 11 mai. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a lacuna das emissões.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/relatorio-lacunas-das-emissoes>. Acesso em: 11 mai. 2021.

PANOEIRO, José Maria de Castro. **Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. ***Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,* de 19 de novembro de 2008**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099> Acesso em: 11 mai. 2021.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general.** Traducción: Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz. García Conllendo; Javier de Vicente Remesal. Tomo I: Fundamentos. La esctructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de Direito Penal.** Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

The internacional Panel on Climate Change. AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#FAQ>. Acesso em: 09 ago 2021.

WELZEL apud SILVA, Marco Antônio Chaves da. **A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa**. 2019. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

YOUTUBE. **Economia Política da Mineração** - Unidade 2. Apresentador: Bruno Milanez. Debatedores: Tádzio Coelho, Karina Kato. Mediador: Luiz Wanderley. [*S. l.*], [PoEMAS], 14 jul. 2020.1 vídeo (ca125 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AGOwNmWdHmA&feature=youtu.be>. Acesso em: 11 mai. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** Tradução: Rodrigo Murad do Prado. - 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

Compliance, internal investigations e direitos dos investigados: reflexões sobre o direito de defesa nas investigações internas

Isabelle Dianne Gibson Pereira[1]

Resumo: Os programas de *compliance* visam prevenir a ocorrência de infrações, inclusive penais, no âmbito das empresas, bem como promovem medidas de investigação e sanção dos desvios já ocorridos. Dessa forma, o presente artigo visa tratar dos direitos dos investigados, especialmente no tocante ao direito de defesa, nas investigações internas realizadas no bojo dos programas de *compliance*.

Palavras-chave: Programas de *Compliance*. Crimes Corporativos. Investigações Internas. Direitos de Defesa.

Abstract: Compliance programs aim to prevent the occurrence of violations, including criminal ones, in companies, as well as promoting measures to investigate and sanction deviations that have already occurred. Therefore, this article aims to address the rights of those investigated, especially the right of defense, in internal investigations carried out in compliance programs.

Keywords: *Compliance Programs. Corporate Crimes. Internal Investigations. Rights of Defense.*

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito de defesa dos investigados em investigações privadas realizadas no meio corporativo e quais seriam os limites que tais direitos impõem às investigações internas. Para alcançar tal fim, inicialmente serão abordados os conceitos de crimes de colarinho branco, crimes ocupacionais e crimes corporativos. Após, as

[1] Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio. Advogada Criminalista. E-mail: isabellegibson3@gmail.com.

culturas corporativas tóxicas e saudáveis serão analisadas, visando demonstrar que o contexto da empresa, inclusive sua cultura corporativa, pode promover os desvios no ambiente empresarial. O *compliance* pode ser usado como ferramenta de prevenção e controle desses desvios, inclusive de infrações penais. Portanto, no tópico seguinte, serão apresentados o conceito de *compliance*, suas finalidades e seus pilares principais.

Na sequência, tratar-se-á do desenvolvimento da cultura de conformidade nas empresas brasileiras, bem como das referências dos programas de *compliance* na legislação nacional. Também serão tratados os elementos basilares dos programas de cumprimento, bem como seus limites fáticos e jurídicos. Na última seção, serão tratados o conceito de investigações internas, as fontes de suspeitas de irregularidades e o procedimento de investigação interna. Após, serão averiguados os problemas práticos e procedimentais relacionados às investigações privadas, especialmente no tocante aos direitos de defesa dos investigados. Ao final, defende-se que o direito à defesa técnica e o direito a não autoincriminação sejam aplicados às investigações internas e que as provas obtidas por tais meios só possam ser utilizadas no processo penal se houver o respeito às garantias fundamentais dos investigados.

2. Crimes Corporativos e Cultura Corporativa

Recentemente, o pensamento criminológico tem se dedicado, de forma sistemática, ao estudo dos crimes perpetrados no ambiente corporativo, por meio de uma nova abordagem: pelas lentes do comportamento da corporação, para além da simples soma das condutas de pessoas[1]. Sobre o tema, preliminarmente é possível distinguir três categorias de delitos: 1) crimes de colarinho branco; 2) crimes ocupacionais; 3) crimes corporativos.

O termo crime de colarinho branco foi inicialmente utilizado por Edwin Sutherland em um discurso denominado “O Criminoso do Colarinho Branco” em 1939. Em seu discurso, Sutherland afirmou que tanto sociólogos como economistas falharam ao não considerar em seus estudos os criminosos de colarinho branco, isto é, as pessoas provenientes da alta classe socioeconômica as quais violam leis destinadas a regulamentar seus negócios. Sendo assim, Sutherland constatou que empresários constantemente violam a legislação, porém alegou que a definição de um ato como crime é frequentemente determinado pelo poder dos prováveis

[1] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo. A empresa como causa e como cura da corrupção. In: Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais. SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org.). Belo Horizonte: Vorto, 2019, p. 95.

infratores[2]. Portanto, a abordagem de Sutherland visa estudar os atos criminosos cometidos por profissionais socialmente respeitados com alto poder econômico, durante suas atividades profissionais. Além disso, ele evidenciou que a criminalidade de colarinho branco de forma geral resulta em uma aplicação mais branda das leis penais pelas autoridades, ao oposto do que ocorre com os crimes cometidos por pessoas que não tenham o mesmo *status* socioeconômico[3].

Já os crimes ocupacionais seriam aqueles cometidos "pelo empregado ou dirigente fazendo-se valer das facilidades propiciadas pelo ambiente corporativo, (...) que, em geral, ocorrem contra os interesses da organização"[4]. Por outro lado, os crimes corporativos ou empresariais são aqueles cometidos "por uma corporação ou um membro da corporação no interesse dessa última"[5]. Entretanto, até mesmo no crime ocupacional, considera-se que elementos como a estrutura, a cultura e o modo de liderança da organização podem criar oportunidades para atos ilícitos e, dessa forma, a ocorrência do desvio decorreria de uma falha tanto individual como institucional[6].

Paul Wong, ao realizar uma análise do caso Enron, afirma que a maior lição é que a "cultura corporativa importa - ela pode trazer prosperidade ou desastre para a organização, dependendo se a cultura corporativa é tóxica ou saudável". Segundo o autor, a cultura corporativa refere-se aos valores implícitos predominantes, atitudes e maneiras de fazer as coisas, podendo refletir a personalidade, filosofia ou histórico étnico-cultural do líder. Logo, a cultura corporativa "dita como a empresa é gerida e como as pessoas são promovidas"[7].

---

[2] GEIS, Gilbert. The roots and variant definitions of the concept of White-Collar Crime. In: The Oxford Handbook of White Collar-Crime. Oxford: Oxford Universiy Press, 2016, 28-31.

[3] SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. American Sociological Review, v. 5, n. 1, 1940.

[4] "A noção do crime ocupacional tem particular relevância no que se refere ao desvio no ambiente corporativo. Trata-se da infração do empregado de uma organização, que abusa de sua posição de poder ou confiança para obter ganhos pessoais. O conceito se divide em três subcategorias: (1) o crime ocupacional propriamente dito, que envolve atividades ilegais cometidas para obtenção de ganho financeiro individual, no contexto de uma ocupação legítima; (2) o desvio ocupacional, que se refere à violação das regras relacionadas ao trabalho, como a perseguição ou assédio sexual contra outro empregado; e (3) o *workplace crime*, i.e., infração comum cometida no local de trabalho, mas não com ele necessariamente relacionado, (...)" SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo. A empresa como causa e como cura da corrupção. In: Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais. SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org.). Belo Horizonte: Vorto, 2019, p. 98-100.

[5] Ibidem, p. 99.

[6] Ibidem, p. 101.

[7] WONG, Paul. Lessons from the Enron debacle - Corporate culture matters. In: TAHER, Nasreen. Organizational culture: An introduction. Hyderabad: ICFAI University Press, 2005, p. 180-192. Disponível em: http://www.meaning.ca/archives/archive/art_lessons-from-enron_P_Wong.htm Acesso em 20 jul 2021.

A cultura corporativa da Enron era baseada em ganância e corrupção. Sendo assim, Wong distingue cinco tipos de culturas corporativas tóxicas: 1) cultura hierárquica autoritária: as decisões são centralizadas pelo líder sem levar em consideração o bem-estar dos funcionários/futuro da empresa, o *modus operandi* é de comando e controle, os funcionários são controlados e são motivados pelo medo e o critério de promoção é a lealdade ao chefe; 2) cultura conflitiva competitiva: fragmentação, clima de divisão, conflito e desconfiança derivada de uma intensa competição, falta de cooperação, os líderes e funcionários estão se prejudicando uns aos outros para obter vantagem competitiva, não há consideração pelos objetivos gerais da empresa, apenas pela sobrevivência e interesses próprios; 3) cultura de *laissez-faire*: falta liderança efetiva, não há orientação, padrões e expectativas, ou seja, cada indivíduo faz o que quer e ninguém sabe para onde a empresa está indo, ausência total de direção, supervisão e responsabilidade; 4) cultura corrupta desonesta: há pouca consideração pela ética ou pela lei, pois a ganância e o dinheiro são mais relevantes, bem como práticas criminosas são generalizadas; e 5) cultural tradicional rígida: há forte resistência a qualquer mudança, produtos e serviços não se adaptaram às demandas do mercado e ideias inovadoras não são encorajadas[8].

Em contrapartida, o autor identifica quatro culturas corporativas saudáveis: 1) cultura progressiva adaptável: há abertura para novas ideias e disposição para inovações, é compatível com a criatividade e a ousadia, ocorre um ajuste rápido às mudanças do mercado, é uma empresa orientada para o futuro, com incentivo ao desenvolvimento dos trabalhadores, sendo o oposto da cultura tradicional rígida; 2) cultura orientada por propósitos: a liderança articula o propósito da empresa de forma eficaz, que tende a ir além de resultados financeiros, e todos os trabalhadores sabem os valores e prioridades fundamentais, possuindo uma visão compartilhada e motivação em relação a esse conjunto de valores; 3) cultura orientada para a comunidade: ênfase na cooperação, comunicação e coletividade, clima de respeito e apoio mútuo, cada trabalhador é tratado como um membro valioso, há esforço combinado dos membros para melhorar a eficiência, todos sabem o seu papel na realização do objetivo; e 4) cultura centrada nas pessoas: o cuidado com os funcionários é um valor fundamental da organização, há um clima de respeito e civilidade, todos os trabalhadores são valorizados e validados, independentemente de cargo e os empregados são incentivados a desenvolverem todo o seu

[8] Ibidem.

potencial. A empresa ideal tem atributos das quatro culturas saudáveis, criando um clima de trabalho positivo gerador de satisfação e produtividade[9].

Dessa forma, os crimes corporativos possuem natureza estrutural, sendo certo que o contexto organizacional, especialmente a cultura corporativa, pode facilitar os desvios no ambiente corporativo ou até mesmo normalizá-los. Deste modo, a ocorrência de diversos escândalos de corrupção de fraudes no ambiente corporativo, como os casos *Enron* e *World Com* nos Estados Unidos, geraram uma necessidade por mudanças no modelo de gestão empresarial[10]. Portanto, o contexto organizacional e a cultura corporativa podem ser orientados para prevenção e controle de atos ilícitos, com a utilização de ferramentas como os programas de *compliance*, os quais têm a capacidade de transformar culturas empresariais tóxicas em culturas saudáveis[11].

3. Finalidade e Pilares do *Compliance*

Lothar Kuhlen sustenta que o *compliance* é composto pelas "medidas mediante as quais as empresas pretendem assegurar que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e para seu pessoal, que as infrações sejam descobertas e que eventualmente sejam sancionadas"[12]. No mesmo sentido, Ivó Coca Vila, após ressaltar que a tradução de *compliance* é cumprimento, conceitua o termo como "as medidas tendentes a garantir que todos e cada um dos membros da empresa (...) cumpram com os mandatos e proibições jurídicos penais e que, em caso de

[9] Ibidem.

[10] FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO; Fernanda. A responsabilidade penal do *compliance officer* nas organizações. Belo Horizonte: São Paulo: D' Plácido, 2020, p. 17.

[11] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo. A empresa como causa e como cura da corrupção. In: Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais. SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org.). Belo Horizonte: Vorto, 2019, p. 117.

[12] No texto, o autor afirma que o exemplo alemão mais explicativo da interação entre Direito Penal e *compliance* é o Caso *Siemens*. O escândalo envolvendo a empresa de tecnologia alemã *Siemens* demonstrou que foram pagos, em todo o mundo, bilhões em subornos a indivíduos e funcionários públicos para obtenção de trabalhos durante décadas. Em razão dos casos de corrupção e demais crimes, a empresa pagou multas que alcançaram o valor de mais de um bilhão de dólares. Kuhlen ressalta que a sanção foi benigna em relação ao esperado, com base nas medidas de *compliance* tomadas após o escândalo, as quais foram indispensáveis para que a empresa se tornasse novamente um ator econômico honrado. Dentre as medidas implementadas, foram instituídas investigações para desvendar as infrações jurídicas cometidas, criadas comissões de *compliance* e de disciplina, contratados escritórios para realização das investigações, bem como realizadas profundas mudanças na estrutura da empresa. KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: Compliance y Teoría del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51-61.

infração, seja possível seu descobrimento e adequada sanção"[13]. Isto é, a adoção, de forma sistemática e não aleatória, de uma arquitetura de *compliance* (regras e procedimentos dentro da empresa) que gerem o cumprimento do direito vigente, a partir da melhor organização corporativa possível[14].

Sendo assim, o fim mais importante do *compliance* seria a minimização dos riscos de responsabilização da empresa, por meio da prevenção de atos ilícitos perpetrados por seus empregados[15]. Já o *criminal compliance* envolveria evitar a ocorrência de infrações penais no âmbito da empresa. Por outro lado, o fato de a empresa não se organizar em *compliance* configura uma irresponsabilidade: seus diretores e funcionários estariam expostos frequentemente a responsabilidades (civis, laborais, administrativas e penais) resultantes das infrações, com resultados negativos também para a reputação da empresa[16].

Ademais, de acordo com Ivó Coca Vila, o *compliance* está fundamentado em sete pilares: 1) cultura de *compliance* (interiorização da imprescindibilidade de atuação conforme o Direito em todos os integrantes da empresa); 2) fixação dos objetivos pretendidos pelo *compliance*; 3) identificação e ponderação de todos os riscos decorrentes das atividades empresariais; 4) adoção de um programa de cumprimento que disponha as medidas essenciais para minimização dos riscos identificados; 5) delimitação dos âmbitos de competência (auxilia a definir quem é competente por cada atividade, facilitando a imputação de responsabilidade individual); 6) estabelecimento de canais internos de comunicação e informação; 7) criação de um sistema de supervisão e sanção. Consequentemente, o *compliance* pode modificar a cultura empresarial ao aperfeiçoar o cumprimento das normas[17]

Outrossim, é necessária uma reestruturação orgânica da empresa, a partir da criação de um órgão que coordenasse a organização em conformidade, o qual contaria com o *Compliance Officer*, pessoa responsável pelo desenvolvimento, aplicação e supervisão do programa de

[13] COCA VILA, Ivó. ¿Programa de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de Empresa y Compliance. Barcelona: Atelier, 2013, p. 54-55.
[14] Ibidem.
[15] KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: Compliance y Teoría del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 62.
[16] COCA VILA, Ivó. ¿Programa de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de Empresa y Compliance. Barcelona: Atelier, 2013, p. 55.
[17] KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: Compliance y Teoría del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 63.

compliance[18]. O referido programa contém as normas que visem prevenir as infrações no âmbito da empresa, bem como a detecção e os mecanismos de sanção intraempresarial. Para alcançar tais finalidades, os integrantes das empresas devem saber quais são as condutas vedadas, sendo certo que o programa de *compliance* é variável de acordo com a atividade econômica da empresa.[19]

4. Estrutura dos Programas de *Compliance*

Os escândalos envolvendo crimes empresariais impulsionaram a criação de programas de *compliance* no âmbito das empresas, uma vez que as consequências dessa criminalidade podem envolver a completa destruição das empresas com graves prejuízos para a sociedade[20]. Artur Gueiros sustenta que propagação dos programas de *compliance* no âmbito empresarial está relacionada à ampliação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A implantação de tais programas tem como objetivo a prevenção de infrações que poderiam ensejar sanções à empresa, inclusive de natureza penal, como o pagamento de multas, a publicação de sentença penal condenatória em detrimento da sua imagem, entre outras[21].

No Brasil, a Pesquisa Maturidade do *Compliance* no Brasil (2019) contou com a participação de indivíduos de duzentas e quarenta empresas de diferentes regiões e diferentes estruturas do país, revelando que 97% das empresas possuem área de *compliance*[22]. Na mesma pesquisa realizada em 2015, 19% das empresas ainda não possuíam área de *compliance* ou equivalente. Além disso, 83% dos entrevistados afirmaram que a Política e o Programa e Ética e *Compliance* estão implementados de forma eficiente na empresa com o objetivo de identificar

---

[18] A função de *compliance* pode ser desempenhada internamente, tanto por um órgão unipessoal (*compliance officer*), como por um órgão colegiado denominado Comitê de *Compliance*, nesse caso, deverá ser identificado o responsável máximo pelo órgão colegiado, com denominações diversas como: *Chief Ethics* & *Compliance Officer, Presidente del Comité de Compliance, Chief Compliance Officer*, sendo admitida também que ela seja exercida por uma terceira parte externa à organização, desde que haja um gerente da organização com autoridade, supervisionando e fiscalizando as atividades desenvolvidas pela função de *compliance* externa. FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO; Fernanda. A responsabilidade penal do *compliance officer* nas organizações. Belo Horizonte: São Paulo: D' Plácido, 2020, p. 50.

[19] COCA VILA, Ivó. ¿Programa de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de Empresa y Compliance. Barcelona: Atelier, 2013, p. 59.

[20] SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance em el derecho penal de la empresa. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 63-64.

[21] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 25, ns. 1 a 4, Coimbra, jan-dez 2015.

[22] KPMG. Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil. 4. Edição, 2019. Disponível em: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-pesquisa-de-maturidade.pdf Acesso em 06 jul 2021.

condutas inadequadas, assegurando a prevenção e investigação. Em 2015, apenas 57% entendiam que a Política e o Programa de Ética e *Compliance* estavam implementados de forma eficiente. Tais resultados demonstram um desenvolvimento crescente da cultura de conformidade nas empresas brasileiras nos últimos anos[23].

Os programas de *compliance* podem ser conceituados como as "medidas de autocontrole ou de autovigilância adotadas por empresas consoante as diretrizes fixadas pelo poder público, para que seus dirigentes e empregados cumpram com as normativas, tanto internas como externas, com o objetivo de se evitar a ocorrência de infrações, inclusive as de natureza criminal[24]". Tais programas podem ser criados por distintos atores: podem ser elaborados por cada empresa, podem advir de modelos de associações empresariais, assim como organismos estatais podem exercer influência nas disposições por meio da legislação[25].

A primeira lei a adotar normas típicas de *compliance* foi o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)[26], criada em 1977, nos Estados Unidos. O documento normativo inicialmente trazia disposições visando coibir a corrupção em transações comerciais internacionais e a concorrência desleal, tornando ilegal que certas pessoas e entidades fizessem pagamentos a funcionários de governos estrangeiros para obter ou manter negócios. Ao longo dos anos, outras legislações com normas referentes ao *compliance* expandiram-se globalmente e, no Brasil, é possível mencionar pelo menos três leis com disposições sobre o tema: Lei 12.259/2011, Lei 12.683/2012 e Lei 12.846/2013. A primeira lei versa sobre a Defesa da Concorrência e, em seu artigo 86, traz a possibilidade de formalização de acordo de leniência celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações, bem como que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos

[23] Sobre o tema, Eduardo Saad-Diniz afirma: "O mercado brasileiro parece ainda bastante refratário e, em grande medida, desorientado a respeito da cultura de *compliance* e da métrica de efetividade. Pouco se tem noticiado sobre medidas inovadoras em gestão e, na maioria dos casos, os programas de *compliance* acabam se confundindo com outros controles da empresa, reduzidos à "fachada", ou, o que é ainda pior, à aparência de renovação ética". SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 102.

[24] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 25, ns. 1 a 4, Coimbra, jan-dez 2015.

[25] SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance em el derecho penal de la empresa. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 76.

[26] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Corrupt Practices Act. Departamento de Justiça. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act Acesso em 08 jul 2021.

na infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Como consequência do acordo de leniência, poderá ocorrer a extinção da ação punitiva da administração pública ou redução da penalidade aplicável. A Lei 12.683/2012 (que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro) dispõe, em seus artigos 10, 11 e 12, o dever de identificação de clientes e manutenção de registros, o dever de comunicação de operações financeiras e a responsabilização administrativa pelo descumprimento das obrigações. Já a Lei 12.846/2013 (Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas pela Prática de Atos contra a Administração) menciona expressamente sobre os mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, os quais serão levados em consideração na aplicação de sanções (Art. 7º, VIII).

Portanto, os programas de *compliance* devem abarcar os objetivos e valores das empresas, especialmente no que se refere à prevenção de crimes. Os referidos delitos podem ser praticados tanto em favor, como em desfavor da empresa, como corrupção, lavagem de dinheiro, delitos contra a livre concorrência, delitos contra a ordem tributária, crimes ambientais, entre outros. Ademais, valores importantes dos programas seriam a transparência empresarial e a proteção dos direitos humanos, como a vedação de qualquer forma de discriminação dentro da organização. Os programas traçam igualmente objetivos relacionados aos empregados da empresa, com referências a regras de direito do trabalho, segurança dos produtos e relação com os clientes e *stakeholders*. Logo, os objetivos e valores variam conforme o programa de *compliance* e abarcam interesses no âmbito da empresa e também interesses de terceiros (como os consumidores) e interesses sociais (como a proteção do meio ambiente)[27].

Ulrich Sieber sustenta que cada programa de *compliance* tem suas particularidades em razão da variedade de riscos criminais e especificidades das empresas. Contudo, o autor afirma ser possível descrever os seguintes elementos basilares dos programas de cumprimento, os quais podem auxiliar na prevenção da criminalidade empresarial:

> - Definição e comunicação dos valores e objetivos empresariais que devem ser respeitados, análise dos riscos específicos correspondentes dentro da empresa, assim como o consequente estabelecimento e a publicidade das disposições que devem ser respeitadas e os procedimentos para as empresas e seus trabalhadores;

[27] SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance em el derecho penal de la empresa. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 70-71.

> - Fundamentação da responsabilidade dos níveis hierárquicos mais elevados pelos objetivos definidos, os valores e os procedimentos para evitar a criminalidade empresarial; fixação de responsabilidade no nível hierárquico médio criando uma unidade empresarial correspondente especializada (departamento de cumprimento), assim como o esclarecimento e a capacitação dos trabalhadores da empresa;
>
> - Criação de sistemas de informação para o descobrimento e esclarecimento de delitos, especialmente de controles internos de pessoas e objetos, deveres de informar, canal de denúncias para a recepção de denúncias anônimas, determinação do procedimento a ser empregado em casos de suspeitas que devam ser esclarecidas (envolvendo o departamento de compliance assim como eventualmente as dependências do Estado) e o destino que deve ser dado aos resultados das investigações (comunicando diretamente a alta direção da empresa), assim como a adaptação permanente e melhoramento dos respectivos programas de compliance;
>
> - Participação de auditores e controles externos em relação a elementos determinados do programa de compliance e a avaliação externa do programa;
>
> - Estabelecimento de medidas internas para a sanção de abusos;
>
> - Criação de estruturas efetivas que estimulem a execução e a melhora das medidas antes mencionadas.[28]

O autor elucida também os limites fáticos e jurídicos aos programas de *compliance*. Um limite fático seria a necessidade de uma direção da empresa cumpridora, para que o programa não seja apenas cosmético (de aparência). Isto é, casos sejam descobertos atos ilícitos, estes não sejam acobertados. Sieber também propõe duas sugestões para evitar tais programas de fachada: 1) reforçar elementos do programa que funcionem mesmos sem uma direção empresarial cumpridora (como canais de denúncia e controles externos); 2) sistema de estímulos e sanções estatais que estimule a empresa a efetivar os seus objetivos de prevenção da criminalidade. Já os limites jurídicos seriam os direitos da personalidade dos trabalhadores em face da vigilância da empresa e a controvérsia relacionada a uma certa privatização das tarefas da persecução penal e suas consequências em face das garantias penais clássicas de quem é investigado no âmbito das empresas, visto que um dos elementos do *compliance* é o procedimento e sanção interna dos atos ilícitos praticados em favor ou em desfavor da empresa[29]. As garantias do investigado no âmbito das empresas serão melhor analisadas na próxima seção.

[28] Ibidem, p. 75.
[29] Ibidem, p. 100-102.

5. Legitimidade das Investigações Internas e Direitos dos Investigados

Conforme mencionado no tópico anterior, os programas de *compliance* também compreendem protocolos de investigação das infrações já ocorridas, sancionando-se, internamente, os seus responsáveis, bem como comunicando tais ocorrências aos órgãos estatais competentes. Sendo assim, as investigações internas (*internal investigations*) referem-se às investigações de *compliance* as quais podem ser conduzidas pela própria empresa em caso de comunicação de ato ilícito ou violação dos protocolos internos de conduta[30]. Portanto, as investigações internas são uma ferramenta de natureza reativa, ativadas a partir da suspeita de uma irregularidade. A existência de um canal de denúncias na empresa promove a necessidade de um procedimento de investigações, para que os comportamentos denunciados sejam apurados. Além do canal de denúncia, a suspeita de irregularidade e a consequente abertura das investigações também pode resultar de notícias na imprensa, demandas cíveis, reclamações de consumidores, queixas-crimes, notificações, entre outros. As investigações internas não se confundem com auditoria, uma vez que esta é preventiva e tem o objetivo de verificar o grau de funcionamento do sistema, sem a existência de cometimento de irregularidades[31].

Adán Nieto Martín sustenta que é recomendável que as empresas adotem um Código de Investigações Internas, visto que o estabelecimento prévio de normas internas conhecidas por todos na empresa e aprovadas pela direção podem servir como um mecanismo de legitimar as investigações, as quais podem vir a afetar direitos fundamentais de suspeitos e gerar consequências negativas como a imposição de sanções. Ademais, o autor afirma que a empresa só pode aspirar a impor um sistema de valores se houver um processo justo para imposição de sanção disciplinar e respeito aos direitos fundamentais dos investigados, os quais são exigências éticas: "(...) se (...) o trabalhador é enganado no transcurso de uma investigação, com o fim de que forneça informação que poderá prejudicá-lo, e que depois será transmitida às autoridades, a empresa se desautoriza absolutamente para solicitar adesão aos valores que proclama (...)[32]".

A investigação interna envolve quatro fases: 1) fase preliminar, 2) abertura da investigação, 3) realização da investigação e 4) comunicação dos resultados e consequências.

[30] SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 88.
[31] NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 294.
[32] Ibidem, p. 295-296.

A fase preliminar visa garantir que existe um mínimo de verossimilhança na suspeita, tendo em vista o impacto que as investigações têm sobre os direitos dos investigados. A empresa possui certa discricionariedade para decidir sobre a abertura da investigação e alguns fatores podem ser levados em consideração na tomada dessa decisão: possíveis danos ocasionados pela não realização da investigação (a infração é uma prática habitual, está em fase preparatória ou prejudicou patrimonialmente a entidade?); indicativo de defeito grave (lacunas) no sistema de *compliance* a partir da infração; assegurar a efetividade do programa de *compliance* (que este não seja apenas um *compliance* de fachada). Dessa forma, o interesse das investigações internas não é apenas descobrir e sancionar o responsável pela infração, como também elucidar as causas dos comportamentos irregulares e averiguar as imperfeições no programa de prevenção.

A competência da decisão sobre abertura da investigação geralmente é dos administradores da entidade, mas esta também pode ser delegada a outros órgãos como o Comitê de Ética ou o *compliance officer*. As investigações podem ser realizadas por órgãos/indivíduos internos ou externos à empresa e depende dos custos e existência de profissionais capacitados para a tarefa. Essa nomeação deve ser acompanhada de um mandato, delimitador das finalidades, escopo, duração e limites da investigação. O responsável deve também elaborar um plano de investigação, com duração, calendário de trabalho, lista de diligências que deve ser aprovado por quem determinou o início das investigações. O planejamento das investigações deve verificar a legitimidade e a proporcionalidade de seus meios, que podem envolver: busca de informação externa à empresa, documentos internos da entidade, entrevistas, entre outros. Com a conclusão das investigações, é importante que seja elaborado um relatório final escrito, o qual deve avaliar o sistema de *compliance*, indicar as suas falhas e propor melhorias[33].

Eduardo Saad-Diniz expõe os problemas práticos e procedimentais ainda não solucionados que as investigações internas enfrentam:

> A realização de investigações enfrenta problemas similares. Apesar de fomentarem a indústria de compliance, criando oportunidades legítimas de trabalho no mercado, as investigações internas não escapam à crítica da baixa performance empresarial, clima de denuncismo e aumentos dos custos de transação na empresa sem resultados convincentes a respeito da mudança de comportamento ético na empresa. Do ponto de vista puramente procedimental, as principais dúvidas permanecem em relação ao juízo de oportunidade ou obrigatoriedade por parte dos administradores em abrir investigações internas, se a direção da investigação será interna ou externa, se a

[33] Ibidem, p. 297-321.

> obrigação de declarar por parte do diretor e dos investigados deve decorrer de obrigações decorrentes do contrato de trabalho e se está acobertada ou não pelo direito constitucional de não se autoincriminar, ou ainda se será facultada a presença de defensor (quem decide quem será contratado, a empresa ou o investigado?) e se o investigado deve ser informado dos fins da investigação (...) Ao se pensar nas reais dimensões do ordenamento jurídico brasileiro, em que pode haver hipóteses nas quais uma demissão por justa causa pode chegar a ser mais gravosa do que uma condenação administrativa ou criminal, deve haver ainda mais cautela no trato com as individualidades submetidas à diligência e investigação.[34]

Com base no contexto estadunidense, John Coffee elucida que uma das vantagens das investigações privadas é que restrições aplicáveis à acusação não se aplicam às investigações internas das empresas, como o privilégio contra a autoincriminação previsto na Quinta Emenda da Constituição norte-americana, vigorando a máxima do "*talk or walk*", na qual o funcionário deve responder aos questionamentos da empresa. Contudo, o autor elucida que se a acusação de alguma forma preside a investigação ou se a investigação for de alguma forma atribuível ao Estado, é provável que a Quinta Emenda seja aplicada. Consequentemente, qualquer renúncia forçada do privilégio tornará as provas obtidas por meio dele inadmissíveis, segundo a teoria do "*fruit of the poisonous tree*"[35].

Logo, é importante destacar que o *compliance* pode, na prática, promover o deslocamento de tarefas da justiça penal para as empresas. Sobre o tema, não existe um referencial de proteção jurídica em face do enfraquecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos nas práticas de investigações internas. Em relação à investigação e a sanção das infrações dos empregados das empresas, restam diversas dúvidas sobre a proteção dos direitos dos empregados durante as investigações internas. Igualmente restam questões em aberto sobre o eventual aproveitamento de provas produzidas internamente pela empresa pelo sistema de justiça criminal. Lothar Kuhlen defende que a verdade não pode ser apurada a qualquer preço e deve haver uma proteção análoga dos direitos dos suspeitos, destacando por exemplo as similitudes entre o interrogatório do empregado durante as investigações internas (mesmo quando este é denominado entrevista) e o interrogatório no curso de um processo penal:

> (...) que o problema das investigações internas é de fundamental importância, ademais, está à vista se for seguida uma interpretação do *compliance* como um deslocamento das tarefas do processo penal para as empresas. A razão disso é que,

[34] SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 92-93.

[35] COFFEE JR., John. Corporate Crime and Punishment. The crisis of underenforcement. Oakland: Berrett-Koheler Publishers, 2020, p. 125.

> neste caso, surge inevitavelmente a questão de saber se os empregados da empresa contra os quais tais investigações são dirigidas, de forma semelhante aos acusados em processo penal, não devem ser protegidos de coerção com o objetivo de auto-incriminação; por exemplo, por meio do direito de se abster de depor como testemunha ou da proibição de valoração probatória[36].

Por conseguinte, caso a empresa forneça provas ao processo penal, como a confissão realizada em entrevistas durante as investigações internas, e estas sejam posteriormente usadas em desfavor do réu em uma ação penal, resta evidente que o sistema de justiça acaba se afastando das regras aplicáveis ao processo penal, utilizando um marco jurídico mais flexível: o das investigações internas, as quais podem ser utilizadas como um complemento, até mesmo substitutivo, das investigações penais.[37]

Em nosso sistema processual penal, o direito de defesa engloba tanto a defesa técnica (garantia indisponível, considerada uma verdadeira condição para a paridade de armas e prevista no artigo 261 do Código de Processo Penal) como a autodefesa. A autodefesa compreende a autodefesa positiva (garantia indisponível do acusado de praticar atos, constituir defensor, participar do interrogatório judicial e policial, entre outros) e a negativa, a qual assegura ao sujeito passivo o direito ao silêncio e de não constituir prova contra si mesmo, sendo certo que tal inércia não prejudicará o investigado/acusado. Portanto, o direito ao silêncio gera um dever para a autoridade policial ou judicial, a qual deve informar que o investigado/acusado não é obrigado a responder as perguntas que lhe forem feitas, sob pena de nulidade por violação à direito constitucional[38].

As ADPFs 395 e 444, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2018, versam sobre o direito à não autoincriminação. Na oportunidade, o STF decidiu pela incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus à presença de autoridade policial ou judicial para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, pronunciando a não recepção da expressão para o interrogatório constante no artigo 260 do Código de Processo Penal[39]. As

---

[36] KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: Compliance y Teoría del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 71.

[37] NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 297.

[38] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 105-106.

[39] Art. 260 do CPP. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

referidas decisões consagram o direito à não autoincriminação, na modalidade do direito ao silêncio, consistente na prerrogativa do investigado/acusado recusar-se a produzir provas contra si mesmo, sem que a recusa seja interpretada como admissão de responsabilidade. O acórdão proferido ressaltou que a supramencionada garantia fundamental é derivada de diversos enunciados constitucionais previstos nos artigos 5º, LXIII (direito do preso de permanecer calado), LIV (devido processo legal), LV (ampla defesa) e LVII (presunção de inocência) e 1º, III (dignidade humana) da CF, bem como que o investigado/réu é assistido pelo direito ao silêncio, pelo direito à respectiva advertência e também pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado.

Consequentemente, no marco das investigações internas, é de se questionar se o direito a não autoincriminação e o direito à defesa técnica também devem ser respeitados. Adán Nieto Martín afirma que as entrevistas, ferramentas essenciais na maioria das investigações internas, apresentam problemas jurídicos notórios. Assim, a obrigação de informar do empregado decorrente das obrigações trabalhistas deve ser ponderada em relação ao prejuízo que as declarações possam lhe ocasionar. O autor defende também um pressuposto básico de um procedimento justo é que os empregados sejam informados sobre quais são as finalidades da investigação, para que eles possam avaliar seu grau de envolvimento na investigação e quais serão suas respostas. Nesse sentido, a prática internacional recomenda que seja informado previamente ao entrevistado a finalidade das investigações, seus direitos e o destino que a empresa possa dar à declaração (conhecida como Miranda empresarial). Outro argumento interessante é que a violação de direitos fundamentais nas medidas investigativas impede que o material probatório possa ser utilizado posteriormente no processo penal, segundo a teoria do fruto da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*): "o aproveitamento das informações obtidas nas investigações internas nas investigações públicas não deve servir como forma de se desconsiderar as garantias do processo penal liberal, como o direito a não se autoincriminar".[40]

[40] "Ainda que não haja unanimidade neste ponto, a doutrina da prova proibida deveria, também, se estender àqueles casos nos quais a investigação interna tenha violado direitos fundamentais. (...) mediante as investigações internas podem ser produzidas, de maneira mais ou menos direta, uma privatização do processo penal, o que requer repensar o procedimento penal e buscas os contrapesos necessários para que siga sendo um procedimento equilibrado. (...) a violação de direitos fundamentais deve ser condenada de igual forma. Do contrário, corresponderia a uma redução intolerável das garantias do processo penal." NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 314-334.

Nessa perspectiva, o autor enumera os direitos de defesa durante a investigação interna, destacando que respeito aos respectivos direitos é necessário em um modelo de *compliance* baseado na promoção de valores éticos:

> - Direito de ser informado com clareza dos fatos que lhe são imputados. A empresa pode escolher a forma pela qual entregará esta informação, mas o ideal é fazê-lo em uma entrevista pessoal.
>
> - O investigado deve poder analisar as distintas provas (documentos, entrevistas, etc.) que existem contra ele ter acesso ao expediente da investigação, antes que sejam tomadas decisões. Aqui o único limite é que não podem ser reveladas a identidade da pessoa que confidencialmente fez a comunicação ou denúncia.
>
> - A pessoa investigada deve ter direito a fazer alegações e apresentar provas que considere oportunas (indicar novas testemunhas, documentos, etc.).
>
> - No caso da lei espanhola a pessoa investigada pode contar com um advogado, para que esteja presente durante as entrevistas ou por ocasião do acesso ao expediente. Isto não significa que a empresa tenha que arcar com os honorários do indivíduo investigado.
>
> (...) - Nas investigações internas deve-se salvaguardar a presunção de inocência e respeitar o direito a não se autoincriminar. Isto exige generalizar o uso do aviso "Miranda empresarial"[41].

Vale destacar também que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação em qualquer relação jurídica, mesmo que privada[42]. Logo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5°, LV da Constituição Federal também deve alcançar as relações privadas, ressaltando a necessidade de implementação de um Código de Investigações Internas com as normas referentes ao procedimento de investigações internas e aos direitos dos investigados.

Isto posto, uma cooperação entre as investigações privadas e públicas deve ser revestida de garantias, a partir de um *compliance* que integre as garantias irrenunciáveis do processo penal e que este só admita provas decorrentes de investigações que respeitem os direitos fundamentais dos suspeitos.

6. Considerações Finais

Os programas de *compliance* são mecanismos importantes para garantir que todos os sujeitos da empresa cumpram as regras vigentes e os casos de infrações sejam descobertos e

[41] Ibidem, p. 320.
[42] AgRg no ARE 1.008.25, rel. min. Luiz Fux, DJe 19/4/2017.

sancionados. Tais programas visam minimizar a ocorrência de crimes corporativos no âmbito da empresa.

A violação de normas legais ou protocolos internos de conduta deflagram o início das investigações internas, visando, se for o caso, identificar e sancionar os responsáveis pela infração. Nesse sentido, é recomendável que a empresa estabeleça por normas internas um procedimento prévio para disciplinar tais investigações, o que pode ser feito por meio de um Código de Investigações Internas.

As referidas investigações privadas suscitam diversos questionamentos, principalmente no tocante aos direitos dos investigados. Portanto, considerando as possíveis repercussões de uma investigação interna na vida do investigado, especialmente em uma futura investigação/processo penal, faz-se necessário que o investigado também tenha as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório respeitadas durante as investigações corporativas, em particular no que se refere ao direito a não autoincriminação e o direito a defesa técnica. Caso contrário, o aproveitamento das provas obtidas nas investigações internas no processo penal deve ser considerado inadmissível.

7. Referências Bibliográficas:

COCA VILA, Ivó. ¿Programa de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de Empresa y Compliance. Barcelona: Atelier, 2013.

COFFEE JR., John. Corporate Crime and Punishment. The crisis of underenforcement. Oakland: Berrett-Koheler Publishers, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Foreign Corrupt Practices Act. Departamento de Justiça. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act Acesso em 08 jul 2021.

FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO; Fernanda. A responsabilidade penal do *compliance officer* nas organizações. Belo Horizonte: São Paulo: D' Plácido, 2020.

GEIS, Gilbert. The roots and variant definitions of the concept of White-Collar Crime. In: The Oxford Handbook of White Collar-Crime. Oxford: Oxford Universiy Press, 2016.

KPMG. Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil. 4. Edição, 2019. Disponível em: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-pesquisa-de-maturidade.pdf Acesso em 06 jul 2021.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: Compliance y Teoría del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance em el derecho penal de la empresa. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo. A empresa como causa e como cura da corrupção. In: Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais. SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org.). Belo Horizonte: Vorto, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 25, ns. 1 a 4, Coimbra, jan-dez 2015.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. American Sociological Review, v. 5, n. 1, 1940.

WONG, Paul. Lessons from the Enron debacle - Corporate culture matters. In: TAHER, Nasreen. Organizational culture: An introduction. Hyderabad: ICFAI University Press, 2005, p. 180-192. Disponível em: http://www.meaning.ca/archives/archive/art_lessons-from-enron_P_Wong.htm

Combate à corrupção nas contratações públicas como política pública

João Glicério de Oliveira Filho[1]

Roberta Bárbara Carneiro Föppel El Hireche[2]

Resumo: O objetivo do presente artigo é demonstrar como o combate à corrupção nas contratações públicas pode ser uma importante política pública para a diminuição dos níveis de corrupção e de seus efeitos deletérios. Para desenvolver o presente estudo, utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, em que se pretende analisar o fenômeno da corrupção e suas consequências no Brasil, bem como seu enfrentamento através de mecanismos de integridade. Sustenta-se a hipótese de que a implementação do sistema de integridade na Administração Pública e a exigência de programas de integridade dos que celebram contrato com o governo podem reduzir os níveis de corrupção sistêmica no Brasil.

Palavras-Chave: Corrupção; Integridade Pública; Direitos fundamentais; Políticas Públicas.

Abstract: The objective of this article is to demonstrate how the fight against corruption in public procurement can be an important public policy for reducing levels of corruption and its deleterious effects. To develop the present study, the hypothetical-deductive approach was used as a method of approach, in which it is intended to analyze the phenomenon of corruption and its consequences in Brazil, as well as its confrontation through integrity mechanisms. It is supported by the hypothesis that the implementation of the integrity system in public administration and the requirement of integrity programs for those who enter into a contract with the government can reduce the levels of systemic corruption in Brazil.

Key Words: Corruption; Public Compliance; Fundamental Rights; Public Policy.

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
[2] Mestranda em Direito da Universidade Católica do Salvador

1. Introdução

A consciência da corrupção como um fenômeno gerador de múltiplos prejuízos intensificou, nas últimas décadas, seu combate. Como consequência dessa mudança de paradigma em torno da corrupção, aumentaram-se às penas aplicadas ao referido tipo penal e a crimes correlatos. E, justamente neste contexto, surgiu o *compliance* como corolário lógico e necessário para as corporações, uma vez que, através de sua implantação, reduz-se a possibilidade de prejuízos financeiros e reputacionais derivados de práticas corruptivas. Neste ensejo, diversas convenções e tratados internacionais trouxeram regras de combate à corrupção e melhoria da governança, até como forma de conter a corrupção organizada transnacional. Seguindo esta tendência, o Brasil editou diversas normas, dentre elas a Lei Anticorrupção[1] e o Decreto que trata sobre Governança Pública[2].

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo perquirir o fenômeno da corrupção, seus efeitos e formas tradicionais de enfrentamento, bem como sustentar que a implementação de controles inerentes ao sistema de integridade pública e a imposição destes no momento da assinatura da contratação pública aos contratados, são mecanismos mais modernos e eficazes para o combate à corrupção, devendo ser adotada como política pública, muito embora se tenha a consciência de que nenhum mecanismo é capaz de acabar por completo com todas as práticas ilícitas que orbitam na seara das licitações e contratos públicos.

Para desenvolver o objetivo proposto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, justificado na natureza teórica do estudo. Para a pesquisa bibliográfica, serão utilizados livros, legislações, Tratados Internacionais, Manuais da Controladoria Geral da União e pesquisa nas áreas de *Compliance*, Governança Corporativa e do Direito.

2. Corrupção

2.1 Concepção da corrupção

Tão remota quanto à existência das formas de governo, é a corrupção. A corrupção permeou desde seus primórdios o trato da coisa pública e as relações dos que exerciam suas funções. Nesse sentido, Robert Klitgaard lecionou que "a corrupção é tão antiga quanto o

[1] Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.htm.
[2] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm .

próprio governo. Escrevendo há uns 2.300 anos, o primeiro-ministro brâmane de Chandra Gupta relacionou 'pelo menos 40 maneiras' de extorquir fradulentamente dinheiro do governo"[3].

A corrupção é um complexo fenômeno global com múltiplas abordagens e perspectivas, que tem como base um problema relacionado à ética e a integridade, podendo, contudo, ser analisada sob o prisma econômico, sociológico, político, jurídico, dentre outros. Assim, como bem apontou Fernanda Schramm, "ao iniciar um trabalho que pretende tratar do fenômeno da corrupção, o pesquisador depara-se de antemão com um primeiro obstáculo: a inexistência de definição ou de uma teoria capaz de conceituar o termo de forma definitiva"[4], por isso, a dificuldade de um conceito universal de corrupção.

Entre tantas definições que a literatura registra para corrupção, algumas estão centradas no desvirtuamento das normas morais, aproximando-se da ideia Aristotélica de violação da virtude, sendo está:

> toda aquela disposição moral destinada a controlar as paixões humanas, as quais fazem parte de um quadro natural que tende à corrupção. Como disposição moral, a virtude é um estado de caráter devido ao qual os homens se encontram bem ou mal dispostos em relação às paixões, não sendo entendida, entretanto, como capacidade, uma vez que as paixões fazem parte da natureza humana, não tornando o homem capaz de detê-la. Isso leva Aristóteles colocar o problema da corrupção na política um problema ético[5].

Esta concepção dos filósofos gregos antigos sobre corrupção, dentre eles Aristóteles, originou-se a partir da observação da natureza, associada à ideia de processo natural ou de degeneração pelas quais todos os seres vivos passariam até chegar à morte[6]. Essa ideia, contudo, ainda permeia muitos estudos atuais, talvez, a mais celebre comparação entre corrupção e degeneração seja a de Inge Amundsen, que define a corrupção como "*Corruption is a disease, a cancer that eats into the cultural, political and economic fabric of society, and destroys the functioning of vital organs*"[7].

---

[3] KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 23.
[4] SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance* nas contratações públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.22.
[5] FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção, democracia e legitimidade. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008, p. 34
[6] HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Op. cit., p. 11.
[7] AMUNDSEN, Inge. Political corruption: An introduction to the issues. Bergen, Norway: Chr. Michelsen Institute, 1999, p.1. Tradução livre: A corrupção é uma doença, um câncer que consume o tecido cultural, político e econômico da sociedade, e destrói o funcionamento de órgãos vitais.

Ocorre que o problema da corrupção não pode se restringir a um problema ético, não pode ser tratado unicamente como um desvirtuamento moral. Para o combate à corrupção, impõe-se uma atividade legiferante, onde a virtude balizadora do comportamento humano estão previstas em normas.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao conceituar a corrupção, não leva em conta fatores morais, mas somente a analisa sob o prisma da legalidade e ilegalidade:

> Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual. (...) A Corrupção é considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não de moralidade e imoralidade; tem de levar em conta as diferenças que existem entre práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público[8].

Como visto no conceito de Bobbio, a corrupção também está ligada à ideia de abuso intencional do poder confiado. Ou seja, também é entendida como o comportamento privado de algum agente público que busca indevidamente enriquecer, obter vantagem ou usar bens públicos para fins privados. Klitgaard define a corrupção como "o mal uso de um cargo para benefício pessoal. O cargo é uma posição de confiança, em que alguém recebe autoridade para agir em nome de uma instituição, seja ela privada, pública ou sem fins lucrativos"[9].

A transparência Internacional[10] definiu a corrupção como "o abuso de um poder confiado para benefício privado"[11], esse conceito, como bem pontuou Marcelo Zenkner, seja "talvez a definição mais amplamente citada de corrupção pela doutrina"[12]. Para fins do presente estudo, será considerado este conceito.

---

[8] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1, p. 291-292.

[9] KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H.Lindsey. Corrupt Cities. A Pratical Guide to Cure and Prevention. Washington: World Bank Publications, 2000, p. 2. Tradução livre.

[10] A Transparência Internacional (TI) é uma organização não-governamental internacional que luta por um mundo no qual governos, empresas e a sociedade civil sejam livres da corrupção. Foi fundada em março de 1993 e, com mais de 20 anos de luta contra a corrupção e presença em mais de 100 países, a TI acumulou um vasto conhecimento sobre a corrupção e suas soluções. A TI trabalha em conjunto com governos, empresas e cidadãos para acabar com o abuso de poder, o suborno e negociações secretas. Ela desenvolveu um amplo portfólio de publicações, bancos de dados, índices, metodologias, métodos de treinamento e até mesmo um centro de atendimento para ativistas e profissionais de áreas que podem influenciar no combate à corrupção. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/centro-de-conhecimento-anticorrupcao.

[11] https://www.transparency.org/en/what-is-corruption. Tradução livre.

[12] ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 74.

2.2 Combate à corrupção: perspectiva internacional

Esforços internacionais de combate à corrupção marcaram a década de 90 do século passado, sendo promulgadas diversas convenções e tratados multilaterais sobre a matéria. A primeira delas foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em Caracas em 29 de março de 1996[13], que tratou, em seu art. VI[14], das situações entendidas como corrupção que atrairiam a incidência do estatuído no presente tratado.

Embora esta tenha sido a primeira Convenção a tratar especificamente sobre o tema, a primeira Convenção ratificada pelo Brasil[15] foi a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assinada em Paris em 17 de dezembro de 1997. Com isto, o Brasil passou a adotar uma agenda anticorrupção, promulgando nos anos seguintes diversas leis que trazem em seu âmago o enfrentamento mais combativo ao tema.

Resumidamente, a Convenção teve seu escopo temático focado no Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, trazendo para os países signatários a obrigação de tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de leis que impusessem a responsabilidade

[13] Ratificada pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 4.410 de 07 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/2002/D4410.htm.

[14] Artigo VI. Atos de corrupção

l. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas 01 vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerci funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de sua; funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou pari um terceiro;

d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e

e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertado! ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

2. Esta Convenção também é aplicável por acordo mútuo entre dois ou mais Estados Partes com referência a quaisquer outros atos de corrupção que a própria Convenção não defina. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm.

[15] Ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm.

criminal pessoal à qualquer pessoa que intencionalmente oferecesse, prometesse ou desse qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais"[16].

A Convenção ainda trouxe para os países signatários a determinação para criação de leis que cominassem responsabilidade às pessoas jurídicas pela prática de corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos[17]. Como fruto da ratificação da Convenção da OCDE sobre Corrupção Transnacional, como é mais conhecida, adveio, em 1º de agosto de 2013, a Lei nº 12.846, que inovou o ordenamento jurídico brasileiro trazendo a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, impondo severas sanções às pessoas jurídicas.

Completando o panorama das principais convenções internacionais a versar sobre o combate à corrupção, tem-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida ou, puramente, UNCAC[18]. O Brasil, em 9 de dezembro de 2003, assinou a Convenção, sendo que a incorporação em nosso ordenamento jurídico veio em 2006, com o Decreto Presidencial nº 5.687[19].

2.3 Combate à corrupção: perspectiva nacional

Para além das medidas incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência dos referidos tratados internacionais, o Brasil possui enumeras normas anticorrupção de natureza criminal, é o caso dos crimes previstos no art. 317 e art. 333 do Código Penal, respectivamente, corrupção passiva e corrupção ativa. Para além destes tipos penais, também são abarcadas pelo conceito da Transparência Internacional outros tantos tipos que em seu sentido amplo configuram corrupção, é o caso, por exemplo, do peculato (art. 312, Código Penal), da inserção de dados falsos em sistema de informações da Administração Pública com

[16] Decreto Presidencial nº 3.678/2000, Art. 1, 1.
[17] *Ibidem*, Art. 2, 1.
[18] United Nations Convention Against Corruption.
[19] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

o fim de obter vantagem indevida (art. 313-A, Código Penal) e da concussão (art. 316, Código Penal).

Nesse sentido, Flávio Rezende Dematté destaca que: "o eixo de normas penais brasileiras voltadas para o combate à corrupção é constituído essencialmente por quatro leis principais, ressaltando, mais uma vez, que todas elas se voltam apenas para a responsabilização subjetiva de pessoas físicas"[20]: a primeira é o Código penal, que tem o Título XI destinado a crimes praticados contra Administração Pública; a segunda é a Lei nº 8.666[21], cujos artigos 89 a 99 tipificam uma série de atos envolvendo fraude à licitações; a terceira é a Lei de Lavagem de Dinheiro[22]; e a quarta é a Lei de Organizações Criminosas[23].

Na seara administrativa, muitas outras normas trazem em seu âmago o enfrentamento da corrupção, é, por exemplo, o caso da Lei de Improbidade Administrativa[24], da Lei de Conflito e Interesses[25] e a da já vista Lei Anticorrupção.

Como visto, em termos de hipóteses tipificadas, o plexo normativo brasileiro destinado a reprimir criminalmente a corrupção é quantitativamente amplo. Contudo, o fato de reiterados casos de corrupção serem investigados e revelados pelas instituições públicas competentes, em contraposição ao baixo número de encarcerados que foram condenados por crimes relacionados à corrupção, indica que tal complexo e vasto aparato de leis penais nessa matéria pode não estar cumprindo a contento a tarefa atribuída pelo legislador de controle da corrupção[26].

3. Da corrupção e seus efeitos

Em pesquisa recente divulgada pela Organização das Nações Unidas[27], publicada dia 09 de dezembro de 2018, no Dia Mundial de Combate à Corrupção, ficou demonstrado que 1

[20] *Ibidem*, p.83.
[21] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm . Revogada pela Lei nº 14.133/2021.
[22] Lei nº 9.613/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm..
[23] Lei nº 12.850/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm.
[24] Lei nº 8.429/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm..
[25] Lei nº 12.813/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm..
[26] DEMATTÉ, Flávio Rezende. *Op. cit.*, p.85.
[27] A Organização das Nações Unidas, também conhecida pela sigla ONU, cuja fundação data de 24 de outubro de 1945, é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais. Disponível em: https://nacoesunidas.org/conheca/.

trilhão de dólares é pago em propinas anualmente no mundo e que 2,6 trilhões de dólares são desviados por meio de corrupção. Ou seja, 5% do PIB Global[28].

Dessa forma, resta mais que evidenciado que a corrupção é um fenômeno que deve ser combatido, pois é um risco permanente à Administração Pública, além de uma verdadeira ameaça à sociedade democrática e aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o fenômeno da corrupção representa:

> Uma ameaça para o Estado de Direito e a sociedade democrática, seja porque atinge a representação popular, que subentende a separação dos Poderes, seja porque atinge os direitos fundamentais. Neste último aspecto, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, menciona em seu Preâmbulo uma relação de causa e efeito entre a ignorância, o esquecimento e o desprezo dos direitos do homem, e a corrupção dos governos. A corrupção atinge direitos econômicos e sociais, dá lugar a tratamento discriminador e desigual e é fonte de apropriação indevida de bens e do surgimento de monopólios que suprimem ou enfraquecem a liberdade empresarial ou comercial.[29]

De mesma sorte, é inegável, assim, que altos níveis de corrupção em um país atentam diretamente contra a concretização dos direitos fundamentais sociais, até porque o desvio indiscriminado de verbas públicas reduz a capacidade de investimento do Estado[30]. Com este notar, o Secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, durante uma sessão sobre combate à corrupção pela paz e segurança internacionais em 2018, falou ao Conselho de Segurança que "os pobres e vulneráveis sofrem desproporcionalmente" os efeitos da corrupção, afirmando ainda que a corrupção é responsável pelo subfinanciamento de escolas e hospitais, pela difícil funcionalidade de instituições, pela produção de um sentimento de desilusão com o governo[31].

Na Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública[32], ressaltou-se de forma contundente os efeitos nocivos da corrupção para confiança do cidadão no Estado, para os direitos fundamentais e para a democracia:

---

[28] https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf .

[29] PRADO, Luiz Regis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional *Apud* DELMAS-MARTY, Mireille; MANACORDA, Stefano. *La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique. Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 3, 1997. Disponível em: http://professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Os%20novos%20delitos%20de%20corrup%E7%E3o%20e%20tr%E1fico%20de%20influ%EAncia%20internacional%20no%20Direito%20brasileiro.pdf.

[30] ZENKNER, Marcelo. Op. cit., p. 87.

[31] https://nacoesunidas.org/corrupcao-custa-us-26-trilhoes-e-afeta-desproporcionalmente-pobres-e-vulneraveis/.

[32] Disponível em: http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf.

> A corrupção é uma das questões mais corrosivas do nosso tempo. Destrói recursos públicos, amplia as desigualdades econômicas e sociais, cria descontentamento e polarização política e reduz a confiança nas instituições.
>
> A corrupção perpetua a desigualdade e a pobreza, impactando o bem-estar e a distribuição da renda e prejudicando oportunidades para participar igualmente na vida social, econômica e política[33].

Relacionando estas reflexões com o resultado da pesquisa da Transparência Internacional que mede o índice de percepção da corrupção, sendo que em 2020, entre 180 países e territórios avaliados, o Brasil ficou na 94ª colocação no ranking[34], entende-se o porquê da extrema necessidade de adoção de mecanismos de anticorrupção no âmbito das contratações públicas e por parte da Administração Pública Brasileira visando prevenir, remediar e punir práticas corruptas, imorais e antiéticas que acarretam prejuízos à democracia, à Administração Pública e à população.

4. Sistema de integridade

4.1 Da imposição do programa de integridade ao particular nas contratações públicas

Hodiernamente, o sistema de integridade tem sido apresentado como a principal ferramenta para afastar a concreção de práticas ilícitas dentro das empresas, o que acabou por propiciar que diversos entes da Administração Pública passassem a exigir a implementação deste mecanismo de combate à corrupção nas empresas com que tais entes celebram contratos públicos. Nesse sentido, Mirela Miró esclareceu que:

> Um dos mecanismos resultantes do impulsionamento à criação de instrumentos d combate ã corrupção no âmbito das contratações públicas são os programas de integridade e *compliance*. Esses mecanismos têm sido exigidos das empresas que contratam com o Poder Público para assegurar, dentre outros parâmetros, eficiência, vantajosidade e sustentabilidade às contratações públicas. Nesse sentido há certa convergência entre os objetivos das leis estaduais que disciplinam to tema, principalmente em relação à busca pela (i) proteção da Administração Pública dos atos lesivos que resultem em prejuízos materiais e financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (ii) garantia da execução dos contratos e demais instrumentos de conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (iii) redução de riscos inerentes

[33] Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, 2017, p. 2.
[34] Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/.

> aos contratos e demais instrumentos, provendo maior segurança e transparência em sua execução[35].

Seguindo este novo paradigma, muito embora a Lei Anticorrupção não seja obrigatória no Brasil, diversos entes da Administração Pública passaram a impor no momento da celebração do contrato público que o particular implemente o sistema de integridade em sua estrutura, dando um prazo para esta implementação, sob pena de aplicação de multa.

O Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro a impor a obrigatoriedade, que se deu através da Lei nº 7753/2017, determinando que:

> Art. 1º Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias[36].

No mesmo compasso, outros tantos estados e municípios passaram a impor ao particular o compromisso da adoção do sistema de integridade via cláusula contratual no momento da celebração do contrato público. À título exemplificativo, segue à tabela:

ESTADO	LEI
Rio de Janeiro	Lei Estadual nº 7753/2017
Distrito Federal	Lei Estadual nº 6112/2018
Rio Grande do Sul	Lei Estadual nº15.228/2018
Amazonas	Lei Estadual nº 4730/2018
Goiás	Lei Estadual nº 20.489/2019

Temos muitas outras iniciativas que, inclusive, trazem formas diversas de exigência, a exemplo do Mato Grosso, que, embora não imponha obrigatoriedade de implementação de programas de integridade, a Lei Estadual nº 10.744/2018 determina obrigatoriamente a assinatura de um Termo Anticorrupção pelas empresas contratadas. Outro exemplo é o Estado do Espírito Santo, que através da Lei nº 10.793/2017 exige Código de Conduta.

[35] ZILIOTTO, Mirela Miró. *A arte de exigir programas de integridade nas contratações públicas: ato de coragem ou loucura?*. *In*: *Compliance no setor público.* ZENKNER, Marcelo. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 255.

[36] Lei n º 7753/2017. Disponível em: https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj .

Todas estas normas, como foi visto acima, visam a proteção da Administração Pública, melhoria de desempenho, redução de riscos e garantia da execução dos contratos. Os parâmetros para implementação e comprovação da efetividade do programa, são basicamente a reprodução do artigo 42 do Decreto nº 8420/2015[37].

4.2 Da necessidade de implementação na administração pública

A Controladoria Geral da União (CGU), justamente por reconhecer o efeito danoso da corrupção na entrega dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública, explica no seu Guia de Integridade Pública, Orientações para a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional[38] que:

> Integridade pública, portanto, deve ser entendida como o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípuo: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente. A corrupção impede que tais resultados sejam atingidos e compromete, em última instância, a própria credibilidade das instituições públicas.

Sobressai-se assim, como corolário lógico, que modernamente a melhor ferramenta para resposta estratégica e sustentável à corrupção é a implementação do sistema de integridade pública, principalmente ao considerar que as abordagens tradicionais baseadas na criação de mais leis têm eficácia limitada[39].

4.2.1 Funcionamento e Pilares do Programa de Integridade Pública

O Decreto Presidencial nº 9.203/2017 trouxe como conteúdo do art. 19 a obrigatoriedade do programa de integridade para todos os órgãos e as entidades da administração federal direta, autárquica e fundacional:

> Art. 19. Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:
> I - comprometimento e apoio da alta administração;
> II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;
> III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e
> IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

[37] Decreto nº 8420 de 18 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm.
[38] Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf.
[39] Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, 2017, p. 3.

Através da análise deste artigo, ilumina-se a noção que o foco do programa de integridade pública a ser implementado nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para fins de prevenção, detecção, remediação e punição de atos de corrupção *lato sensu*[40], está assentado em quatro pilares: comprometimento e apoio da alta administração; existência de unidade responsável pela implementação; análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e monitoramento contínuo do programa de integridade. Insta ressaltar, contudo, que o programa de integridade pública também deverá observância, no que couber, aos parâmetros do programa de integridade que estão previstos no art. 42 do Decreto nº 8.420/15, que regulamentou a Lei Anticorrupção.

O art. 20 do Decreto nº 9203/17, previu que caberia à CGU estabelecer os procedimentos necessários à estruturação, à execução e ao monitoramento dos programas de integridade dos órgãos e das entidades do Governo Federal. Seguindo esta previsão, a CGU publicou a Portaria CGU nº 1.089[41], de 25 de abril de 2018, revogada tacitamente pela Portaria CGU nº 57[42], de 04 de janeiro de 2019.

De acordo com os normativos, os órgãos e entidades devem instituir programa de integridade que demonstre o comprometimento da alta administração e que seja compatível com sua natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação. A instituição do programa de integridade deve ocorrer por fases e ser formalizada por meio de plano de integridade[43].

O primeiro pilar para a elaboração e eficiência do programa de integridade é o efetivo comprometimento e apoio da alta administração. São traduções dos valores e do exemplo da alta administração, as normas internas, ou seja, código de ética, políticas e procedimentos

---

[40] Através de uma interpretação teleológica, depreende-se que o programa de *compliance* deverá trazer a prevenção, a detecção, remediação e punição não somente para o tipo penal "corrupção" e "fraude", mas para práticas de corrupção *em sentido amplo,* o que se coaduna perfeitamente com a definição de corrupção adotada no presente trabalho, estando ainda alinhada às conceituações das Convenções Internacionais, em que não há uma figura penal típica, mas várias condutas que configuram diferentes delitos que acabam por ter o conteúdo de corrupção *latu sensu*. Corrobora-se a está ideia o conceito de programa de integridade previsto na norma regulamentadora do Decreto em debate. O art. 2º, I, da Portaria da CGU nº 57/2019, estabeleceu:

Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se:

I - Programa de Integridade: conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta;

Restaria sem sentido a criação de um programa de integridade pública para tratar exclusivamente do "tipo penal corrupção", deixando sem tratamento tantas outras condutas, que embora não sejam tipificadas como corrupção, são facetas de um mesmo mal, compondo, assim, o conceito amplo da corrupção.

[41] Disponível : https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33467/5/Portaria_1089_2018_CGU.pdf..

[42] Disponível em: file:///C:/Users/rfopp/Dropbox/CGU/Portaria_CGU_57_2019.pdf..

[43] Art. 1º, § 1 e 2, Portaria da CGU nº 57/2019.

internos de integridade, e os treinamentos periódicos sobre o programa de integridade. Por isto mesmo, torna-se ainda mais evidente que a própria "credibilidade do programa de integridade está intrinsecamente vinculada ao exemplo prático dos seus gestores, tendo em vista que de nada valem a capacitação e o treinamento quando a alta administração não demonstra interesse no tema"[44], mesmo porque, o natural é que os funcionários sigam o exemplo da liderança.

Dessa forma, a alta direção do órgão ou ente público desempenha um papel importantíssimo, pois servirá de exemplo ético e de conduta para todos os funcionários da entidade nas interações com autoridades governamentais e com destinatários dos serviços públicos. Cabe ressaltar ainda que o programa de integridade que não tem o comprometimento da alta administração na sua estruturação e funcionamento, possui pouco ou nenhum resultado prático, gerando, assim, um "*compliance* de papel" sem efetividade.

O segundo pilar trazido pelo artigo 19 do Decreto nº 9.203/17 é a existência de unidade responsável pela implementação e gestão do programa de integridade no órgão ou na entidade, a chamada Unidade de Gestão da Integridade (UGI), que, no art. 4º da Portaria CGU nº 57/2019, foi atribuída competência para (I) coordenação da estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade; (II) orientação e treinamento dos servidores com relação aos temas atinentes ao programa de integridade; e (III) promoção de outras ações relacionadas à implementação do programa de integridade, em conjunto com as demais unidades do órgão ou entidade.

Ademais, é necessário que a alta administração garanta que ela possua algumas características previstas no parágrafo 1º do art. 4º da Portaria CGU nº 57/2019, a saber: (I) autonomia; (II) recursos materiais e humanos necessários ao desempenho de suas competências; e (III) acesso às demais unidades e ao mais alto nível hierárquico do órgão ou entidade.

O terceiro pilar necessário para o programa de integridade nos órgãos e entes públicos é a análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade[45]. Quanto aos riscos para a integridade**,** a CGU definiu como "vulnerabilidade que pode favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta,

[44] CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas*. Belo Horizonte: Fórum: 2019, p. 126.
[45] Também chamado de riscos de corrupção.

podendo comprometer os objetivos da instituição"[46]. De um modo geral, atos relacionados a riscos de integridade possuem as seguintes características: (I) é um ato quase sempre doloso, à exceção de certas situações envolvendo conflito de interesses, nepotismo, etc.; (II) é um ato humano; (III) envolve uma afronta aos princípios da Administração Pública, tais como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; e envolve alguma forma de deturpação, desvio ou negação da finalidade pública ou do serviço público a ser entregue ao cidadão[47].

O conceito de gestão de riscos também está previsto em nossa legislação, sendo insculpida no conteúdo do art. 2º. IV, do Decreto nº 9203/17, onde a define como "o processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos".

O quarto pilar trazido pelo Decreto nº 9203/17 como imperativo para o programa de integridade nos órgãos e entes públicos é o monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

O monitoramento é definido como a verificação, supervisão, observação crítica ou identificação da situação, executadas de forma contínua, a fim de identificar mudanças no nível de desempenho requerido ou esperado. O propósito do monitoramento é assegurar e melhorar a qualidade e eficácia da concepção, implementação e resultados do processo. Convém que o monitoramento contínuo do processo de gestão de riscos e seus resultados sejam uma parte planejada do processo de gestão de riscos, com responsabilidades claramente estabelecidas. São apontadas como finalidades do monitoramento: (I) garantir que os controles sejam eficazes e eficientes no projeto e na operação; (II) obter informações adicionais para melhorar o processo de avaliação dos riscos; (III) analisar os eventos, mudanças, tendências, sucessos e fracassos e aprender com eles; (IV) detectar mudanças no contexto externo e interno, incluindo alterações nos critérios de risco e no próprio risco, as quais podem requerer revisão dos tratamentos dos riscos e suas prioridades; e (IV) identificar os riscos emergentes[48].

[46] Art. 2º, II, Portaria CGU nº 57/2019.
[47] Manual para implementação de programas de integridade: orientações para o setor público. Brasília: CGU, 2017, p. 13-14. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf.
[48] ABNT NBR ISO 31000. Gestão de riscos — Princípios e diretrizes. Op. cit., p. 16.

Como restou claramente demonstrado, o objetivo é que o programa de integridade pública seja concebido e implementado de acordo com o perfil específico de cada órgão e entidade da Administração Pública Federal, buscando-se, assim, maior efetividade no combate à corrupção e desvios éticos. Por fim, a Portaria ainda orientou que os órgãos e as entidades deverão buscar expandir o alcance de seu programa de integridade para as políticas públicas por eles implementadas e monitoradas, bem como para fornecedores e outras organizações públicas ou privadas com as quais mantenha relação[49].

Ressalte-se que atualmente diversos estados e municípios estão implementando o sistema de integridade em suas estruturas. Via de regra, estão vindo mediante lei estadual ou municipal, a exemplo do Paraná, Santa Catarina, Rio grande do Sul, Mato Grosso e Espírito Santo.

5. Conclusão

A corrupção é um complexo fenômeno milenar que impõe diversas perdas, além da própria descrença no Estado. E, embora exista a consciência da não existência de um mecanismo capaz de impedir por completo qualquer prática corruptiva, o sistema de integridade – como visto no presente artigo – desponta no presente cenário como uma melhor possibilidade para enfrentamento da corrupção, principalmente porque trabalha sob um novo prisma, o preventivo. Acrescente-se ainda que esta ideia é reforçada no âmbito das licitações e contratações públicas, principalmente ao se considerar as revelações que demonstram que a corrupção acaba por se fazer presente em muitas delas gerando prejuízos trilionários.

Permeados por esta ideia, a Administração Pública Federal e alguns entes estaduais e municipais já determinaram a implementação do sistema de integridade em suas estruturas, sendo que alguns entes públicos chegam a obrigar o privado que deseja celebrar contrato com a Administração Pública o dever de implantar programa de integridade, buscando justo impedir a corrupção e a fraude.

Resta evidenciado que o enfrentamento da corrupção, notadamente em sede de contratos públicos, é algo urgente para a Administração Pública de todo Brasil, devendo ser considerada a adoção do sistema de integridade como uma política pública para afastar práticas corruptivas e suas consequentes mazelas.

[49] *Ibidem*, Art. 7º, I.

6. Referências

AMUNDSEN, Inge. Political corruption: An introduction to the issues. Bergen, Norway: Chr. Michelsen Institute, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 31000. Gestão de riscos — Princípios e diretrizes.* Rio de Janeiro, nov. 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1.

BRASIL. *Decreto nº 3678 de 30 de novembro de 2000.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm.

_____. *Decreto Presidencial nº 4.410 de 07 de outubro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/2002/D4410.htm.

_____. *Decreto Presidencial nº 5.687 de* ***31 de janeiro de 2006.*** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

_____. *Decreto nº 8420 de 18 de março de 2015.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm.

_____. *Decreto nº* 9203 de 22 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm. .

_____. *Guia de Integridade Pública, Orientações para a Administração Pública federal: direta, autárquica e fundacional.* Brasília: CGU, 2015. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf.

_____. *Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm.

_____. *Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm .

_____. *Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm.

_____. *Lei nº 10.467 de 11 de junho 2002* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10467.htm.

_____. *Lei nº 12.813 de 16 de maio de 2013.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm.

_____. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.htm.

_____. *Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm.

_____. *Manual para implementação de programas de integridade: orientações para o setor público.* Brasília: CGU, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf.

_____. *Portaria CGU nº 1.089 de 25 de abril de 2018*. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33467/5/Portaria_1089_2018_CGU.pdf.

_____. *Portaria CGU nº 57 de 4 de janeiro de 2019.* Disponível em: file:///C:/Users/rfopp/Dropbox/CGU/Portaria_CGU_57_2019.pdf.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas*. Belo Horizonte: Fórum: 2019.

DEMATTÉ, Flávio Rezende. *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12846/2013 segundo o direito de intervenção. Belo* Horizonte: Fórum, 2015.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H. Lindsey. *Corrupt Cities. A Pratical Guide to Cure and Prevention.* Washington: World Bank Publications, 2000.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública.* Paris: OCDE, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra a Corrupção.* Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm.

PRADO, Luiz Regis. *A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional.* Cf. DELMAS-MARTY, Mireille; MANACORDA, Stefano. *La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique. Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,* n. 3, 1997.

RIO DE JANEIRO. *Lei n º 7753 de 17 de outubro de 2017.* Disponível em: https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj

SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas Contratações Públicas.* Belo Horizonte: Fórum: 2019.

ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZILIOTTO, Mirela Miró. *A arte de exigir programas de integridade nas contratações públicas: ato de coragem ou loucura?*. *In*: *Compliance no setor público.* ZENKNER, Marcelo. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Aspectos procesales del criminal compliance[1]

Juan Carlos Ferré Olivé[2]

Sumario: 1. Aproximación. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 3. Aspectos sustantivos con particular relevancia procesal. 4. Aspectos procesales. 4.1. Principio de no autoincriminación. 4.2. Derecho de defensa. 4.3. Inviolabilidad del domicilio. 4.4. La sentencia de conformidad. 5. Compliance y proceso. 6. Bibliografía.

Resumen: La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, sumada a la previsión de circunstancias eximentes y atenuantes para las empresas que instauren con eficacia un criminal compliance ha generado importantes consecuencias para el Derecho Penal sustantivo, y también para el Derecho procesal penal. Se estudian sus características principales.

Abstract: The introduction of criminal liability of legal persons in the Criminal Code, coupled with the creation of exempt and mitigating circumstances for companies that effectively establish a criminal compliance has generated important consequences for substantive criminal law, as well as for criminal procedural law. Its main characteristics are studied.

1. Aproximación.

El criminal compliance, el fenómeno de origen anglosajón sobre el que todos hablan, parecía una institución que tendría poco recorrido en los sistemas jurídico-penales del resto del mundo, no alineados con aquellas iniciales pautas jurídicas. Sin embargo, hoy en día se puede afirmar que tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas como el criminal compliance han llegado para quedarse durante mucho tiempo, incardinados firmemente en el mundo jurídico de las empresas. Sobre estos temas se va desarrollando una bibliografía muy

[1] Este artículo se dedica a la memoria de la Profesora Dra. Isabel Martínez González, de la Universidad de Sevilla.

[2] Catedrático de Derecho Penal Universidad de Huelva.

sustancial, que comprende aspectos penales y también procesales. Es una nueva esfera dogmática en construcción, por lo que merece la pena detenerse en el análisis de sus pautas más esenciales.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como ha destacado claramente la doctrina, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, - posteriormente reformada por la LO 1/2015, de 30 de marzo - se realizó de la peor manera posible: sin consenso alguno en la doctrina penal ni previsión suficiente de soluciones procesales que permitieran llevar dignamente a la práctica este innovador género de responsabilidad, soluciones adjetivas que comenzaron a llegar tibiamente y con más de un año de retraso, a través de la LO 37/2011, de 10 de octubre. Posteriormente otras normas, como las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y 13/2015, de 5 de octubre, fueron completando el panorama procesal que afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este contexto, la primera y fundamental pregunta que debe formularse desde la óptica procesal es, según la doctrina más acreditada, si las garantías penales y procesales constitucionalmente consagradas para las personas físicas son también trasladables a la responsabilidad de las personas jurídicas, en cuanto al dictarse la mayor parte de los textos constitucionales actualmente vigentes no estaba prevista este tipo de responsabilidad penal, ni los derechos fundamentales pensados para personas físicas son fácilmente trasladables a una persona jurídica[1]. El marco normativo procedimental antes mencionado ha trasladado a las personas jurídicas que se enfrentan a un proceso penal las garantías constitucionalmente previstas para las personas físicas, con las matizaciones que debieron realizarse por no tratarse efectivamente de seres humanos[2]. El Tribunal Supremo, por

[1] Cfr. Gómez Colomer, J. L. "Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance Programs), en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 35 y sig. Considera este autor con acierto que la pregunta no es baladí, porque se traslada al proceso penal una irrealidad, dado que las personas jurídicas son en sí mismas construcciones ideales. Adviértase que la aparición en el proceso penal de la persona jurídica acontece porque han intervenido en su nombre personas físicas, normalmente sus representantes legales, que ya poseen una importante tutela constitucional. Las personas jurídicas cuentan, por ejemplo, con el derecho fundamental a la libertad de empresa, pero por pura lógica carecen de muchos otros derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.). Vid. también Moreno Catena, V. "El derecho de defensa de las personas jurídicas" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 1013 y sig.

[2] Cfr. Arangüena Fanego, C. "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019: 441 y sig.

su parte, ha reconocido a las personas jurídicas al menos algunos derechos constitucionalmente previstos en materia punitiva.

> * STS 154/2016, de 29 de febrero (Ponente Maza Martín): "De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta".

En definitiva, dado que la sanción sigue siendo una auténtica pena, la persona jurídica investigada, acusada o condenada debe gozar de una protección constitucional, penal y procesal adaptada a sus particulares características.

3. Aspectos sustantivos con particular relevancia procesal.

La adopción de un compliance program puede llevar a una exoneración plena de responsabilidad penal, a una mera atenuación de pena o resultar irrelevante si el juzgador considera que no cumple con los requisitos legalmente establecidos. El legislador ha contemplado estas eximentes y atenuantes sobre la base de la ausencia o merma de culpabilidad. Por lo tanto, el desorden empresarial o defecto de organización se convierte en el fundamento de la culpabilidad y de la pena previéndose un régimen diferenciado si se trata de actuaciones en las que han intervenido directamente los responsables de la empresa en los términos del art. 31 bis a.1 CP (representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios) o los subordinados, conforme a lo dispuesto por el art. 31 bis a.2 CP. Evidentemente esta estructura genera importantes consecuencias penales y procesales.

a) Requisitos cuando han *intervenido directamente* representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios. Se trata de los delitos cometidos por "representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control de la misma" (art. 31 bis 1. letra a CP).

a.1) Tratándose de empresas de *mediana y grandes dimensiones*, y dado que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en el desorden empresarial y en la falta de debido control, la demostración de la existencia previa de

mecanismos de organización y gestión que tiendan a prevenir delitos (medios de *control de riesgos*) conducirá a la ausencia o atenuación de culpabilidad y por lo tanto a la exoneración o disminución de pena (art. 31 bis 2 y cc CP), estableciéndose una serie de condiciones para alcanzar dicho resultado exonerante.

> - *Modelos de organización y gestión* (Compliance programs). El primer requisito legalmente establecido para empresas de medianas y grandes dimensiones es la comprobación de que "el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión"[3]. Los modelos de organización y gestión son protocolos de autorregulación de las empresas que procuran una mejor gestión empresarial: autovigilancia y autocontrol que tienen su origen en otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho administrativo, el Derecho ambiental o el Derecho del trabajo. Se trata de mecanismos que deben permitir reconocer con seriedad y eficacia el compromiso de la empresa en contra del delito y a favor del cumplimiento de la ley. El objetivo de estos programas es, como afirma Bajo Fernández, la creación de una *cultura empresarial de fidelidad al Derecho*[4], dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación. Estos programas no sólo deben estructurarse sobre el papel, sino que se exige que se hayan "ejecutado con eficacia", lo que debe ser demostrado en el momento procesal oportuno. En consecuencia, se debe comprobar que las medidas desarrolladas son idóneas para prevenir delitos en el seno de la empresa, o que son aptas para reducir de forma significativa las afecciones a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Como ha señalado González Cussac, este segundo criterio es bastante ambiguo y complejo, pues obliga a juzgador a realizar un incierto cálculo de probabilidades sin que se aprecie en realidad un método de verificación seguro y constatable[5]. Por otra parte, no está previsto en la ley que este modelo de organización y control deba contemplar un compromiso de respeto hacia las normas sobre buenas prácticas procesales. Se ha considerado doctrinalmente que sería muy conveniente declarar esta predisposición de la empresa a colaborar con la justicia si finalmente resulta imputada en un proceso penal. De esta forma demostraría su sometimiento a la cultura del cumplimiento y a la ética de la buena gobernanza[6].

[3] Sobre todos estos requisitos, ampliamente, cfr. González Cussac, J. L. "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos, en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 p. 320 y sig.

[4] Cfr. Bajo Fernández, M. "Vigencia de la RPPJ" en AAVV "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Navarra, 2012 p. 40.

[5] Cfr. González Cussac, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies" en AAVV, "Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015" (dir. González Cussac) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p.184 y sig.

[6] Cfr. Flores Prada, I. y Sánchez Rubio, A. "La ausencia de la persona jurídica en el proceso penal", en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 797 y sig. Estos autores concretan algunos compromisos básicos que debería asumir la persona jurídica: una constante supervisión de la corrección y actualización del domicilio social, el desarrollo de un protocolo interno de recepción de notificaciones judiciales, etc.

> - *Órganos de supervisión y control*. Como segundo requisito debe comprobarse que "la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica". En este contexto, con gran influencia del derecho de origen anglosajón, aparecen nuevas figuras como los delatores (*whistleblower*) o los porteros (*gatekeepers*), ya generalizados internacionalmente en todo el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El oficial de cumplimiento no es más que un *órgano* de la persona jurídica, normalmente unipersonal (*Chief Compliance officer o CCO*) que tiene como tarea vigilar el cumplimiento normativo con carácter general y la observancia del programa en particular, previniendo el delito con la mayor independencia posible. Estas tareas también pueden ser encomendadas a un órgano colectivo (Departamento de *Compliance* o incluso el propio Consejo de Administración) o a un servicio externo a la propia empresa. A su cargo se encuentra generar cursos de formación, controlar los comportamientos irregulares, gestionar canales de denuncia interna que protejan al denunciante o al delator (*whistleblowing*), que se materializan a través de un mecanismo de líneas directas (*hotlines*) que permiten denuncias anónimas o al menos confidenciales. Se establecen nuevos marcos de responsabilidad, a través de sistemas de supervisión y control.
>
> - *Elusión fraudulenta del modelo establecido*. Para cumplir la siguiente condición debe constatarse que "los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención"[7]. La persona física que actúa debe haber sorteado fraudulentamente los programas establecidos que, como ya se ha visto, deben ser adecuados y eficaces para prevenir delitos.
>
> - *Diligencia debida*. Debe comprobarse que "no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª" Esto significa que la inoperatividad o incompetencia del compliance officer excluirá la posibilidad de apreciar la eximente.

a.2) *Empresas de pequeñas dimensiones*. El art. 31 bis 3 CP define las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que son "aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada". Para estas empresas se prevé que "las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración". La solución debe considerarse correcta, porque las empresas pequeñas no pueden realmente asumir los costes de los mecanismos de control y supervisión antes mencionados, que están pensados para empresas de medianas y grandes dimensiones, o podrían hacerlo, pero con gran dificultad[8].

[7] Cfr. González Cussac, J.L. "Condiciones y requisitos …" op. cit. p. 327 y sig.
[8] Cfr. González Cussac, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas…" op. cit. p. 189.

b) Requisitos cuando han intervenido *sujetos subordinados*. Se trata de quienes, "estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar el hecho por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretar circunstancias del caso" (art. 31 bis 1. letra b CP). En este supuesto, "la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" (Art. 31 bis 4 CP). Se trata de un mecanismo distinto, con menos requisitos para la exoneración de responsabilidad. Se exige esencialmente que el modelo resulte adecuado para prevenir determinados delitos.

También el Código Penal contempla la posibilidad de atenuar la pena que corresponde a las personas jurídicas si se ha implementado un criminal compliance, en el caso de que las condiciones establecidas para la exoneración plena "sean objeto de acreditación parcial" (art. 31 bis 2 CP). La referencia a la acreditación podría interpretarse como un requisito procesal, aunque tiene razón la doctrina que hace hincapié en su naturaleza estrictamente material y no probatoria[9].

Por otra parte, se regulan específicos supuestos de atenuación contemplados en el art. 31 quater CP.

> *En particular, establece el art. 31 quater CP que: Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: **a)** Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. **b)** Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. **c)** Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. **d)** Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

[9] Cfr. González Cussac, J. L. "Condiciones y requisitos …" op. cit. p. 334 y sig.

Se trata de un sistema de *numerus clausus*, ya que el precepto establece tajantemente que "Sólo…" por lo que no caben ampliaciones ni analogías[10]. Estas atenuantes funcionan como *eximentes incompletas* en el ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En todos los supuestos enumerados en el art. 31 quater CP se hace referencia a actividades realizadas con posterioridad a la comisión del delito, pero materializadas antes o durante la incoación del procedimiento.

Es objeto de debate jurisprudencial y doctrinal decidir sobre quien debe recaer la carga de la prueba sobre la existencia y eficacia de las medidas de vigilancia y control (compliance penal), como eximente o como atenuante de responsabilidad. En la relevante STS 154/2016, de 29 de febrero, el sector mayoritario de los magistrados (8 votos) consideró que la prueba de la inexistencia o insuficiencia de los mecanismos de control (compliance penal) correspondía a la acusación. En cambio, el voto que resultó en minoría (7 votos), ha considerado que se trata de un supuesto de ausencia de culpabilidad, por lo que la prueba de la existencia y eficacia del compliance debe recaer en la defensa, que es quien la alega. Dice el planteamiento mayoritario:

> * STS 154/2016, de 29 de febrero (Ponente Maza Martín): "(…) en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal (…) De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión".

Un importante sector doctrinal se suma al sector minoritario, considerando que las circunstancias eximentes y atenuantes deben ser probadas por quien las alega, tal como ocurre en el caso de responsabilidad penal de una persona física[11]. Volveremos sobre este problema posteriormente.

[10] Cfr. Ferré Olivé, J. C. "Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", Valencia, 2018, p. 250.

[11] Cfr. González Cussac, J. L. "Condiciones y requisitos …" op. cit. p. 338, Faraldo Cabana, P. "Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 165.

4. Aspectos procesales.

Son muchos los aspectos procesales que pueden resultar modificados o alterados por tratarse de una persona jurídica - en definitiva, un ente ideal- que debe incursionar en el proceso penal como acusada de un delito. Aspectos de difícil solución en algunos casos, por la intervención de múltiples sujetos que pertenecen a la empresa. Puede existir una situación de conflicto de intereses, y también dudas acerca de la carga de la prueba y la concreta aplicación de los principios constitucionales y procesales inherentes a cualquier tipo de delito. Así, por ejemplo, no es posible celebrar un juicio penal a una persona física sin su presencia. En cambio, el enjuiciamiento penal de una persona jurídica es perfectamente posible en ausencia, encontrándose la empresa en rebeldía -por desconocimiento del proceso penal que se sigue- o en contumacia -una ausencia consciente y voluntaria-[12].

4.1 Principio de no autoincriminación.

El básico derecho que impide declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*) debe ser de plena aplicación para las personas jurídicas. Conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 118, 119.1.c y cc), todo ente jurídico actualmente goza con plenitud del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Se puede llegar a entrar en un ámbito particularmente conflictivo, sobre todo teniendo en cuenta que existe un deber de colaborar en los procedimientos administrativos previos a los procesos penales, bajo amenaza de sanción, lo que puede suponer un callejón sin salida para la persona jurídica que en base a las propias pruebas aportadas puede estar declarando contra sí misma en sede administrativa y penal. Fundamentalmente se ha planteado esta problemática en materia penal tributaria, ya que existen deberes de información (art. 93 Ley General Tributaria) que en caso de incumplimiento conllevan sanciones administrativas (art. 203 Ley General Tributaria). A partir de la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17/12/1996, caso *Saunders v. United Kingdom* (TOL 123.776), sobre utilización en el proceso penal de pruebas obtenidas en el procedimiento inspector, se ha establecido que el Derecho a

[12] Cfr. Flores Prada, I. y Sánchez Rubio, A. "La ausencia de la persona jurídica…" op. cit. p. 785 y sig. Indican estos autores que se genera un estatuto procesal penal diferenciado para personas físicas y jurídicas, existiendo un estándar constitucional distinto, contando la persona física con mayores garantías que la persona jurídica, lo que resulta totalmente lógico.

no declarar contra sí mismo supone el respeto a la decisión de un acusado a guardar silencio, pero no se extiende a la utilización válida de datos independientes de la voluntad del sospechoso, como pueden ser documentos o muestras para pruebas periciales[13].

4.2 Derecho de defensa.

La persona jurídica posee, tal como ostentan las personas físicas, todas las prerrogativas que le concede el derecho de defensa, que ejercerá a través de su representante[14]. Dispone el art. 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que "Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (…)". En consecuencia, en caso de ejercitar este derecho, podrá prestar declaración, comparecer en el juicio oral como parte acusada, etc. La declaración de la persona jurídica cuando interviene como investigada en un proceso penal, llevada a cabo a través de su representante, conforma uno de los actos más relevantes del derecho de defensa, pues le permite exponer lo que considere más significativo a su favor. Sin embargo, su incomparecencia no deriva en una orden de detención, pues la legislación concede a esta ausencia el carácter de ejercicio del legítimo derecho a no declarar[15]. A favor de la persona jurídica juega, como ocurre con las personas físicas, la presunción de inocencia. Como señala Moreno Catena, la defensa de la persona jurídica deberá enfrentarse fundamentalmente a dos retos: a la intervención que ha tenido la persona física, acreditando que no ha delinquido o no ha beneficiado a la persona

[13] Cfr. Ferré Olivé, J. C. "Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública, op. cit. p. 86 y sig.

[14] Como señala C. Arangüena Fanego "El derecho al silencio…" op. cit. p. 453, según la legislación aplicable la designación de un representante es facultativa para la persona jurídica, configurándose como un derecho que puede o no ser ejercitado. La conveniencia de la designación dependerá de la estrategia procesal que se desee seguir.

[15] Dispone en lo pertinente el art. 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar". Cfr. al respecto Moreno Catena, V. "El derecho de defensa…" op. cit. p. 1020.

jurídica en el ámbito de actividades propio de la empresa, y a la implantación de un criminal compliance que permita la exención o atenuación de pena[16].

Una de las claves de la problemática a abordar hace referencia a la simultánea persecución de la persona física y la persona jurídica, es decir, una doble amenaza de la que pude derivar una colisión de intereses generador de una merma de garantías constitucionales para uno u otro de los implicados en el proceso. Fundamentalmente porque la unificación de la defensa puede perjudicar a la persona física -normalmente directivo o administrador- o a la persona jurídica, es decir, lleva a sacrificar a una de ellas. Estos conflictos de intereses se resuelven en el derecho español exigiendo abogados distintos[17]. Sin embargo, no es tarea sencilla la decisión acerca de quién tiene la potestad de designar al defensor de la persona jurídica, cuando el directivo está también imputado penalmente en el mismo proceso[18]. En otras palabras, la persona física o la jurídica pueden intentar sacrificar a su coimputado, por ejemplo, para beneficiarse de circunstancias atenuantes que premian la delación o la colaboración con la administración de justicia. Y esta opción es inadmisible si las defensas actúan coordinadamente en beneficio de uno solo de estos imputados.

> * STS 154/2016, de 29 de febrero (Ponente Maza Martín): "(…) nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones".

[16] Cfr. Moreno Catena, V. "El derecho de defensa…" op. cit. p. 1014.

[17] Cfr. Gómez Colomer, J. L. "Introducción: La responsabilidad penal…" op. cit. p. 41 y sig. Este autor plantea el problema acerca de la posibilidad de apreciar el derecho a un abogado de oficio para las personas jurídicas, planteamiento impensable en empresas solventes pero que genera dudas si se imputa penalmente a una empresa sin solvencia.

[18] Cfr. Arangüena Fanego, C. "El derecho al silencio…" op. cit. p. 447. Considera esta autora que la previsión de la representación judicial de la empresa en estos supuestos debería estar prevista en el compliance program. Por el contrario, considero que esta designación es completamente ajena al compliance penal, ya que una eventual judicialización del conflicto es extraña a la prevención del riesgo de materialización de un delito en el seno de la empresa (ya que queda en un plano anterior).

4.3 Inviolabilidad del domicilio.

Sin dudar sobre la enorme relevancia del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 Constitución española), se discute acerca de la existencia de un auténtico derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Realmente no se trata de una morada, ni la persona jurídica posee los derechos de privacidad que sólo pueden sustentarse a favor de una persona física. Sin embargo, como señala Gómez Colomer, dentro de la empresa se custodian documentos esenciales (contabilidad, secretos industriales y empresariales) que permiten discutir si gozan de un derecho similar al que corresponde a las personas físicas[19]. Es particularmente clara la disposición contenida en el art. 554.4 Ley de enjuiciamiento criminal:

> "*Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores: 4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros". La doctrina ha intentado elaborar criterios para delimitar con claridad cuáles son los espacios que reciben esta protección legal, pues su limitación al centro de dirección de la empresa puede resultar insuficiente, y extenderlo a todo inmueble de la empresa no abierto al público puede resultar excesivo. Así, Gascón Inchausti defiende que será inviolable todo espacio en el que se desarrolla el núcleo de actividad de la sociedad, donde se toman las decisiones estratégicas, y todos aquellos en los que se conservan documentos que reflejan la vida interna de la empresa y, por ello, la propia empresa tiene un interés legítimo en que no trasciendan a terceros*[20]*. El registro de estos domicilios deberá llevarse a cabo con autorización judicial o con consentimiento de la propia empresa*

4.4 La sentencia de conformidad.

En el espacio propio del sistema procesal penal que rige en el mundo anglosajón, encontramos como uno de sus pilares básicos el principio de oportunidad. De esta forma, haciendo gala del ya clásico pragmatismo que impera en ese ámbito de influencia jurídica, se otorga a las partes, y más concretamente al Ministerio Público, la posibilidad de negociar con bastante margen de libertad el inicio o la continuación del procedimiento penal, lo que se pacta a cambio de una exoneración o reducción de pena. Prevalece la practicidad, ya que una solución negociada evita largos y costosos procedimientos, el azar del resultado del juicio y un aprovechamiento óptimo de los recursos de los sujetos que intervienen en defensa de los

[19] Cfr. Gómez Colomer, J. L. "Introducción: La responsabilidad penal…" op. cit. p. 39.
[20] Cfr. Gascón Inchausti, F. "inviolabilidad de domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 844.

intereses de la Fiscalía y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Este principio puede manifestarse como de oportunidad libre, es decir, sin limitaciones en la negociación y en sus consecuencias jurídicas, ya que habilita al fiscal incluso a renunciar al ejercicio de la acción penal. Ello permite, por ejemplo, exonerar de pena a cambio de una delación. Se trata de un mecanismo que no ha traspasado con tanta amplitud las fronteras del mundo anglosajón, pues en el resto del planeta se plantean serias reticencias a disponer de forma tan amplia de la acción penal. Por el contrario, se ha ido abriendo paso poco a poco el sistema de oportunidad reglada, es decir, a la admisión de la facultad negociadora para determinados delitos, imponiendo límites o en general buscando alternativas para que se respete preferentemente el principio de legalidad penal y procesal. En este contexto se ubica la sentencia de conformidad en el proceso penal, como una manifestación específica del principio de oportunidad reglada, que como veremos acarrea algunos resultados positivos, pero a su vez no pocos problemas interpretativos y de aplicación[21]. Desde los años '80 toda Europa se ha contagiado de este fenómeno, y como apunta acertadamente Del Moral, España no podía quedar al margen de estas tendencias, ejemplificando que la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado exterioriza una auténtica "apología del sistema de conformidades"[22]. En cualquier caso, la distención de una aplicación taxativa del principio procesal de legalidad, que obligaba a la persecución de todos los delitos, y la aparición del criterio de oportunidad que habilita una negociación entre acusación y acusado es plenamente conforme con la legalidad vigente y con los principios constitucionales que rigen en materia procesal[23]. Sin embargo, en nuestro sistema -a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos- la sentencia de conformidad siempre se estructura en base a una condena menor, y nunca a través del completo final del proceso sin alcanzar condena alguna.

La conformidad de la persona jurídica altera las reglas generales establecidas en el proceso penal español para las personas físicas. Para que opere esta conformidad actuando exclusivamente personas físicas todos ellos deben conformarse para que dicho acuerdo sea

[21] Sobre esta problemática, vid. ampliamente Ferré Olivé, J. C. "El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost"* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 20-06, 2018, y Ferré Olivé, J. C. y Morón Pendás, I. "La sentencia de conformidad en el proceso penal", en AAVV "Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico" (dir. Chico de la Cámara). 2ª edición, 2019, Valencia, p. 716 y sig.

[22] Cfr. Del Moral García, A. "La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)", en Revista Auctoritas Prudentium nº 1-2008, p. 2.

[23] Cfr. Banacloche Palao, J. "El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 553.

operativo. Dispone al respecto el art. 697 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "Si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior" (celebración del juicio). Sin embargo, esta regla se altera respecto a las personas jurídicas, ya que dispone el art. 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos". Adviértase que se exige expresamente que la conformidad -que debe negociarse con todas las acusaciones, si intervienen junto a la fiscalía- la preste un representante especial con poderes al efecto, lo que impide que sea válido un acuerdo suscrito por otras personas que no reúnan esa condición, como podría ser el propio abogado que actúa defendiendo a la empresa en el proceso[24].

A través de la conformidad la persona jurídica puede abandonar el procedimiento prematuramente, evitando así el descredito resultante de pasar por todo un proceso penal, lo que ocurrirá incluso cuando no exista conformidad por parte de las personas físicas investigadas. Sin embargo, como señala la doctrina, esta solución puede llegar a ser problemática si las personas físicas resultan absueltas en el juicio y la persona jurídica ya ha recibido una condena firme, alcanzada de conformidad[25]. Una conformidad prestada por la persona jurídica o por las personas físicas también puede dar lugar a anómalas situaciones de transferencia de la responsabilidad penal de unos a otros, lo que a todas luces debe ser evitado[26].

[24] Cfr. Banacloche Palao, J. "El principio de oportunidad…" op. cit. p. 578.

[25] Cfr. Arangüena Fanego, C. "El derecho al silencio…" op. cit. p. 462 y bibliografía allí citada.

[26] Cfr. Arangüena Fanego, C. "El derecho al silencio…" op. cit. p. 462; Banacloche Palao, J. "El principio de oportunidad..." op. cit. p. 579. La circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 dice en lo pertinente "En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación".

5. Compliance y proceso.

El hecho de que la empresa cree e implemente un criminal compliance eficaz no supone en sí una obligación -salvo en el particular ámbito de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, donde el compliance es exigido para una serie de sujetos obligados o *gatekeepers*, en virtud de la Ley 10/2010, de 28 de abril, afectándose en cierta medida el derecho constitucional a la libertad de empresa, previsto en el articulo 38 de la Constitución española-. En otras palabras, la implementación de esta costosa estructura interior en la empresa es potestativa con carácter general y solo puede ser beneficiosa para la persona jurídica, en los términos que la ley conceda beneficios a quienes han recurrido a su implantación. En primer término, puede tener consecuencias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal. También puede ser beneficiosa a la hora de decidir si se imponen medidas cautelares contra la empresa, tras el inicio de un proceso penal en su contra[27].

Los principales problemas procesales que genera el criminal compliance se circunscriben a los aspectos probatorios[28]. Y estos son de una complejidad muy elevada, ya que todos los requisitos asociados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas están generando una especie de prueba diabólica, que se complica más aún por la presencia de este supuesto de exoneración de responsabilidad construido en torno al compliance. Por una parte, deberá demostrarse que la empresa "ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" (art. 31 bis 1.2. 1ª CP). Este requisito encierra graves dificultades, porque requiere que el compliance program haya sido ejecutado *con eficacia*, lo que entra en contradicción con la propia materialización del hecho delictivo. Por lo tanto, será esencial demostrar que dentro de la empresa alguien -trabajador o directivo- ha quebrantado dolosa o culposamente el programa de cumplimiento[29].

[27] Cfr. Etxeberría Guridi, J. F. y Etxeberría Bereziartua, E. "Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 731y sig. La demostración de la existencia de un compliance eficaz debería ser suficiente para rechazar las medidas cautelares que pudieran dictarse contra la empresa. La decisión judicial deberá, en todo caso, estar suficientemente motivada. La STS 594/2014, de 16 de julio, ha condenado por prevaricación judicial a una magistrada que dictó arbitrariamente medidas cautelares sin fundamentar contra una persona jurídica.

[28] Cfr. Gómez Colomer, J. L. "Introducción: La responsabilidad penal…" op. cit. p. 62.

[29] Cfr. Banacloche Palao, J. "El principio de oportunidad…" op. cit. p. 567.

Debe ser objeto de prueba el mecanismo de gestión de riesgos penales generado internamente, plenamente adaptado a la propia empresa, que implique a la totalidad de directivos y trabajadores y que permita la detección temprana de ilícitos penales. Entre otros elementos necesitados de prueba destacan las competencias atribuidas al compliance officer, su actitud hacia las denuncias y su grado de tolerancia hacia eventuales comportamientos de los altos directivos contrarios a la ética en los negocios. Se puede recurrir a distintos medios de prueba. En primer término, la prueba documental se centrará en demostrar la existencia del propio criminal program, acompañando todos los protocolos que sustenten la seriedad del compromiso en contra del riesgo delictivo (investigaciones llevadas a cabo por el compliance officer, expedientes internos, sanciones a trabajadores, actualización del modelo, etc.). En segundo término, tendrán particular importancia las pruebas periciales pues, como afirma González Cano, "la prueba pericial puede ser la idónea en orden a la acreditación del modo de reacción de la empresa ante el riesgo penal"[30].

Un tema particularmente importante reside en determinar a quien corresponde la carga de la prueba acerca de la concurrencia de los requisitos que conceden capacidad exonerante de responsabilidad penal al criminal compliance. Tema agudo y polémico, sobre todo porque la ya mencionada Sentencia del Tribuna Supremo 154/2016, de 29 de febrero, con un voto muy dividido decidió que la carga de esta prueba correspondía a la parte acusadora, es decir, al Ministerio Público. Por mi parte considero que no deben existir reglas inflexibles en esta materia, partiendo de la base que el mayor peso sobre la carga de la prueba en materia de eximentes debe recaer en quien las alega. Merece una atenta lectura el voto minoritario de la mencionada sentencia.

> * STS 154/2016, de 29 de febrero (Voto concurrente: Ponente Conde Pumpido): "La reforma operada por la LO 1/2015, introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis unas circunstancias específicas de exención de la responsabilidad penal, para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno (…) no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. (…) Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las

[30] Cfr. González Cano, M. I. "La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 881. Estas pericias deberán llevarlas a cabo expertos del sector financiero, del ámbito empresarial, especialistas en compliance, juristas, criminólogos, etc. Aclara esta autora con acierto que los técnicos que hayan participado en el diseño o implementación del compliance program dentro de la empresa nunca podrán intervenir como peritos, sino solo como testigos.

> circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas). Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención. del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos".

Otra sentencia dictada por el Tribunal Supremo inmediatamente después volvió a ratificar la posición mayoritaria, entendiendo que la fiscalía debe acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave en las tareas de supervisión.

> *STS 22172016, de 16 de marzo, (Ponente Marchena Gómez) "En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad".

Como señala Del Moral García, la jurisprudencia clásica defendería el criterio de que las eximentes deben estar "tan acreditadas como el hecho mismo" sin resultar comprendidas por el principio *in dubio pro reo*. Por lo tanto, su prueba correspondería exclusivamente a la defensa. Sin embargo, este punto de vista está cambiando. Así, siguiendo el planteamiento de este autor, "producido el delito, el Fiscal no ha de probar que no existía un plan de cumplimiento" ya que "la carga de alegar su existencia y presentarlo corre por cuenta de la empresa". A partir de aquí "acusación y defensa deberán articular las pruebas que consideren oportunas para acreditar que los protocolos se seguían o no, que el plan tenía o no una vigencia real…"[31]. Porque es necesario que la persona jurídica intente demostrar de alguna forma su plan de cumplimiento, es decir, que ha procurado evitar el delito, ya que es la única que cuenta con

[31] Cfr. Del Moral García, A. "Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 699.

toda la información interna de la empresa y de su compliance[32]. En otras palabras, la carga de la prueba se comparte. Sin perjuicio de ello, en caso de duda, y en virtud del principio *in dubio pro reo*, no procedería condenar a la persona jurídica.

En definitiva, no es suficiente que la empresa alegue que posee manuales de compliance o que aporte una certificación de poseer programas de cumplimiento - refrendo a cargo de empresas privadas de certificación, ya existentes en el mercado- pues se trataría de contar con una especie de *salvoconducto penal*, a todas luces inadmisible. Si se alega el criminal compliance, su funcionamiento real debe someterse a prueba por todas las partes, comprobando su viabilidad para prevenir determinados delitos desde una perspectiva *ex ante* que, lógicamente, no se ha materializado en su evitación, pero que demuestra una actitud de la empresa plenamente implicada en neutralizar o reducir significativamente esos riesgos y en la supresión consecuente del peligro de comisión de posibles delitos.

En cualquier caso, será de particular relevancia el punto de vista de la fiscalía a la hora de decidir sobre la validez exonerante de un compliance penal que se presume eficaz. Si bien la fiscalía no tiene capacidad legal para adoptar un acuerdo de conformidad que derive en un sobreseimiento o absolución, como ya mencionamos *supra*, es indiscutible que si considera que la empresa no ha colaborado en la comisión del delito entrará en juego el principio de oportunidad, como sostiene Banacloche Palao, de una forma "tangencial o indirecta", pues la ausencia de acusación puede también dejar fuera la imputación y el posterior juicio respecto a la persona jurídica[33].

El Código Penal considera circunstancia atenuante el hecho de que la propia persona jurídica haya "establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica" (apartado a, art. 31 quater CP). La creación y puesta en marcha de un compliance program que cubra el vacío existente o corrija el anterior de una manera mucho más eficaz deberá ser alegado y probado antes del comienzo del juicio oral, si se aspira a una reducción de pena por ese motivo.

[32] Cfr. Pérez Gil, J. "Carga de la prueba y sistemas de gestión de compliance" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Valencia, 2019, p. 1078.
[33] Cfr. Banacloche Palao, J. "El principio de oportunidad…" op. cit. p. 573.

6. Bibliografía.

- Arangüena Fanego, C. (2019) "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Bajo Fernández, M. (2012) "Vigencia de la RPPJ" en AAVV "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Navarra.

- Banacloche Palao, J. (2019) "El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Del Moral García, A. (2008) "La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)", en Revista Auctoritas Prudentium nº 1-2008.

- Del Moral García, A. (2019) "Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Etxeberría Guridi, J. F. y Etxeberría Bereziartua, E. (2019) "Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- Faraldo Cabana, P. (2019) "Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Fernández Teruelo, J. (2019) "El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Ferré Olivé, J.C. (2018) "Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Ferré Olivé, J. C. (2018) "El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost"* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 20-06.

- Ferré Olivé, J. C. y Morón Pendás, I. (2019) "La sentencia de conformidad en el proceso penal", en AAVV "Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico" (dir. Chico de la Cámara). 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

- Cfr. Flores Prada, I. y Sánchez Rubio, A. "La ausencia de la persona jurídica en el proceso penal", en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- Galán Muñoz, A. (2017) "Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Galán Muñoz, A. (2019) "Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del compliance: Una propuesta interpretativa" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Gascón Inchausti, F. (2019) "inviolabilidad de domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- Gómez Colomer, J. L. (2019) "Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance Programs), en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- González Cano, M. I. (2019) "La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control" en AAVV, "Tratado sobre compliance penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

- González Cussac, J.L. (2015) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies” en AAVV, “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015” (dir. González Cussac) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

- González Cussac, J.L. (2019) “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos, en AAVV, “Tratado sobre compliance penal”, Tirant lo Blanch, Valencia.

- Moreno Catena, V. (2019) “El derecho de defensa de las personas jurídicas” en AAVV, “Tratado sobre compliance penal”, Tirant lo Blanch, Valencia.

- Pérez Gil, J. (2019) “Carga de la prueba y sistemas de gestión de compliance” en AAVV, “Tratado sobre compliance penal”, Tirant lo Blanch, Valencia.

O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária

The criminal non-persecution agreement and its reflections in crimes against the tax order

Juan Rodrigo Carneiro Aguirre[1]

Tarsis Barreto Oliveira[2]

Resumo: O presente trabalho aborda a introdução do artigo 28-A no Código de Processo Penal brasileiro, promovida pela Lei 13.964/2019 e os possíveis reflexos nas infrações potencialmente abarcadas pelo instituto. Nesse mister, examina-se a sistemática de processamento dos delitos contra a ordem tributária elencados na lei 8.137/90, em especial os artigos 1º e 2º, crimes cometidos por particulares à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como a compatibilização do acordo de não persecução penal à política criminal existente. O método descritivo e comparativo dos atos normativos e da doutrina mostra-se mais adequado para a análise do estudo proposto. O resultado do trabalho demonstra a possibilidade de aplicação da justiça consensual aos crimes descritos na lei 8.137/90, devendo ser fixados alguns parâmetros para o oferecimento do acordo.

Palavras-chave: Lei 8.137/90; justiça consensual; jurisprudência do STF.

Abstract: This paper deals with the introduction of Article 28-A in the Brazilian Criminal Procedure Code, promoted by Law 13.964/2019 and the possible repercussions on the infractions potentially covered by the institute. This article examines the system for processing the crimes against the tax order listed in Law 8.137/90, in particular articles 1 and 2, crimes

[1] Pós-Graduado em programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção da Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT. Mestrando no programa de Pos Graduação *strito sensu* Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT/ESMAT. Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. E-mail: juan.rodrigo@uft.edu.br

[2] Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Associado de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Tocantins. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador e Professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT. E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br

committed by private individuals and the jurisprudence of the Federal Supreme Court, as well as the compatibility of the agreement of no-criminal prosecution with existing criminal policy. The descriptive and comparative method of normative acts and doctrine is more appropriate for the analysis of the proposed study. The result of the work demonstrates the possibility of applying consensual justice to the crimes described in Law 8.137/90, and some parameters should be established to offer the agreement.

Keywords: Law 8.137/90; consensual justice; STF jurisprudence.

7. Introdução

Com a edição da Resolução 181, de 07 de agosto de 2017, alterada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, dispondo sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, o denominado *acordo de não persecução penal* passou a ser amplamente debatido na comunidade jurídica brasileira.

Como se depreende do próprio nome do instituto, as Resoluções permitiam ao membro do Ministério Público entabular acordo com o acusado e seu defensor para, fixadas algumas condições, não deflagrar a ação penal correspondente, visando conferir maior efetividade ao sistema processual penal. Isto porque, a partir de parâmetros objetivos e concretos existentes no bojo do procedimento investigatório, poder-se-ia vislumbrar que, em caso de condenação, a pena aplicada passaria a ser restritiva de direitos, face às disposições do artigo 44 do Código Penal.

Assim, buscando propiciar ao jurisdicionado resposta penal mais ágil e efetiva, com especial enfoque na reparação de danos à vítima, desafogando o Poder Judiciário e colocando em prática o modelo acusatório previsto na Constituição Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público editou as mencionadas Resoluções, pretendendo o aprimoramento do sistema processual penal brasileiro, sabidamente moroso e, muitas vezes, ineficaz. Em outras palavras, a partir da negociação entre as partes, evitar-se-ia o processo penal e toda sua carga estigmatizante, dando rápida resposta à vítima e à sociedade para o caso penal. Cumpridas as condições pactuadas, como reparação de danos à vítima, renúncia de bens, prestação de serviços à comunidade, entre outras, a investigação seria arquivada, por inutilidade ao sistema.

Não obstante as críticas doutrinárias, em muito fulcradas na inconstitucionaliade formal do instituto, esse modelo de justiça consensual, como opção de política criminal, foi sendo aplicado de forma paulitina em todo o país.

Nesse contexto, em 24 de dezembro de 2019, superando a principal crítica ao instituto, foi publicada a lei 13.964, que, entre diversas outras alterações legislativas, incluiu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, incorporando ao ordenamento legislativo o acordo de não persecução penal.

As disposições em muito se assemelham ao texto das resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, permitindo a negociação entre os atores do processo penal para evitar a deflagração da ação penal. Todavia, previu maior participação do Poder Judiciário, fixando como consequência do cumprimento das cláusulas não mais o arquivamento, mas a extinção da punibilidade.

O que se busca no presente trabalho é analisar a viabilidade de aplicação desta nova modalidade de justiça consensual aos crimes tributários previstos na lei 8.137/90, em especial, seus artigos 1º e 2º. Isso porque, a despeito da importância do bem jurídico tutelado - patrimônio público -, a legislação penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, instituíram uma série de benefícios aos investigados por razões de política-criminal, que, malgrado em uma primeira percepção não importem em inviabilidade do acordo de não persecução, impõe análise mais acurada para aplicação do novo instituto.

A temática se mostra atual, uma vez que há de se conjugar as modalidades já existentes de política-criminal aos crimes contra a ordem tributária e às inovações trazidas pela lei 13.964, de dezembro de 2019.

Para o desenvolvimento do trabalho, escolheu-se o método descritivo e comparativo, com análise de conteúdo. Busca-se, na primeira parte, descrever brevemente as formas e requisitos do artigo 28-A do CPP e suas nuances no processo penal, e se há adequação, em tese, aos crimes descritos nos artigos 1º e 2º da lei 8.137/90.

Em seguida, faz-se breve estudo sobre a tutela penal referentes aos crimes contra a ordem tributária e as diversas formas de política-criminal postas à disposição do suposto autor para suspender a persecução penal ou mesmo realizar ações que visem à extinção da punibilidade de sua conduta. Para tanto, analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e legislações correlatas.

No terceiro momento, analisam-se as possibilidades de aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes contra a ordem tributária, tentando compatibilizar a atuação do Ministério Público, investigado e defensor na esfera penal em cotejo com as possibilidades de ação do investigado na esfera administrativa.

O resultado da pesquisa evidenciará o conhecimento, divergências e contemporaneidade da matéria em estudo, inexistindo ainda jurisprudência segura sobre o tema.

8. O acordo de não persecução penal: inovação da lei 13.964/19 e seus reflexos na lei 8.137/90

A partir da promulgação da Constituição Federal houve rompimento de paradigmas no tradicional modelo do processo penal brasileiro, quando se inseriu no art. 98, I a necessidade de criação de juizados especiais com procedimentos orais e sumaríssimos, permitindo a transação entre as partes, em busca de medida alternativas e simplificadoras ao processo penal. (BRASIL, 1988). Para Pacelli (2008, p. 590):

> a lei 9.099/95 inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então sempre convivera com o antigo sistema penal condenatório. [...] Podemos, então, falar em um modelo consensual de justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado.

Com efeito, a lei dos juizados especiais, ao prever a transação penal, em seu artigo 76, e a suspensão condicional do processo, no artigo 89, iniciou verdadeira *revolução* na forma de atuação no processo.

Em relação ao primeiro instituto, *transação penal*, permitiu-se a realização de acordo entre o Ministério Público ou o autor de queixa crime e o suposto autor do fato, antes mesmo da deflagração da ação penal, como forma de o investigado, cumpridas determinadas condições, ter extinta sua punibilidade sem qualquer registro de antecedentes a não ser para fins de nova transação (art. 76). Essa modalidade somente se aplica a delitos inseridos no rol de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima igual ou inferior a 02 anos de reclusão (art. 61). (BRASIL, 1995).

Já o artigo 89, seguindo a mesma toada de negociação entre as partes, previu a *suspensão condicional do processo.* Esse instituto, no entanto, pressupõe a deflagração da ação penal e permite acordos em crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 ano. Assim,

cumpridos os requisitos e as condições impostas, ultrapassado o período de prova, fica extinta a punibilidade do acusado. (BRASIL, 1995).

No âmbito da justiça consensual ou negociada podem ser inseridas outras legislações que instituíram modelos diversos de interação entre as partes. Pode-se citar as leis 8.072/90, 9.034/95 (já revogada); 9.080/95, 9.807/99, 9.613/98, 12.863/12, 11.343/06 e 12.863/12, que trouxeram a possibilidade de colaboração ou delação premiada. (ALVES, 2019, p. 219-220). Ocorre que essas modalidades não visam o ajuste entre as partes quanto à deflagração ou andamento da ação penal, distanciando-se do modelo inserido na lei dos juizados especiais, tendo como finalidade apenas a *redução da pena* eventualmente aplicada.

Em agosto de 2017, com alterações em janeiro de 2018, o Conselho Nacional do Ministério Público, dispondo sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público, editou as resoluções 181/17, alterada pela 183/18, inovando o ordenamento jurídico quando, em seu artigo 18, previu a possibilidade de formulação de acordo de não persecução penal, cuja regulamentação se aproximava do regramento da lei dos juizados especiais criminais, especialmente a transação penal. Para Suxberger (2019, p. 77) o acordo de não persecução penal é

> Um negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa que autoriza o arquivamento da investigação preliminar, se esse investigado atender ao que dele se exige como condições pessoais, cumprir medidas similares a penas restritivas de direitos e reparar o dano ou restituir a coisa à vítima.

Como fundamentação para a edição da Resolução 181/17, o Conselho Nacional do Ministério Público deixou assentado, entre outros, os seguintes fundamentos para a edição do ato normativo:

> Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;
>
> Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, [...] (CNMP, 2017)

Diversas foram as críticas ao instituto, podendo ser elencadas, entre outras: a) inconstitucionalidade formal do ato normativo; b) usurpação de competência privativa da união para regular a matéria; c) desrespeito à indisponibilidade da ação penal. Da mesma forma, como contraponto, fundamentava-se a validade da norma com fulcro na teoria dos poderes implícitos, universalização das investigações e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HARTAMN, 2019).

Nesse contexto, em meio a acirradas divergências sobre a amplitude e validade das Resoluções, foi publicada a lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 que, entre diversas outras modificações e inovações no sistema processual penal, acrescentou o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Elencou ainda as hipóteses em que o acordo não pode ser formulado:

> § 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

> II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A inovação legislativa ainda descreveu a forma de elaboração, fiscalização, controle e consequências do cumprimento do ajuste:

> § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.012 | ISSN: 2764-1899

> § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

Da leitura do texto, nota-se que foi fortemente influenciado pelas Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, havendo vários pontos idênticos, todavia, com algumas alterações substanciais, como a forma de fiscalização e a consequência do cumprimento do acordo.

Da leitura do *caput* do dispositivo verifica-se que grande quantidade de tipos penais pode ser abarcada pelo acordo de não persecução penal, inclusive os denominados *crimes de colarinho branco*, categoria em que se inserem os delitos contra a ordem tributária. Isso porque, dentre as condições objetivas para a formulação da negociação foram fixadas a ausência de elementar de violência e grave ameaça, e que o delito possua *pena mínima* cominada inferior a *4 anos* de reclusão.

Nesse sentido, os delitos descritos nos artigos 1° e 2º da lei 8.137/90, que definem crimes praticados por particulares contra a ordem tributária podem, em tese, em determinadas situações concretas, ser abarcados pelos acordos de não persecução penal. Analisando o preceito secundário dos referidos tipos penais são cominadas penas mínimas, respectivamente de 2 anos e 6 meses de privação de liberdade. Sendo assim, não haveria óbice ao implemento dos acordos.

Ocorre que, conforme legislações correlatas e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a persecução penal em relação a essas modalidades de infração assumiram muitas especificidades, necessitando de análise mais acurada para buscar a compatibilização e aplicação do acordo de não persecução penal.

9. A persecução penal em juízo nos crimes contra a ordem tributária. Modalidades de extinção da punibilidade. Súmula vinculante 24 do STF

A lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ao elencar condutas que, de formas diversas, resultam em diminuição da arrecadação de tributos, tem como bem jurídico protegido a ordem tributária.

Esta deve ser compreendida como o patrimônio público, na perspectiva do crédito tributário, não como apenas *cifra*, mas também com os olhos voltados para suas finalidades.

Ora, a Constituição brasileira abraçou perspectiva de Estado de bem-estar social e, para tanto, deve o Estado ser provedor de atividades e serviços públicos tendo como destinatários, especialmente, os mais pobres e de menor poder aquisitivo. (DECOMAIN, 2010, p. 66).

> A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supraindividual de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. [...] A legitimidade Constitucional para a tutela da ordem tributária radica no fato de que todos os recursos arrecadados se destinam a assegurar finalidade inerente ao Estado democrático e social de Direito, de modo a propiciar melhores condições de vida a todos (*v.g* tratamento de água e esgoto, criação de áreas de lazer, saúde, educação). (PRADO, apud DECOMAIN, 2010, p. 67)

Assim, inexistem dúvidas de que o pano de fundo da tutela penal dos delitos contra a ordem tributária é a promoção dos direitos fundamentais sociais. "O Estado detém o papel de promoção desses direitos por meio da criação ou ampliação dos serviços públicos" (SAMPAIO, 2013, p. 570) que somente podem ser implementados por meio de recursos oriundos da relação jurídico tributária.

Nesse sentido, foi o voto do Ministro Rogério Schietti, relator do HC 399109/SC, julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 22/08/2018 que fixou a tese, posteriormente encampada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 163334/SC, julgado em 12/12/2019, sobre a constitucionalidade e adequação do tipo penal descrito no artigo 2º, II da lei 8.137/90. Em seu voto, o Ministro Schietti lançou as seguintes considerações:

> Sem embargo, a lógica que justifica a ordem tributária, no modelo de um Estado Social e Democrático de Direito, entrelaça-se com a ideia de cidadania – aqui compreendida como o pleno exercício de direitos e deveres de modo equilibrado e justo –, sobretudo porque subsidia, de maneira proeminente, a implementação dos objetivos fundamentais da República, a saber: o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º da CF). (STJ, 2018).

Nessa perspectiva de promoção de direitos humanos e fundamentais e considerando o caráter de prestador de serviços públicos assumidos pelo Estado Brasileiro, importante mencionar estudo publicado pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional estimando que a sonegação fiscal, no ano de 2018, representou perda na arrecadação equivalente a 9,2% do PIB, equivalendo a R$ 626,8 bilhões (seiscentos e vinte e seis bilhões e

oitocentos milhões de reais). Esses valores estimados são praticamente equivalentes a 88,2% de tudo que foi arrecadado pelos estados e municípios juntos (QUANTOCUSTABRASIL, 2019), demonstrando a especial relevância do combate eficaz a essa modalidade criminosa, impedindo a reiteração das práticas que, ao fim e ao cabo, prejudicam o desenvolvimento nacional e atingem diretamente os mais necessitados.

A despeito da importância do bem jurídico tutelado, a própria lei 8.137/90 e legislações subsequentes, somadas às interpretações judiciais do ordenamento, conferiram benesses aos supostos autores/investigados por crimes fiscais não compartilhadas aos autores de delitos em geral. Isso porque o legislador nacional e a jurisprudência dos tribunais têm a tendência de reduzir o bem jurídico tutelado a mero numerário apropriado ou sonegado do Estado, permitindo que o investigado se proteja ou fique alijado da persecução penal por diversas formas.

Nesse sentido, parecem corretas as críticas de Baratta (2011, p. 162), assentando que:

> a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário
>
> b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos
>
> c) O grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à leis, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige então para o mito do direito penal como direito igual por excelência.

Desde a redação original da lei 8.137/90 já se pode perceber vontade legislativa de tratamento diferenciado aos autores desta modalidade de infração penal, quando comparados aos autores de delitos em geral.

Vê-se que, distanciando-se do disposto no artigo 16 da parte geral do Código Penal (norma de referência para todo o sistema, que instituiu como causa geral de diminuição da pena *a reparação do dano* até o recebimento da denúncia), o artigo 14 da lei 8.137/90 previu, para a mesma ação, a extinção da punibilidade do agente investigado. (BRASIL, 1990).

Assim, se o autor do crime contra a ordem tributária, antes do recebimento da denúncia criminal, quitasse o valor do crédito tributário, não teria reduzida sua pena como o sistema penal – regra geral – determina, mas sim, teria extinta sua punibilidade, sem qualquer consequência para fins de antecedentes ou mesmo novas práticas de apropriação ou sonegação de recursos públicos.

Em 30 de dezembro de 1991, a lei 8.383 revogou o mencionado artigo, buscando a equiparação à regra geral do Código Penal. Ocorre que, em dezembro de 1995, a lei 9.249, em seu artigo 34, represtinou a disposição contida na redação original do artigo 14 da lei 8.137/90, possibilitando a extinção da punibilidade quando do pagamento do tributo.

Em abril de 2000, a lei 9.964, que instituiu programa de Recuperação Fiscal (Refis) e deu outras providências, em seu artigo 15, caput, incluiu outra benesse ao investigado por infrações contra a ordem tributária. Previu o dispostivo que, se a pessoa jurídica relacionada ao agente devedor estivesse inserida no programa, antes do recebimento da denúncia, teria suspensa a pretensão punitiva estatal. Extrai-se ainda do artigo 13 a possibilidade de parcelamento em até sessenta vezes do valor do débito. Ressalte-se que o parágrafo 2º do artigo 15 da mencionada lei se aplicava aos Refis estaduais e municipais (BRASIL, 2000).

Mais uma vez fica explícito o tratamento diferenciado instituído pelo legislador. Ora, o sistema processual penal, regra geral, não contempla, mesmo nas hipóteses de delitos patriomoniais individuais, sem violência e grave ameaça, o mesmo benefício, tratando-se de política criminal específica a essa modalidade de infração.

Nota-se que sempre a ação do investigado tinha como marco temporal o recebimento da denúncia criminal. Ultrapassado este momento, o recolhimento ou parcelamento do tributo não mais tinha o condão de encerrar a instrução penal já iniciada, levando-se em frente o processo até a definição do mérito.

Ocorre que, em maio de 2003, a lei 10.684, alterando a legislação tributária, dispôs sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, dispondo em seu artigo 9º:

> Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.
>
> § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. (BRASIL, 2003)

Referido diploma algutinou os benefícios previstos na lei 9.249/95 e 9.964/00, incluindo ainda duas outras novidades. A primeira, a previsão de suspensão da prescrição

punitiva em relação à persecução penal durante o período do parcelamento, que, conforme já mecionado, poderia durar anos. Assim, trouxe medida de proteção à persecução, uma vez que, expressamente, suspendia a prescrição punitiva, permitindo a ação do Ministério Público em caso de descumprimento das condições do programa.

A segunda ampliou ao máximo os benefícios concedidos aos investigados, afastando-se ainda mais das normas gerais do sistema processual penal, uma vez que extirpou do texto legal o marco temporal para o pagamento integral e/ou parecelamento como formas de extinção da punibilidade/suspensão da persecução penal, permitindo a interpretação de que, a qualquer tempo, cumpridos os requisitos, o investigado estaria livre da persecução penal. Nesse sentido, há julgados do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Adesão a programa de recuperação fiscal na vigência da Lei nº 10.684/03. Pretendida extinção da punibilidade nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95. Não comprovação de quitação integral do débito tributário. Inadmissibilidade. Ordem denegada. 1. É da jurisprudência da Corte o entendimento segundo o qual "[a] adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis não implica a novação, ou seja, a extinção da obrigação, mas mero parcelamento. Daí a harmonia com a Carta da República preceito a revelar a simples suspensão da pretensão punitiva do Estado, ficando a extinção do crime sujeita ao pagamento integral do débito" (RHC nº 89.618/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 9/3/07). 2. Há nos autos informações de que, embora parcelado, o débito ainda não se encontra integralmente adimplido, a incidir o disposto no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03. 3. Ordem denegada. (HC 102348, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-163 DIVULG 24-08-2011 PUBLIC 25-08-2011 EMENT VOL-02573-02 PP-00182) (STF, 2011) (grifo nosso).

> EMENTA Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da insignificância. Tese não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento pela Suprema Corte. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do writ. Requerimento incidental de extinção da punibilidade do paciente pelo pagamento integral do débito tributário constituído. Possibilidade. Precedente. Ordem concedida de ofício. 1[...] 3. O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos - empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente. (HC 116828, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013) (STF, 2013) (grifo nosso).

Assim, a partir da edição da lei 10.684/2003, com efeitos retroativos, em razão de sua natureza de norma mista, aos investigados por crimes fiscais previstos nos artigos 1º e 2º da lei 8.137/90 foi conferida a possibilidade de, *a qualquer tempo*, recolherem o valor total do tributo e com isso terem extinta sua punibilidade, ou parcelarem o valor e suspenderem a persecução penal. Sem dúvida, política criminal bastante favorável.

Não obstante o quadro apresentado, a partir da publicação da lei 9.430/96, especialmente em seu artigo 83, iniciou-se debate sobre *a natureza jurídica da ação penal* cujo objeto fosse os crimes descritos no artigo 1º e 2º da lei 8.137/90. Isto porque, aparentemente, o artigo 83 da legislação de 1996 instituía condicionante à atuação do Ministério Público na repressão penal, ao explicitar a necessidade de os órgãos fazendáriaos remeterem *representação fiscal para fins penais*, gerando dúvida quanto à natureza da ação, malgrado as disposições expressas dos artigos 15 e 16 da lei 8.137/90, que afirmavam ser *incondicionada*.

A questão foi discutida em sede de ação direta de inconstitucionalidade nº. 1571, proposta pelo Procurador Geral da República, alegando, em síntese, que o mencionado artigo não guardava bases constitucionais, violando atribuições do Ministério Público no exercício da ação penal pública. Deprende-se do julgado que a ação foi julgada improcedente, restando assim ementada:

> EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Argüição 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 (ADI 1571, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-02 PP-00265) (STF, 2003) (grifo nosso).

Malgrado tenha ficado assentado que a *representação fiscal para fins penais* não fosse condição de procedibilidade da ação penal, mantendo, portanto, a natureza pública incondicionada da ação penal, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, somente após o esgotamento da via administrativa, haveria *justa causa* para a persecução penal. Conforme

mencionado na ementa ADI 1571, esse entedimento foi exarado nos autos do HC 81.611/DF, decidido na mesma sessão plenária, em 10/12/2003.

> EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), 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. 2. [...].(HC 81611, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084) (STF, 2003)

Lançando luzes sobre a questão, Decomain (2010, p. 598)

> Resumindo tudo isso e em consideraçãoao que decidido pelo STF no HC nº 81.611, a ação penal pelo crime contra a ordem tributária não pode ser aforada antes de confirmado definitivamente o lançamento na órbita administrativa, isto é, enquanto pender discussão administrativa a propósito do crédito tributário, inexiste justa causa para o aforamento da ação penal. Encerrada, porém, a discussão administrativa, com confirmação do lançamento, o Ministério Público pode promover a ação penal, desde que tenha conhecimento do ilícito penal, independentemente do envio da representação fiscal a que alude o artigo 83 da lei nº 9.430/96.

Consolidado o entendimento da Corte, em 02/12/2009 o Supremo editou a súmula vinculante n. 24, com o seguinte teor: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo” (STF, 2009).

Assim, vê-se que a atuação do Ministério Público no combate aos crimes mencionados no artigo 1º da lei 8.137/90, embora de ação penal pública incondicionada, ficou *condicionada* ao esgotamento da via administrativa, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Embora não mencionada na súmula, as infrações do artigo 2º também demandam ação das Fazendas Públicas, existindo, de qualquer forma, vinculação entre a ação do Ministério Público e dos órgãos Fazendários. Nesse sentido, malgrado a ação seja pública incondicionada:

> Forçoso reconhecer, todavia, que na grande maioria dos casos os elementos iniciais de convicção, com base nos quais seão instaurados inquériots pooliciais e deflagradas ações penais por crimes dessa natureza, residirão em processos administratios tributários.Essa circunstância torna patente a utilidade da conjugação de esforços entre todos os que devam desempenhar aglum papel no comate aos crimes contra a ordem tributária. (DECOMAIN, 2010, p. 563).

Em linhas gerais, a partir do histório mencionado, depreende-se que, em razão da força retroativa das disposições legais e jurisprudenciais, o investigado/denunciado por delitos contra a ordem tributária gozava de regras bastante diferenciadas quanto à persecução penal, sendo possível atuação determinante ainda na seara administrativa, com reflexos na seara penal.

Em fevereiro de 2011, a lei 12.382 modificou o artigo 83 da lei 9.430/96, para melhor regular a representação fiscal para fins penais, trazendo ainda modificações substanciais quanto à matéria. Dispõe o referido artigo:

> Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)
>
> § 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.(Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
>
> § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
>
> § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
>
> § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
>
> § 5o O disposto nos §§ 1o a 4o não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
>
> § 6º As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 12.382, de 2011). (BRASIL, 1996)

Percebe-se da redação dos parágrafos 2º e 6º que o legislador reintroduziu o requisito temporal para o gozo das benesses relacionadas ao pagamento integral e parcelamento, exigindo do investigado que realizasse comportamento ativo antes de formalizado o recebimento da

denúncia. Esse aspecto foi expresso no parágrafo 2º; todavia, o parágrafo 6º apenas fez remissão ao artigo 34 da lei 9.249/96. Sobre o tema, Marcão (2018, p. 52) salienta:

> Impende anotar que a Lei n. 12.382/2011 alterou sensivelmenteo art. 83 da lei n. 9.430/96 e a redação de seu antigo parágrafo único agora está em seu §6º, segundo o qual, por força do disposto no artigo 34 da Lei n. 9.249/95, é possível a extinção da punibilidade em razão da quitação do débito tributário – quando realizada antes do recebimento da Denúncia.

Sendo assim, a partir das modificações legislativas de 2011, houve a reintrodução de lapso temporal para a ação do investigado por delitos fiscais. Doravante, recebida a denúncia, não mais existem razões de política criminal para encerrar a persecução penal. De toda sorte, valem as críticas de Decomain (2010, p. 499-500), especialmente quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo:

> Provavelmente essa regra nem sequer reprenta guarida eficaz para o crédito tributário. [...]. A benesse não é concedida nem mesmo apenas àquele que pela vez primeira fosse supreendido em crime. Pode repetir-se indefinitivamente. Percebe-se o amplo convite que se apresenta para a reiteração de crimes de sonegação fiscal ou contra a ordem tributária. Arrisca-se sempre o mau contribuinte na repetição das condutas precedentes. Se não for descoberto, garantirá ganho patrimonial na verdade ilícito. Caso seja surpreendido na prática do delito, poderá pagar o tributo, embora com acrescimos e livrar-se com isso de qualquer punição criminal. Bem provável que essa causa de extinção de punibilidade na verdade represente antes um estímulo à deliquência, que um mecanismo de alavancamento das receitas tributárias. O ganho poderá ser bem elevado. O risco de ser descoberto, relativamente reduzido. E a garantia da impunidade com o pagamento, estará assegurada.

Com as alterações promovidas pela lei, os investigados por delitos fiscais gozam de benefícios não experimentados por investigados em geral, sendo a política criminal altamente favorável, a despeito da importância do bem jurídico tutelado. Nesse contexto, a par dos benefícios já mencionados, apresenta-se ainda o acordo de não persecução penal, introduzido como norma geral do sistema processual, sendo mister analisar a possibilidade de sua aplicação aos investigados pelos delitos contra a ordem tributária.

10. A aplicação do acordo de não persecução nos crimes previstos nos artigos 1° e 2° da lei 8.137/90.

Para a aplicação do instituto do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, deve-se pressupor comportamento negativo do investigado pelos tipos penais previstos nos artigos 1° e 2º da lei 8.13790, na medida em que não recolheu

o tributo e seus acessórios e/ou não foi incluído em programas de recuperação fiscal, ou não pretendeu parcelar a dívida durante o trâmite do procedimento administrativo tributário.

Assim, parte-se da premissa de que houve o esgotamento do procedimento administrativo tributário sem qualquer ação do contribuinte, conferindo *justa causa* para a propositura da ação penal pelo Ministério Público, nos termos da súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal. Nessa toada, a partir da chegada da documentação no Ministério Público, existindo ou não a representação fiscal para fins penais, cumpridas as demais condições, já haveria possibilidade de deflagração da ação penal.

Ocorre que, antes do ajuizamento da denúncia, deverá o membro do Ministério Público analisar os requisitos para a propositura do acordo de não persecução penal.

> A iniciativa do acordo de não persecução penal é do órgão acusatório. Trata-se de instrumento que coloca, de fato, o Ministério Público em posição de protagonismo. O juiz não pode fazer a proposta. A ele se permite, no máximo, sugerir a realização do acordo, encaminhando os autos ao Ministério Público e, em caso de recusa do membro oficiante, é aplicável a sistemátia do art.28 do CPP. [...] O acordo também deve ostentar necessidade e sufiência da medida para reprovação e prevenção do crime. Essa exigência consagra a discricionariedade do Ministério Público na condução do acordo de não persecução penal, afinal competirá especificamente a ele, enquanto titular da ação penal e do poder-dever de propor a medida, a análise acerca da oportunidade e conveniência de sua aplicação em cada caso. (ABRAAO, LOURINHO, 2020, p. 338)

Passa-se então, à análise da possibilidade, em tese, de aplicação do instituto aos delitos previstos no artigo 1º e 2º da lei 8.137/90, que assim dispõe:

> Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
>
> [...]
>
> Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. [...]
>
> Art. 2° Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
>
> [...]
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1990)

Em princípio, considerando que o preceito secundário do dispositivo prevê pena máxima cominada em 2 anos de detenção, ao teor do parágrafo 2º, I do artigo 28-A, não há de se falar em proposta de acordo de não persecução penal se a ação do investigado se subsumir às condutas previstas nos incisos do artigo 2º. Isto porque se trata de delito de menor potencial

ofensivo, ficando sujeito à transação penal. Ressalte-se que a transação penal possui enorme semelhança ao instituto ora em estudo, tendo também o condão de impedir a propositura da ação penal e, cumpridos os requisitos, impõe a extinção da punibilidade do suposto autor dos fatos (BRASIL, 1995).

Ocorre que há hipóteses em que as condutas mencionadas no artigo 2º podem ser deslocadas para julgamento na vara criminal comum, em razão da incidência de causas de aumento da pena. Nesse sentido, colaciona-se trecho de decisão, que, apesar de antiga, permance inalterada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. [...] 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos; destarte, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial. 2. [..] 4. Ordem concedida. (HC 143.500/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 27/06/2011)

A exasperação da pena também pode resultar de aplicação de causas gerais ou especiais de aumento da pena, notadamente aquela descrita no artigo 12, I da lei 8.137/90: "Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1°, 2° e 4° a 7°: I - ocasionar grave dano à coletividade".

Em relação ao deslocamento de competência por reiteração delitiva por concurso de crimes, especialmente nos casos de omisso de recolhimento (artigo 2º, II da lei 8.137/90) a proposta do acordo esbarraria no requisito descrito no inciso II, parágrafo 2º do artigo 28-A, que assim dispõe: "II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas". (BRASIL, 2019)

Nesse sentido, havendo indicação que investigado pelos crimes descritos no artigo 2º, em especial o artigo 2º, II da lei 8.137/90 tem como praxe o não recolhimento de tributos, de forma reiterada, incidiria a vedação de proposta de acordo de não persecução.

De outro lado, havendo a incidência da causa de aumento do artigo 12, I, dano grave à coletividade, em princípio, não haveria vedação expressa. Neste caso, ao contrário do disposto nas Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público que fixavam parâmetro de dano máximo provocado como requisito para aplicação do instituto (vinte salários mínimos),

o legislador de 2019 quedou-se silente, ampliando ainda mais o espectro de aplicação do acordo de não persecução penal.

Ocorre que a redação do *caput* do artigo 28-A deixa expresso que há necessidade de avaliação subjetiva/discricionária do membro do Ministério Público quanto à aplicação do acordo, para que seja *necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.* Sobre o alcance do dispositivo, Abraão e Lourinho (2020, p. 342) afirmam que:

> A partir dessa exigência, conclui-se facilmente queo benefício não constitui um direito subjetivo do agente delitivo, inclusive, por conta da previsão do §14 do artigo 28-A do CPP, traduzindo, em verdadeiro poder-dever do Mnistério Público, a quem, competirá examinar o cabimento do benefíio em cada caso, assemelhando-se, nesse caso à suspensão condicional do processo. [...] Desse modo, não se revelaria conveniente, por exemplo, oferecer a proposta a investigado por crime praticado contra a administração pública, quando o dano causando ao erário supera o patamar de vinte salários mínimos- ou mesmo outro patamar que venha ser normatizado internamente pelo Ministério Público. E mesmo quando cabível a proposta, tem-se como obrigatória a inclusão da cláusula específica que garanta a reparação integral do dano.

Nessa linha, sendo grave o prejuízo social, tendo o suposto autor deixado de recolher aos cofres públicos valores expressivos, apropriando-se deles indevidamente, causando prejuízo ao patrimônio público, pode o membro do Ministério Público, motivadamente, deixar de propor o acordo de não persecução penal e deflagrar a ação penal competente. Registra-se que o STJ enfrentou a majorante ora mencionada, fixando os seguintes parâmetros para sua incidência:

> RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 12, I, DA LEI 8.137/90. ICMS. VALOR SONEGADO. INCLUSÃO DE JUROS E MULTA. AUSÊNCIA DE GRAVE DANO À COLETIVIDADE. CAUSA DE AUMENTO AFASTADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. O dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa. 2. A majorante do grave dano à coletividade, prevista pelo art. 12, I, da Lei 8.137/90, restringe-se a situações de especialmente relevante dano, valendo, analogamente, adotar-se para tributos federais o critério já administrativamente aceito na definição de créditos prioritários, fixado em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), do art. 14, caput, da Portaria 320/PGFN. 3. Em se tratando de tributos estaduais ou municipais, o critério deve ser, por equivalência, aquele definido como prioritário ou de destacados créditos (grandes devedores) para a fazenda local.[...] 6. Fixada, assim, a tese de que o grave dano à coletividade é objetivamente aferível pela admissão na Fazenda local de crédito prioritário ou destacado (como grande devedor).[...] 8. Recurso especial provido para reduzir as penas a 2 anos de reclusão e a 10 dias-multa e declarar, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. (REsp 1849120/SC,

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.012 | ISSN: 2764-1899

> Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 25/03/2020) .(STJ, 2020)

Com efeito, apenas o caso concreto poderá indicar, a partir de circunstâncias fáticas, caso deslocada a competência para o juízo comum, se será ou não aplicado o artigo 28-A do CPP aos delitos descritos no artigo 2º da lei 8.137/90, seja por vedação expressa objetiva (reiteração de condutas) seja por vedação subjetiva (avaliação, pelo membro do Ministério Público, da necessidade de suficiência do ajuste para reprovação e prevenção do crime).

Em relação ao artigo 1º da lei 8.137/90, em qualquer caso, mesmo aplicadas causas de aumento de pena, a competência para julgamento é da vara criminal comum, tendo em vista o preceito secundário cominar a seus incisos a pena mínima de 2 anos de reclusão e máxima de 5 anos, sendo, portanto, consideradas condutas, em abstrato, muito mais graves que as descritas no artigo 2º. Sobre as condutas descritas no artigo 1º da lei 8.137/90:

> Os crimes contra a ordem tributária previstos no artigo 1º da lei 8.137/90 e também as condutas desenhadas pelo arti. 337-A do Código Penal representam práticas de evasão fiscal, na medida em que se destinam a reduzir ou mesmo eliminar por completo o recolhimenoto de um tributo, mediante práticas defraudatórias levadas a efeito depois da realização de seu fato gerador e com o nítido objetivo de evitar ou tenar evitar queo fisco possa ter ciência da ocorrência do fato gerador ou, ou pelo menos, com objetivo de induzi-lo em erro no atinente a base de cálculo, à aliquota ou à própria identididade do sujeito passivo. (DECOMAIN, 2010, p. 39)

Sobre a aplicação do acordo de não persecução a esta modalidade delitiva, cabem as mesmas observações feitas em relação ao artigo 2º da lei 8.137/90, quando julgados na vara comum. Se forem várias as infrações, indicando reiteração ou conduta profissional, ficaria vedado o acordo por força do artigo 28-A, II do CPP. Em caso de aumento proveniente do artigo 12, I, da lei 8.137/90, caberá ao Ministério Público, no caso concreto, avaliar o preenchimento do requisito subjetivo e, valendo-se da discricionaridade e parâmetros normativos, propor ou deixar de propor o ajuste.

Feitas essas ressalvas, afastadas as incompatibilidades mencionadas e cumpridos os demais requsitos objetivos e subjetivos, passe-se à análise das condições descritas nos incisos I a V do caput do artigo 28-A, podendo ser aplicadas cumulativa ou alternativamente ao investigado.

A questão principal quanto à possibilidade da formulação do acordo aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da lei 8.137/90 reside na aplicação do inciso I do mencionado

dispostivo, que prevê a necessária reparação dos danos à vítima, no caso, o patrimônio público desfalcado pela ação criminosa do agente. Para Soares e Daguer (CONJUR, 2020):

> Nos casos envolvendo crimes de natureza fiscal, soa desarrazoado fixar o pagamento do tributo como condição inexorável à consecução do acordo de não persecução penal, inclusive porque poderá o Ministério Público ajustar "outras condições" que se revelem necessárias ao caso concreto, a partir da discricionariedade para fins de prevenção e reprovação da infração penal. Além disso, deve ser facultada ao investigado a possibilidade de manifestação a respeito das condições, como forma de alcançar o melhor pacto com base nas peculiaridades do agente e do fato.

Percebe-se, então, haver entendimentos no sentido de não ser a referida cláusula obrigatória em ajustes envolvendo delitos contra a ordem tributária. Ocorre que, analisando a sistemática de política criminal imposta a esta espécie de delitos, referida cláusula de formulação de ajuste entre as partes assume caráter de imprescindibilidade e inafastabilidade, não podendo, pois, prevalecer o entendimento supramencionado.

Isso porque, malgrado as críticas lançadas, fixou o legislador como parâmetro de prevenção e reprovação do crime justamente o valor do crédito tributário constituído na via administrativa, sequer devendo-se falar em persecução penal em casos de não lançamento do valor ou mesmo finalização da discussão em seara diversa da penal. Embora o artigo 2º não seja abarcado pela mencionada súmula vinculante nº 24, evidentemente há de se aguardar a atuação do Fisco.

Para a formulação das diversas benesses de política-criminal mencionadas aos investigados por delitos contra a ordem tributária, o legislador considerou o valor, o número, a cifra do crédito tributário, permitindo a extinção da punibilidade ou mesmo a suspensão da persecução penal em caso de adimplemento ou parcelamento. Este é o entendimento dos tribunais, inclusive para avaliar a existência de causa de aumento de grave dano à coletividade. Assim, sem dúvida, o valor do crédito tributário assume especial relevância no combate a essa modalidade de infração penal.

Nessa toada, soaria dessarozoada e assistemática a não inclusão desta condição de reparação dos danos como cláusula para a não persecução penal. Ora, ao menos até o recebimento da denúncia, a legislação deixa clara a importância do valor do crédito para o processamento ou não na área penal, sendo, portanto, cláusula imprescindível à formulação do acordo, sob pena de o direito penal tornar-se meio mais gravoso de solução destes conflitos, afastando-se de sua função de *ultima ratio.*

Com efeito, afastadas as incompatibilidades, havendo possibilidade de aplicação de acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público deve, de forma imprescindível, fixar como condição para a formulação do ajuste e, portanto, evitando a deflagração da ação penal, a clásula de reparação dos danos ao ente público lesado, mantendo-se a sistemática implementada pelo legislador nacional, formulando ou não outras condições previstas nos demais incisos do artigo 28-A.

Nessa esteira, o pagamento ou parcelamento deverá ser providenciado junto ao ente lesado, com a respectiva emissão da guia própria, não sendo cabível a destinação de valores para outros fins. Em outras palavras, sempre guardando a lógica do sistema, não há de se falar em pagamentos a entidades públicas ou privadas diversas, devendo os valores dos tributos serem recolhidos aos caixas dos entes lesados.

Ocorre que, para que seja possível a homologação e fiscalização do acordo de não persecução penal, nos termos da lei, junto à vara de execução penal, o valor pactuado não pode abarcar o valor total de seu débito.

Ora, se o agente pretender pagar, *in totum*, o débito tributário oriundo do esgotamento da via administrativa, terá como consequência a extinção da punibilidade, conforme mencionado na atual redação do artigo 83, §4º da lei 9.430/96, com alterações promovidas em 2011, pela lei 12.382/2011. Nessa linha, basta o investigado se dirigir ao órgão Fazendário competente e recolher o valor, *antes do recebimento da denúncia*, tendo por consequência a extinção de sua punibilidade. Em caso de voluntariedade de parcelamento integral do valor, da mesma forma, basta o investigado se dirigir ao órgão administrativo competente e, feito o parcelamento, por força do §2º do artigo 83 da mesma lei 9.430/96, terá suspensa a pretensão punitiva, não se falando em aplicação de acordo de não persecução. (BRASIL, 1996)

Assim, visualiza-se a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal aos delitos contra a ordem tributária apenas se houver decisão de pagamento ou parcelamento *parcial* do crédito tributário inscrito em dívida ativa. Com efeito, para a formulação do acordo entre o Ministério Público, o investigado e seu defensor, deve-se chegar a percentual do valor do débito tributário existente que possa, de alguma forma, cumprir o requisito de *prevenção e reprovação da infração*, reparando, ainda que parcialmente, mas de forma substancial, o dano ao patrimônio público. Somente a partir desta condição, mantendo-se a possibilidade de persecução penal em caso de descumprimento do acordo, poderá o documento ser encaminhado à homologação judicial.

Nesse sentido, valem as observações de Correa:

> Portanto, quando o investigado estiver comprovadamente descapitalizado, o acordo poderá ser uma alternativa interessante, pois pode ser celebrado ainda que o investigado não tenha condições de quitar a dívida em sua integralidade, permitindo que o investigado consiga afastar os graves efeitos de uma sentença condenatória em âmbito penal. [...] O artigo 28-A é claro ao estabelecer que, caso preenchidos os requisitos básicos, o órgão ministerial pode fazê-lo. Trata-se, portanto de um negócio jurídico em que se busca um "ganha-ganha". Se por um lado o investigado busca afastar os efeitos de uma sentença condenatória, por outro lado o Ministério Público busca a reparação de eventual lesão causada aos cofres públicos. Guardadas as devidas proporções, mas à semelhança do que já ocorre nos termos de colaboração premiada, o negócio precisa ser atrativo para ambas as partes, sob pena de órgão acusador não manifestar interesse em celebrar o acordo. (CONJUR, 2020).

A fixação de cláusula na seara penal obrigando ao pagamento parcial do valor não tem qualquer influência na quantia remanescente nas Fazendas Públicas, que poderão/deverão cobrá-los pelos meios próprios. Em outras palavras, caso fixado como cláusula de acordo de não persecução penal, por exemplo, o pagamento do valor de oitenta por cento da dívida inscrita, mesmo devidamente adimplido, os outros vinte por cento permanecem intactos e devem ser cobrados na forma da lei pelo ente lesado.

O acordo de não persecução penal veio a se somar aos diversos institutos de política criminal relacionados aos delitos contra a ordem tributária, sendo mais uma chance conferida aos investigados para evitar serem processados criminalmente. Destarte, o pagamento parcial do valor do crédito poderá suspender a persecução até o cumprimento do acordo, que, pelo menos, ficará consignado, nos moldes da transação penal, para fins de impedimento de nova formulação de ajuste nos cinco anos seguintes. (BRASIL, 2019)

11. Conclusão

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir no artigo 98, I, a necessidade de criação dos juizados especiais criminais rompeu com o tradicional modelo processual penal brasileiro, fulcrado, até então, na justiça adversarial, introduzindo a possibilidade de um modelo de justiça penal consensual ou negociado. Nesse sentido, a lei 9.099/95 abriu caminho para diversas mudanças legislativas, rompendo com o dogma da obrigatoriedade da ação penal pública, buscando uma justiça criminal mais ágil e eficaz. A introdução da transação penal e da suspensão condicional do processo, sem dúvida, representaram grande avanço.

A Resolução 181/17 do CNMP, e a alteração promovida pela Resolução 183/18, trouxeram importante inovação no sistema processual brasileiro na medida em que introduziram nova modalidade de transação e busca de justiça negociada nos casos em que, de início, poder-se-ia vislumbrar a aplicação de medidas restritivas de direito em caso de futura condenação.

Com efeito, ao regular, no âmbito dos Ministério Públicos o procedimento investigatório criminal introduziu no sistema processual o acordo de não persecução penal, instituto semelhante à transação penal. Esse dispositivo possibilitava, cumpridos requisitos objetivos e subjetivos, que o membro do Ministério Público firmasse acordo com o investigado para a não deflagração da ação penal. Caso cumprido o ajuste, o caso seria arquivado por ausência de justa causa, tendo o caso penal já sido resolvido. Foram fortes as críticas lançadas ao instituto, mormente em razão da forma como ingressou no ordenamento, através de resolução do Conselho Superior do Ministério Público.

Em dezembro de 2019, a lei 13.964 incluiu no Código de Processo Penal, no artigo 28-A, o acordo de não persecução penal, com nítida inspiração nas resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público. Com mais pontos convergentes do que divergentes, passaram a valer as regras para o não processamento de investigados a partir de acordo entre as partes, privilegiando a justiça negociada, propiciando acirrados debates doutrinários.

Buscou-se no presente trabalho, a partir da demonstração da política criminal adotada para os crimes contra a ordem tributária, e seus reflexos na persecução penal, uma possível compatibilização entre os institutos.

Como visto, a despeito da importância do bem jurídico tutelado, o legislador, afastando-se das regras tradicionais para os crimes em geral, instituiu política criminal altamente favorável ao investigado por delitos fiscais, descritos nos artigos 1º e 2º da lei 8.137/90. Em um primeiro momento histórico, vigorou regra possibilitando que o investigado escapasse da persecução penal desde que pagasse integralmente o valor do crédito tributário lançado, ou parcelasse a quantia, quando ficaria suspenso o processo penal e a prescrição. Não havia marco temporal para o comportamento ativo do suposto autor das condutas, podendo realizar a ação a qualquer tempo. A partir de alteração legislativa, desde 2011, o investigado tem como marco temporal para as ações descritas em lei que importam em extinção da punibilidade ou suspensão da ação, o recebimento da denúncia criminal.

Assim, diante destas regras, fez-se cotejo com a novel legislação que instituiu mais um instrumento de política criminal, desta feita, como regra geral do sistema, permitindo acordo entre as partes para evitar a deflagração da ação penal. Para a aplicação do novo instituto, parte-se da premissa de que houve conduta negativa do suposto autor do delito fiscal, na medida em que não pretendeu pagar ou parcelar a quantia devida em sede administrativa, deixando a documentação alcançar o Ministério Púbico para fins de persecução penal.

Uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, deve o Ministério Público procurar formular o ajuste, na linha das disposições da justiça negociada, abrindo-se mais uma possibilidade para o investigado em crimes fiscais se safar da persecução penal. Contudo, para tanto, não pode ser afastar do sistema de política criminal expresso em lei, devendo considerar cláusula obrigatória o ressarcimento do dano ao erário, para que só assim seja facultado ao investigado não ser processado criminalmente. Com efeito, o valor deve ser recolhido para a entidade lesada, não sendo cabível o pagamento para outros fins senão o necessário ressarcimento aos cofres públicos.

Ocorre que, para compatibilização das regras de política criminal, o acordo formulado deve ocorrer em montante percentual *substancial* ao valor do débito, de tal sorte a revelar-se suficiente para a reprovação e prevenção da infração.

Não é possível a formulação de acordo de não persecução penal sobre a integralidade do dano porque isso é causa de extinção da punibilidade, não se podendo falar em persecução penal nessa hipótese. Da mesma forma, se a intenção for o parcelamento do valor total haverá hipótese de suspensão da persecução, igualmente não se podendo falar em atuação do Ministério Público na busca de deflagração da ação penal.

O pagamento ou parcelamento de valor percentual da dívida impedem que o investigado seja processado na área penal por aquela quantia, não produzindo efeitos quanto ao crédito remanescente nas Fazendas Públicas, que podem/devem buscar seu ressarcimento em meios próprios. Em outras palavras, devidamente ressarcido o ente público lesado pela conduta praticada pelo investigado em valor percentual à dívida total, ficará livre da ação penal, remanescendo a possibilidade de ser demandando por outras searas do Direito quanto à quantia remanescente.

12. Referências

ABRAAO, Pauliane; LOURINHO, Victória. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do Ministério Público. *In* **Inovações da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, MPF, 2020, volume 7. P. 331-346

ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e plea bargaining. *In*: CUNHA, Rogério Sanches *et al*. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 217-238.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 mai.2020

_____. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 26 mai.2020.

_____. Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>. Acesso em: 27 mai.2020.

_____. Lei nº 9.964 de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nos 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9964.htm>. Acesso em: 26 mai.2020.

_____. Lei nº 10.694 de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 mai. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 26 mai.2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181 de 07 de agosto de 2017**. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf> Acesso em: 26 mai.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, por maioria, denegou a ordem**. HC 399109 **/ SC**. Relator(a): Min. Rogério Schietti Cruz. Julgamento em **22/08/2018**. Órgão Julgador: Terceira Seção. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27399109%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27399109%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja> Acesso em: 26 mai.2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, por unanimidade, concedeu a ordem**. HC 143500 **/ PE**. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em **31/05/2011**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901475235&dt_publicacao=27/06/2011> Acesso em: 12jun.2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, proveu o recurso para reduzir as penas a 2 anos de reclusão e a 10 dias-multa e declarar, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado**. RESP

1849120 / **SC**. Relator(a): Min. Nefí Cordeiro. Julgamento em 11/**03/2020**. Órgão Julgador: Terceira Seção. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1849120&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 12 jun.2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em que a Turma denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.** Unânime. HC 102348 / SC Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento em 07/06/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma . Disponível em < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197049/false> Acesso em: 27 mai.2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em que a Turma não conheceu da ordem de habeas corpus, mas a concedeu, de ofício, nos termos do voto do Relator**. HC 116828 / SP Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento em 13/08/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma . Disponível em < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur245280/false> Acesso em: 26 mai.2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação e firmou a constitucionalidade do artigo 83, caput, da Lei federal nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. ADI 1571/ UF. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 10/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97407/false> Acesso em: 27 mai.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, por maioria, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Relator**. HC 81.611 / DF Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 10/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95121/false> Acesso em: 27 mai.2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 24.** Data de Aprovação Sessão Plenária de 02/12/2009 Fonte de Publicação DJe nº 232 de 11/12/2009, p. 1.

DOU de 11/12/2009, p. 1.Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 27 mai. 2020.

CORREA, Gasparine. Presunção de Inocência. Leia o voto de Gilmar Mendes contra prisão após condenação pelo Tribunal do Júri. **Conjur**, 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/gasparino-correa-crimes-ordem-tributaria-anpp.> Acesso em 18 jun. 2020.

DARGUER, Beatriz, SOARES, Rafael. Acordo de não persecução penal e reparação do dano nos crimes tributários. **Conjur**, 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/daguer-soares-acordo-nao-persecucao-penal.> Acesso em 18 jun. 2020.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 5. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

HARTAMAN, Elizandra Paula. **O acordo de não persecução penal:** a resolução 181/201 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2019. 45p. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

Sonegação no Brasil – Uma estimativa do desvio da arrecadação do exercício de 2018. **Quanto custa o Brasil, 2019**. Disponível em < http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2018> acesso em 26 mai. 2020.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. 1. ed. Brasília: Fundação Escola, 2019.

Breves considerações sobre a teoria da cegueira deliberada

Julia Lattouf De Almeida[1]

Laura Kligman Becker[2]

Sabrina De Moraes Rasga[3]

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito, origem e o desenvolvimento da teoria da cegueira deliberada. 3. A teoria da cegueira deliberada no direito norte-americano. 4. A utilização da teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro. 5. Comparativo entre a cegueira deliberada no direito penal americano e no direito penal brasileiro. 6. A teoria da cegueira deliberada nos delitos de lavagem de capitais. 7. O dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro. 8. Referências bibliográficas.

Resumo: Este trabalho analisa a teoria da cegueira deliberada, origem, desenvolvimento e sua incidência no direito brasileiro. Para tanto, é feito um comparativo entre essa teoria no direito penal norte-americano e no direito penal brasileiro, tendo como fio de condução o crime de lavagem de capitais, em especial a questão relativa à imputação a título de dolo eventual.

Palavras-chaves: Direito penal econômico - Dolo eventual - Teoria da cegueira deliberada.

Abstract: This article analyzes the theory of Willful blindness, origin, development and who its impact on Brazilian law. For this purpose, a comparison is made between this theory in American criminal law and in Brazilian criminal law, with the crime of money laundering as the guiding principle, in particular the issue related to imputation as an eventual fraud.

Keywords: White-collar crime – Eventual fraud - Willful blindness

---

[1] Advogada Criminalista. Pós-graduanda em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa pelo Ibmec/RJ.

[2] Advogada Criminalista no escritório Edson Ribeiro Consultoria e Advocacia Criminal. Pós-graduanda em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa pelo Ibmec/RJ. Mestranda em Direito Penitenciário e Questão Carcerária pela *Universitat de Barcelona*.

[3] Advogada Criminalista no escritório Crissiuma Advogados. Pós-graduanda em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa pelo Ibmec/RJ.

1. Introdução

Segundo o relatório elaborado pelo *Global Financial Integrity*[4] estima-se que economias do Brasil, Índia, Rússia e China foram responsáveis pelo trânsito de U$$ 3 trilhões ilegais entre 2003 e 2012, sendo que U$$ 217 bilhões correspondem ao fluxo brasileiro no período, o que alçou o país ao 7° lugar entre 145 economias com maior deslocamento de dinheiro ilícito no período aferido. Nesse contexto, a globalização econômico-financeira favorece a camuflagem dos lucros das organizações criminosas e terroristas e dificulta a distinção de produtos, bens e valores provenientes da economia ilícita daqueles oriundos da economia lícita. Nesse cenário, a lavagem de capitais assume um papel de destaque na criminalidade contemporânea, fomentada por agentes cada vez mais "profissionais" e que utilizam meios bastante sofisticados para atingir seus objetivos.

No Brasil, duas importantes leis foram aprovadas a fim de prevenir e combater os crimes de lavagem de dinheiro. A primeira foi a Lei n° 9.613/1998, que estabeleceu as primeiras medidas de caráter preventivo e repressivo no direito pátrio. Por meio de tal diploma, definiram-se as diretrizes centrais sobre a criminalização e combate ao branqueamento de valores, estabelecendo-se, igualmente, a regulamentação inicial aplicável à recuperação de ativos. A segunda alteração dada pela Lei n° 12.683/2012, que procurou aprimorar a política antilavagem, alçando-a ao patamar de legislação de "terceira geração" (devido a salutar exclusão do elenco de crimes antecedentes), havendo ainda a atualização da redação legal, de modo a assentar a aplicação do dolo eventual a todas as condutas típicas da Lei.

Contudo, em razão dessa criminalidade sofrer mutações a cada dia, a legislação pátria poderá não vir mais a resguardar o bem tutelado de maneira adequada, tornando-se obsoleta. Isso acarreta, por parte de estudiosos e autoridades públicas, a reflexão sobre a busca por uma maior efetividade político-criminal no que diz respeito ao enfrentamento desse fenômeno criminal.

[4] O *Global Financial Integrity* é uma organização de pesquisa e consultoria baseada em Washington (EUA), que produz análises sobre fluxos ilícitos de capitais e oferece soluções a governos de países em desenvolvimento acerca de políticas públicas efetivas, além de promover o desenvolvimento global por meio de medidas pragmáticas de transparência.

Foi nesse ambiente que se introduziu e, paulatinamente, se ampliou a utilização da teoria da cegueira deliberada. No caso, objetivou-se aproximar a reprovabilidade de uma conduta, em que o agente detém conhecimento acerca do plano fático, àquela em que a falta de conhecimento se dá em razão da omissão (cegueira) deliberada de tal conhecimento, com finalidade de se eximir de eventual responsabilização penal.

É sobre esse movimento dogmático e político-criminal que o presente trabalho pretende discorrer, considerando as limitações naturais de espaço próprias de um artigo científico.

2. Conceito, origem e desenvolvimento da teoria da cegueira deliberada

Nas palavras de Roberto Bona Junior[5], a teoria da cegueira deliberada – também conhecida como a *Willful Blindness Doctrine* (Doutrina da cegueira intencional), *Ostrich Instructions* (instruções de avestruz), *Conscious Avoidance Doctrine* (doutrina do ato de ignorância consciente), entre outros nomes –, foi consagrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no século XIX, tendo sido, posteriormente, adotada por outros países, como a Espanha e a Alemanha.

Segundo Callegari e Weber (2014, p. 92)[6], aquela teoria propõe a equiparação, atribuindo os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o desconhecimento intencional ou construído de tais elementares. Extrai-se de tal assertiva, que a culpabilidade não pode ser em menor grau quando a referente àquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância. Ou seja, a teoria é aplicada nos casos em que o agente "se faz de cego" para não tomar conhecimento de fatos suspeitos da origem ilícita dos bens, optando por uma condição que seja mais vantajosa para si mesmo, conforme entendimento de Simone Garcia[7]

[5] JÚNIOR, Roberto Bona. É preciso discutir teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem. Revista Consultor Jurídico, 19 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-19/roberto-bona-preciso-discutir-cegueira-deliberada-crimes-lavagem>. Acesso em: 29 nov . 2020.

[6] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em<:file:///C:/Users/Sabrina/Downloads/LAVAGEM%20DEDINHEIRO%20ANDR%C3%89%20LU%C3%8DS%20CALLEGARI%20ARIEL%20BARAZZETTI%20WEBER.pdf.>. Acesso em 29 nov. 2020.

[7] GARCIA, Simone. Teoria da cegueira deliberada e seus desdobramentos no Direito Penal Comparado e Brasileiro. Jus, jan. 2016. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/45718/teoria-da-cegueira-deliberada-e-seus-desdobramentos-no-direito-penal-comparado-e-brasileiro>. Acesso em 29 nov. 2020.

Por sua vez, Bruno Fontenele Cabral[8], afirma que, para a aplicação da teoria da cegueira deliberada, é necessário que o agente tenha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores sejam provenientes de crimes e que o agente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Em síntese, pode-se afirmar que essa teoria busca punir o agente que se coloca, intencionalmente, em estado de desconhecimento ou ignorância, para não conhecer detalhadamente as circunstâncias fáticas de uma situação suspeita."

O surgimento da doutrina da cegueira deliberada, conforme acredita Roberto Bona Júnior[9], teria acontecido por um único motivo:

> A teoria surgiu para suprir a falha do Estado na produção de provas acerca do real conhecimento do réu em situações fáticas duvidosas. Apesar do acusado não ter conhecimento dos fatos, essa falta de conhecimento deve-se à prática de atos afirmativos de sua parte para evitar a descoberta de uma situação suspeita.

Por sua vez, Tatiana Alves Monteiro[10] diz que o nome da teoria se origina da ação de um avestruz que, ao perceber que se encontra em uma situação de perigo, enterra sua cabeça para que não possa ver ou escutar notícias ruins, impedindo dessa forma que tome conhecimento de acontecimentos desagradáveis. É isso o que acontece com o sujeito que age de modo como se não soubesse que está sua conduta é ilícita, "enterrando" sua cabeça para que não tome conhecimento da natureza desse ilícito.

Acerca do conceito da teoria no direito norte-americano, Ragués i Vallès (2013, p. 32)[11], acredita que o ignorante deliberado, o sujeito que fecha os olhos para a situação na qual presencia, pode ser visto como um avestruz, e, em alguns casos, pode ser considerado uma raposa. O autor esclarece que um "avestruz" seria um *débil moral que trata de negarse a sí mismo el hecho de que se enfrenta a un dilema de naturaleza también moral, en cuyo caso su actitud parece menos grave que la actuación con conocimiento cierto sobre los datos relevantes*

[8] CABRAL, Bruno Fontenele. Suprema Corte dos Estados Unidos: Temas Polêmicos. 1 ed. São Paulo: Baraúna, 2013, página 398.

[9] JÚNIOR, Roberto Bona. É preciso discutir teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem. Revista Consultor Jurídico, 19 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-19/roberto-bona-preciso-discutir-cegueira-deliberada-crimes-lavagem>. Acesso em: 29 nov . 2020.

[10] MONTEIRO, Tatiana Alves. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Revista Consultor Jurídico, 28 set. 2009. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>. Acesso em 29 nov. 2020.

[11] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, n. 13, 2, página. 32, 2013. Disponível em:< https://studylib.es/doc/5117620/pdf-mejor-no-saber---sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-d...>. Acesso em 29 nov. 2020.

de la propia conducta. Já a "raposa", representaria o sujeito que optou decididamente por levar a cabo uma conduta ilícita e que tenha buscado a própria ignorância somente com o intuito de se proteger frente a possíveis declarações de culpabilidade. O autor (2013, p. 33)[12] acredita que, nos casos em que o sujeito é visto como uma raposa, a ignorância é mais grave que nos casos em que há um conhecimento certo. A dificuldade é saber se está diante de uma situação em que o sujeito possa ser considerado um avestruz ou uma raposa, pois seria preciso verificar o comportamento do autor caso tivesse conhecimento do que ocorria, e é a partir disso que David Luban[13] conclui que a teoria é uma estratégia moral que dispensa a necessidade de comprovar o fundamento da decisão.

Luban[14] faz uma diferenciação acerca dos momentos na estrutura da ignorância deliberada. Acredita que não envolve um conjunto de ações, mas duas. O primeiro conjunto, chamado de ação de ocultação (*screening action*), consiste em ações ou omissões através das quais um ator se protege de conhecimento indesejável. O segundo conjunto de ações, chamado conduta involuntária (*unwitting misdeed*) consiste na ocorrência da conduta ilícita na qual o autor poderia ser considerado inocente, mas apenas caso tivesse atuado em uma situação que fosse legitimamente ignorante. É diante dessa variedade de circunstâncias que Luban[15] acredita ser estúpida a ideia de que todas as situações de ignorância deliberada precisam ser equiparadas ao conhecimento, porque, quem ocasiona a própria causa de exoneração, não pode ter algum benefício com ela.

Ragués i Vallès[16] afirma que o não conhecimento verificado nas situações em que o sujeito, deliberadamente, ignora os fatos, tem que ocorrer precisamente, de uma escolha do próprio sujeito, voluntária, porque é somente diante disso que é possível comprovar se ele

---

[12] _____. Página 33. Disponível em:< https://studylib.es/doc/5117620/pdf-mejor-no-saber---sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-d...>. Acesso em 29 nov. 2020.

[13] LUBAN, David. Contrived Ignorance. Georgetown University Law Center, p. 969, 1999. Disponível em:< https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em 29 nov. 2020.

[14] _____. Páginas 969-970, 1999. Disponível em:< https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em 29 nov. 2020.

[15] _____. Página 971, 1999. Disponível em:< https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em 29 nov. 2020.

[16] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, n. 13, 2, página 35, 2013. Disponível em:< https://studylib.es/doc/5117620/pdf-mejor-no-saber---sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-d...>. Acesso em 29 nov. 2020.

ocasionou o desconhecimento. Sendo assim, quando comprovado que foi o próprio sujeito que provocou o desconhecimento, será admissível que se fale em ignorância. Todavia a mesma não será deliberada, e sim resultante de ocorrências diferentes da intenção, como a ausência de precaução do sujeito. A escolha de não conhecer não pode ser confundida com as razões que levaram o indivíduo a tomar a decisão. Para o direito norte-americano, o ponto mais importante não é a decisão do sujeito em não conhecer os fatos e sim o motivo que o levou a ocasionar o desconhecimento.[17]

Em se tratando da aplicação da doutrina da cegueira deliberada, André Ricardo Neto Nascimento[18] salienta que o dolo aceito é o eventual. Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado. Não existe a possibilidade de se aplicar a teoria da cegueira deliberada nos delitos ditos culposos, pois ela abarca o dolo eventual, onde o agente finge não enxergar a origem ilícita dos bens, direitos e valores com a intenção de levar vantagem. Tanto o é que, para ser supostamente aplicada a referida teoria aos delitos de lavagem de dinheiro "exige-se a prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente."

A teoria da cegueira deliberada vem se desenvolvendo aos poucos, especialmente, nos países que utilizam o sistema do *Common Law*. Com relação ao sistema adotado no Brasil, o *Civil Law*, Frederico Figueiredo[19] diz que ele se distancia do anterior, visto que a principal fonte de produção normativa é a lei em sentido estrito. As decisões judiciais, portanto, encontram fundamento nas normas positivadas. A jurisprudência, por sua vez, indica a interpretação legal adotadas pelos tribunais, mas, salvo no caso das Súmulas Vinculantes, não se impõe automaticamente. Tal distinção entre os sistemas evidenciaria as dificuldades de se adaptar aquela teoria ao nosso ordenamento jurídico.

---

[17] _____. Páginas 36-37, 2013. Disponível em:< https://studylib.es/doc/5117620/pdf-mejor-no-saber---sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-d...>. Acesso em 29 nov. 2020.

[18] NASCIMENTO, André Ricardo Neto. Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98). [Trabalho de Conclusão de Curso]. Brasília: Centro Universitário de Brasília, Curso de Direito, 2010, página 41.

[19] FIGUEIREDO, Frederico Crissiúma. Cegueira Deliberada é Crime? Estadão, 10 jun. 2016. Disponível em:< https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cegueira-deliberada-e-crime>. Acesso em 29 nov. 2020.

3. A teoria da cegueira deliberada no direito norte-americano

Antes de adentrar na teoria da cegueira deliberada no direito dos Estados Unidos, é necessário fazer algumas considerações a respeito do seu sistema jurídico-penal. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não há um sistema jurídico-penal único naquele país, mas uma pluralidade de sistemas sobrepostos uns aos outros, porquanto o sistema federalista permite que os estados reservem competências legislativas, dentre elas, a competência para legislar sobre matéria penal[20]. A discussão acerca da cegueira deliberada, no sistema norte-americano, se insere na análise dos elementos subjetivos necessários para fazer com que determinada conduta seja considerada criminosa[21].

Segundo o Código Penal Modelo dos EUA, o seu propósito, conforme seu § 1.02, é proibir e prevenir a prática de conduta que injustificável e inescusavelmente infligir ou ameaçar dano substancial a interesses públicos ou individuais.

Diante disso, o Código estabelece, em seu § 1.13, três elementos objetivos: (i) conduta, que, em sentido estrito, refere-se à descrição objetiva da ação ou omissão que deve ser praticada pelo autor do fato; (ii) circunstâncias concomitantes, consistentes em fatos ou situações relevantes para a definição de determinada conduta como crime, podendo haver crimes que não exigem a presença de circunstâncias concomitantes para a comissão; e (iii) resultado, tratando-se do produto da conduta praticada pelo autor, também não exigindo para todas as espécies delitivas, havendo nos Estados Unidos a definição de crimes sem resultado.[22]

Por outro lado, são quatro os elementos subjetivos que são requisitos mínimos para a *culpability*, quais sejam, *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. O *purpose* é o objetivo consciente do autor ao praticar a conduta. O *knowledge* é o conhecimento que o autor do fato tem sobre a conduta. O *recklessness* se refere à possibilidade de que a conduta do autor se desvie do padrão de conduta esperado por qualquer outro indivíduo na mesma situação. E, por fim, *negligence* refere-se ao dever de cuidado que deve ser observado por qualquer indivíduo[23]. Estas definições, entretanto, só existem nos estados em que ocorreu a reforma da legislação penal com base no Código Penal Modelo.

---

[20] LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Marcia Pons, 2018, p. 65.
[21] Idem, p. 66.
[22] Idem, p. 70 e 71.
[23] Idem, p.72 e 73.

Para este trabalho, interessa especialmente o elemento *knowledge*, porquanto a cegueira deliberada surge como um de seus substitutos. No entanto, como não há definição precisa do que o *conhecimento* seria, é mais difícil comparar este instituto com aqueles trazidos pelo sistema jurídico-penal brasileiro. Diante disso, esse elemento significa "o conhecimento pelo autor do fato referente à natureza de sua conduta bem como à existência das circunstâncias especiais exigidos pela definição legal do crime. Refere-se também ao conhecimento pelo autor de que o resultado previsto na norma penal será praticamente certo caso pratique aquela conduta naquelas dadas circunstâncias"[24]. No entanto, há algumas zonas cinzentas entre o conhecimento e os demais elementos da culpabilidade e os tribunais norte-americanos têm encontrado dificuldades em estabelecer seu conceito e alcance.

Tratando-se especificamente da cegueira deliberada, Guilherme Lucchesi traz como exemplo o caso *Campbell*, que envolve lavagem de dinheiro. Neste exemplo, cita-se o § 1996 (c) (1), que estabelece que para a configuração do crime, é necessário que o autor soubesse que o bem envolvido na transação financeira constitui produto de crime, ainda que não soubesse de qual atividade. Dessa forma, há uma definição do elemento *conhecimento*, mas não há definição de até qual ponto ela deve saber qual crime foi praticado para a obtenção daquele bem[25].

A doutrina[26] aponta o Julgamento R. *v Sleep*, em 1861, como o primeiro caso judicial em que foi declarada desnecessária a demonstração de conhecimento efetivo de determinada situação para responsabilização penal do autor, conforme já mencionado anteriormente. Foi a partir de então que, na Inglaterra, surgiram vários outros casos aceitando a atribuição de responsabilidade penal a título de conhecimento de segundo grau, isto é, quando o autor evita tomar conhecimento daquilo que está diante de seus olhos. *Spurr v. United States*, julgado em 1899[27], quando Marcus Antonius Spurr, presidente do National Bank of Nashville, Tennessee, foi acusado pela certificação de cheques sem que houvesse provisão de fundos suficientes e absolvido por ter feito isso acreditando que havia saldo para cobrir o montante.

Contudo, o caso mais emblemático, trazido pelo autor Guilherme Lucchesi, foi o de Charles Jewell, que foi acusado de tráfico internacional de drogas. Jewell, ao ser preso com drogas na fronteira entre os EUA e o México, alegou que um desconhecido lhe ofereceu

[24] Idem, p. 78.
[25] Idem, p. 85.
[26] Idem, p. 89.
[27] Idem, p. 91.

dinheiro para que ele levasse um carro até o outro país. Desconfiado, ele vasculhou embaixo dos assentos, no porta-luvas e porta-malas e nada encontrou. No entanto, as drogas estavam em um compartimento secreto no porta-malas. Em primeira instância, o autor foi condenado pelo crime de tráfico de drogas, contrariando as instruções do juiz, que indicavam que "uma ação é praticada com conhecimento se ela é praticada voluntariamente e intencionalmente e não devido a erro ou acidente ou outra razão inocente" e que "o propósito de acrescentar a palavra *kwnoninly* foi para assegurar que ninguém seria condenado por ações praticadas com base em uma omissão ou falha de agir decorrente de erro ou acidente ou outra razão inocente"[28]. O Tribunal, em sede de recurso, entendeu, por seu turno, que a acusação não teria o ônus de provar que Jewell sabia a natureza da droga que estava portando. No entanto, manteve a condenação por entender que não era necessário o conhecimento real, mas sim "a consciência de uma elevada probabilidade da presença de alguma substancia ilícita no conteúdo transportado pelo autor"[29].

Importa observar que, no voto dissidente, o *Circuit Judge* Anthony Kennedy entendeu que, em relação à cegueira deliberada, afirmou que esta se aplica quando o agente suspeita ou desconfia da atividade ou circunstância criminosa, mas não confirma, sendo certo que esse instituto é diferente do *conhecimento*[30].

4. A utilização da teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro

Primeiramente, é importante dizer que, embora o direito processual penal brasileiro não adote, oficialmente, a teoria dos precedentes jurisprudenciais, a verdade é que essa nova mentalidade de uniformização das decisões judiciais tem se disseminado entre nós, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, conforme preconiza Daniel Mitidiero. [31]

Nesse contexto, a jurisprudência brasileira entende, em sua maior parte, pela pertinência da teoria da cegueira deliberada no nosso Direito. Há dois julgados que são reiteradamente citados nas decisões que demandam apreciação de eventual cegueira deliberada. O primeiro foi proferido no julgamento da Ação Penal 470, conhecida como "Mensalão". Destaca-se nesse

[28] Idem, p. 95 e 96.
[29] Idem, p. 97.
[30] Idem, p. 99.
[31] MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017. Paginas 21-25.

julgamento o voto da Ministra Rosa Weber[32] ao analisar as imputações feitas a título de lavagem de dinheiro, afirmando ser possível identificar na conduta dos acusados beneficiários dos pagamentos considerados extravagantes feitos por agência de propaganda de propriedade do acusado Marcos Valério Fernandes de Souza, contratada pela Administração Pública Federal, por solicitação do Partido dos Trabalhadores recebidos sem ressalva – postura típica daqueles que escolheram deliberadamente fechar os olhos para o que seria óbvio.

Pontuou a ministra do STF que as Cortes americanas exigem três requisitos para a admissão da cegueira deliberada nos casos de crime de lavagem de capitais: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem ilícita, (ii) atuação indiferente pelo autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos. Reconheceu-se, ainda, que não se exigiria para o crime de lavagem de dinheiro que o autor aja com dolo direito, bastando o dolo eventual, sendo suficiente situar o autor na posição de ignorância deliberada. Por fim, a Ministra Rosa Weber afirmou que seria difícil afirmar que os dirigentes das empresas responsáveis pelas transações de ocultação e dissimulação do dinheiro recebido das empresas de Marco Valério agiram com dolo direto, contudo menciona parecer obvio que tinham ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos valores envolvidos, persistindo, no entanto, na conduta

O segundo julgado a ser aqui referido foi a decisão proferida pelo então Juiz Sérgio Moro[33] na sentença que envolveu o crime de descaminho de cigarros, onde o proprietário de dois veículos utilitários os colocou pra a realização de um frete, tendo emprestado os veículos à locatária uma semana antes do frete da vistoria, sendo devolvidos com alterações na estrutura do baú de carga e colocação de nova forração interna. Durante a viagem, o apelante-locador conduzia o maior dos dois veículos, tendo sido parados pela Polícia Federal Foram encontrados 62.690 maços de cigarro. O apelante locador disse desconhecer o conteúdo da carga. No caso, Sergio Moro aplicou a teoria da cegueira deliberada, fazendo menção às exigências para sua aplicabilidade: (I) ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem ilícita, (ii) atuação indiferente pelo autor quanto a essa elevada probabilidade e (iii) escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante aos fatos.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Penal n.o 470/MG. Rel. Joaquim Barbosa, 27 ago. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 abr. 2013. p.1.061-1.478.

[33] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.a Região. Apelação Criminal n.o 5009722-81.2011.4.04.7002. Rel. Sérgio Fernando Moro, 18 set. 2013. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4.a Região, Porto Alegre, 23 set. 2013.

5. Comparativo entre a teoria da cegueira deliberada no direito penal norte-americano e no direito penal brasileiro

Como visto, a realidade normativa nos Estados Unidos e no Brasil é muito diferente. Para Guilherme Lucchesi, [34] as categorias *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence* não podem ser sobrepostas ao dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, dolo eventual e culpa inconsciente. Isto porque o direito penal estadunidense não reconheceria as modalidades do dolo eventual e da culpa consciente. Esta seria uma importante dificuldade técnico-normativa de se "transplantar" um instituto originário de um ordenamento jurídico para outro.

No ordenamento norte-americano, a cegueira deliberada serviria como um substituto para o instituto do *conhecimento* nos crimes em que é necessário o conhecimento do autor acerca de alguma circunstância do delito[35]. Caso contrário, o autor será responsabilizado quando agir no mínimo com *recklessness*, ou seja, se ele conscientemente ignorar o risco substancial e injustificável de que alguma circunstância elementar do crime exista ou resultará de sua conduta[36]. Isso significaria que, nos Estados Unidos, os tribunais podem decidir pela condenação do autor por crimes que exigem seu conhecimento ainda que ele não o tenha.

Ainda sobre o assunto, Guilherme Lucchesi[37] leciona que os elementos comuns constantes das decisões dos tribunais norte-americanos permitem afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na existência do fato ou da circunstância. Desse modo, estando presentes estas três circunstancias, o autor pode ser punido por crimes que exigem seu conhecimento, ainda que ele não tenha.

Diante disso, tem-se que a teoria da cegueira deliberada nos Estados Unidos se distanciaria daquela que tem sido utilizada no Brasil. Aqui, a jurisprudência entende que a cegueira deliberada é aplicada a partir do reconhecimento do dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa probabilidade e

[34] Idem, p. 124.
[35] Idem, p. 127.
[36] Idem, ibidem.
[37] Idem, ibidem.

(iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa[38].

A diferença, portanto, reside no fato de que, naquele país, a cegueira deliberada exige que o autor "não acredite que a circunstância elementar era inexistente"[39]. Lá, a cegueira deliberada, como mencionado anteriormente, é um substituto do elemento *conhecimento*, enquanto aqui é uma subespécie do dolo eventual[40].

6. A teoria da cegueira deliberada nos delitos de lavagem de capitais

Como exposto no início do trabalho, há uma política criminal em curso no sentido de aprimoramento dos mecanismos de prevenção e repressão do delito de lavagem de capital. Nesse contexto, uma das dificuldades de ordem prática parece ser a comprovação do elemento subjetivo do crime de lavagem, tendo em vista o cotidiano das operações comerciais e financeiras que ocorrem no curso das atividades econômicas.

Nesse aspecto, Jesús-María Silva Sánchez[41] leciona que nos últimos tempos, é possível a imputação de dolo em casos em que anteriormente não era verificado um estado mental de conhecimento. Informa, ainda, que isto estaria particularmente se manifestando a partir das doutrinas da cegueira ou ignorância deliberada. Com isso, seria possível a imputação da conduta a título de dolo ainda que não seja possível constatar o estado mental de conhecimento. Nas palavras do Professor,[42] é cabível a imputação de conduta a título de dolo, ainda quando seja impossível constatar um estado mental de conhecimento da situação na qual o agente se encontrava, sempre e quando possa ser-lhe imputável que deveria conhecer e que, se não o fez, foi porque provocou o desconhecimento por ação ou omissão.

De maneira similar, Ramon Ragués i Valles[43] observa que haveria uma equiparação, com efeito de atribuir responsabilidade penal subjetiva, entre os casos de clara observância aos elementos subjetivos que configuram uma conduta delitiva e às hipóteses em haveria um desconhecimento intencional acerca dos referidos elementos. Conforme acentua o autor, tal

[38] Idem, p. 129.
[39] Idem, ibidem.
[40] Idem, 131.
[41] SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 168.
[42] Idem.
[43] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 168.

equiparação se daria com base na premissa que o grau de responsabilidade manifestado em quem possuí ciência do ilícito não seria menor ao daquele agente optou por não se manter na ignorância. Embora o exposto, Ragués i Valles alerta para a necessidade de cautela ao se utilizar de tal teoria para a solução de questões dogmáticas. Para o autor, faz-se mister procede a análise de "caso a caso", pois, do contrário, a equiparação automática, entre conhecimento efetivo e desconhecimento proposital seria excessiva e desproporcional.

Na esteira deste raciocínio é o entendimento de Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú[44]:

> Em síntese, ainda que se adote, em certos casos que acarretem lesões a bens jurídicos penalmente relevantes, a teoria da ignorância ou da cegueira deliberada, ante a impossibilidade de constatação do estado mental do agente, é preciso aprofundar a análise, nas circunstâncias fáticas, da incidência de tal teoria, com o objetivo de se verificar se efetivamente, sob perspectiva subjetiva, o agente atuou com dolo (direto ou eventual) ou com culpa (consciente ou inconsciente).

Por outro lado, Pierpaolo Bottini[45] nos explica que tal teoria inverteria a lógica da imputação subjetiva, assumindo enorme destaque o arcabouço de informações que supostamente teria sido ignorada pelo agente, de forma consciente, e não as informações que ele realmente possuía. Dessa forma, haveria uma proposital autocolocação em estado de erro de tipo. O autor destaca que se tratando do delito de lavagem de capitais, seria possível verificarmos a configuração do dolo não apenas nas situações em que o agente conhece ou tenha fundada suspeita da origem ilícita das operações financeiras realizadas, mas, também, nos casos em que, conscientemente se esconde para evitar que informações e detalhes adicionais sobre os ativos financeiros movimentados cheguem ao seu estado mental de conhecimento.

Partindo do mesmo raciocínio Juarez Tavares[46] explica existir uma tendência em aplicar a teoria em duas situações. Uma delas no momento em que o autor fecha deliberadamente os olhos diante de uma evidência e opta por não se informar, por estar praticamente certo da resposta, enquanto na segunda hipótese, o conhecimento é de fácil acesso ao autor, que se

---

[44] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 168.

[45] BOTTINI, Pierpaollo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. Artigo publicado no Site Consultor Jurídico. Disponível em: (https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#:~:text=Parte%20da%20doutrina%20e%20da,proposital%20de%20erro%20de%20tipo.) Acesso em: 27.11.2020.

[46] TAVARES, Juarez; MARTINS, Antônio. Lavagem de Capitais Fundamentos e Controvérsias. 1ª Ed. Tirant Brasil: 2020.p. 85.

abstém para não obter o conhecimento do fato. Tavares esclarece, ainda, que a partir de nossa tradição doutrinária, estamos diante de situações tratadas como casos de erro, sendo diferente se o erro residir sobre um elemento do tipo penal ou sobre a existência e a extensão de uma norma penal. Na hipótese do delito de lavagem, caso o autor acredite que o dinheiro que está investindo é lícito, incidiria em erro sobre elemento do tipo, ao passo que, se ele atua sem se informar, porque entende que inexiste ilicitude em sua conduta, incidiria em erro de tipo permissivo.

7. O dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro

O crime de lavagem de capitais, analisado ao longo desse texto, somente é punido, no direito brasileiro, a título de dolo. Dessa forma, Pierpaollo Bottini[47] parece deixar claro seu posicionamento em relação à possibilidade de admitirmos o dolo eventual na lavagem de dinheiro. Mas, o autor esclarece que existiria imensa discussão doutrinária a esse respeito, e que seria necessário tomar algumas cautelas para o enfrentamento da questão na esfera dos tribunais, pois o dolo eventual exigiria uma consciência concreta do contexto no qual se atua. Sendo necessário, com isso, objetivar se o agente percebeu o perigo de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. Segundo Bottini, seriam necessários alguns requisitos. O primeiro seria a necessidade de criação de barreiras pelo agente, de modo intencional a deixar de obter contato com a atividade ilícita. Indo além, o autor advoga que a mera desídia ou negligência não seria suficiente para o dolo eventual. No contexto da atividade empresarial, esclarece que a otimização da organização funcional não pode se confundir com a cegueira deliberada. Nas palavras de Bottini, a falta de percepção da violação da norma de cuidado afasta o *dolo eventual*.

De outra forma, se tal otimização da organização funcional da empresa ocorre com direta intenção de afastar os filtros cuidado, poderíamos estar diante de uma situação de possível caracterização da cegueira deliberada. Entretanto, explicita que existe outro requisito. O motivo de afastar os filtros de cuidado deve estar ligado com o fim específico de evitar o conhecimento de atos infracionais penais. Além disso, Pierpaollo Bottini[48] deixa claro que é preciso também

[47] BOTTINI, Pierpaollo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. Artigo publicado no Site Consultor Jurídico. Disponível em: (https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro) Acesso em: 27.11.2020.

[48] Idem.

possuir consciência da origem delitiva dos ativos. Inexistindo tal ciência, estaria ausente a caracterização do dolo eventual. O último requisito necessário seria a necessidade de que a suspeita de uma suposta prática de lavagem de capitais esteja escorada em elementos objetivos. Sendo imprescindível que existam elementos concretos passíveis de gerar ao agente "dúvida razoável":

> A possibilidade genérica que os usuários do serviço ou atividade praticarão mascaramento de capital não é suficiente. São imprescindíveis elementos concretos que gerem na mente do autor a dúvida razoável sobre a licitude do objeto sobre o qual realizará suas atividades.[49]

Com essas considerações, observamos o quão abrangente pode vir a ser a possibilidade de punição no caso de cegueira deliberada, caso se admita – de forma acrítica e automática –o dolo eventual nos delitos contemplados na legislação brasileira de lavagem de dinheiro. Nesse contexto, parece pertinente o alerta de Artur Gueiros[50], no sentido de que, com uma (re)organização empresarial a partir dos programas de compliance contribui para esclarecer os deveres de cada um dos membros de uma corporação – inclusive os deveres inerentes a prevenção e evitação de atos de branqueamento de dinheiro de proveniência ilícita –, tornando, em suas palavras, "tal responsabilidade vidente".

Diante do que foi exposto, demonstra-se urgente o aprofundamento da discussão sobre a teoria da cegueira deliberada, em particular no que diz respeito à problemática da imputação subjetiva. Efetivamente, estamos constantemente imersos em uma revolução tecnológica que traz benefícios, por um lado, mas traz igualmente riscos consideráveis para a Sociedade.[51] Como demonstrado na introdução do presente ensaio, a globalização econômico-financeira favoreceu a dissimulação e a reciclagem do capital ilícito de organizações criminosas e terroristas, dificultando a localização e apreensão de produtos, bens e valores provenientes do submundo do crime.

Como cediço, o Direito não pode ficar alheio a tal evolução. Por consequência, urge repensar a natureza e a utilização de certos institutos penais. Deve-se, porém – e na mesma medida – adotar redobradas cautelas ao se importar teorias e doutrinas que se desenvolveram

[49] Idem.
[50] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 187.
[51] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

em terras estrangeiras. Sem essa dupla atitude – abertura para inovações, de um lado, e prudência hermenêutica em sede de Direito Penal, de outro –, ao invés de se ter uma evolução no enfrentamento do grave problema da lavagem de capitais, assistiremos ao surgimento de uma irracionalidade ou assimetria tanto doutrinária como jurisprudencial.

8. Referências Bibliográficas

AROUCK, Vinícius. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Pátrio. Empório do Direito, 08 jul. 2017. Disponível em:https://emporiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio . Acesso em 29 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaollo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. Artigo publicado no Site Consultor Jurídico. Disponível em: (https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro)

BOTTINI, Pierpaollo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. Artigo publicado no Site Consultor Jurídico. Disponível em: (https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal470#:~:text=Parte%20da%20doutrina%20e%20da,proposital%20de%20erro%20de%20tipo.) Acesso em: 27.11.2020.

CABRAL, Bruno Fontenele. Suprema Corte dos Estados Unidos: Temas Polêmicos. 1 ed. São Paulo: Baraúna, 2013, página 398.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em<:file:///C:/Users/Sabrina/Downloads/LAVAGEM%20DEDINHEIRO%20ANDR%C3%89%20LU%C3%8DS%20CALLEGARI%20ARIEL%20BARAZZETTI%20WEBER.pdf.>. Acesso em 29 nov. 2020.

CÂMARA, Isabela Tarquinio Rocha. O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.141. ano 26. p.61-91. São Paulo: Ed. RT, março 2018.

FIGUEIREDO, Frederico Crissiúma. Cegueira Deliberada é Crime? Estadão, 10 jun. 2016. Disponível em:< https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cegueira-deliberada-e-crime>. Acesso em 29 nov. 2020.

GARCIA, Simone. Teoria da cegueira deliberada e seus desdobramentos no Direito Penal Comparado e Brasileiro. Jus, jan. 2016. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/45718/teoria-da-cegueira-deliberada-e-seus-desdobramentos-no-direito-penal-comparado-e-brasileiro>. Acesso em 29 nov. 2020.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 168.

JÚNIOR, Roberto Bona. É preciso discutir teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem. Revista Consultor Jurídico, 19 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-19/roberto-bona-preciso-discutir-cegueira-deliberada-crimes-lavagem>. Acesso em: 29 nov. 2020.

LUBAN, David. Contrived Ignorance. Georgetown University Law Center, p. 957-980, 1999. Disponível em:< https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em 29 nov. 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Marcia Pons, 2018.

MONTEIRO, Tatiana Alves. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Revista Consultor Jurídico, 28 set. 2009. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>. Acesso em 29 nov. 2020.

NASCIMENTO, André Ricardo Neto. Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98). [Trabalho de Conclusão de Curso]. Brasília: Centro Universitário de Brasília, Curso de Direito, 2010, página 41.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La ignorancia deliberada en derecho penal. Barcelona: Editora Atelier, 2007, página 173. _____. *Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, n. 13, 2, páginas 32-35, 2013. Disponível em:< https://studylib.es/doc/5117620/pdf-mejor-no-saber---sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-d...>. Acesso em 29 nov. 2020.

RÉGIS, Gian Carlos. A teoria da cegueira deliberada: o tipo penal subjetivo e a possibilidade de aplicação no direito brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4863, 24 out. 2016. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/51934/a-teoria-da-cegueira-deliberada>. Acesso em 29 nov. 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antônio. Lavagem de Capitais Fundamentos e Controvérsias. 1ª Ed. Tirant Brasil: 2020.

TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. 3ª Ed. Editora Lumen Juris. 2009.

8.1 Documentos Jurídicos

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Penal n.o 470/MG. Rel. Joaquim Barbosa, 27 ago. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 abr. 2013. p.1.061-1.478.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.a Região. Apelação Criminal n.o 5009722-81.2011.4.04.7002. Rel. Sérgio Fernando Moro, 18 set. 2013. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4.a Região, Porto Alegre, 23 set. 2013.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.013 | ISSN: 2764-1899

Criptomoedas como objeto material do crime de lavagem de capitais
Cryptocurrencies as a material object of the crime of money laundering

Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior[1]

Sumário: 1. Introdução - 2. Da Tipificação material do crime de lavagem de capitais: 2.1. Aspectos materiais da tipificação do crime de lavagem de capitais: 2.2. A propriedade criminosa passível de lavagem; 3. Características dos criptoativos, natureza jurídica e entraves à persecução: 3.1. O escasso lastro regulamentar das criptomoedas; 4. Da possibilidade de lavagem de dinheiro com criptoativos; 5 Considerações finais; Referências.

Resumo: No presente trabalho objetivou-se rediscutir determinados pontos controvertidos acerca do uso de criptoativos na lavagem de capitais, visando esclarecer sobre a possibilidade da tipificação do referido crime com o uso de moedas digitais, partindo-se de uma breve análise do tipo insculpido no Art.1º da Lei nº 9.613/98, passando por uma explanação do conceito de propriedade criminosa passível de lavagem e contrapondo os elementos do tipo penal às características inerentes às criptomoedas.

Palavras-chave: criptomoedas; direito penal; lavagem de dinheiro; tipificação; crimes financeiros.

Abstract: The present study aimed to re-discuss certain controversial points regarding the use of cryptocurrency in money laundering, aiming to clarify the possibility of classifying said crime with the use of digital currencies, starting from a brief analysis of the type inscribed in art. 1 of Law No. 9,613 / 98, going through an explanation of the concept of criminal property that can be laundered and contrasting the elements of the criminal type with the characteristics inherent to cryptocurrencies.

---

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM. Advogado Criminalista.

Keywords: cryptocurrencies; criminal law; money laundry; typification; financial crimes.

1. Introdução

A acelerada globalização proporcionada pelo implemento dos meios digitais na vida cotidiana e a facilitação do seu acesso para as classes menos favorecidas acarretaram acentuadas modificações na rotina das pessoas que, como qualquer ser humano em sociedade, efetuam operações de troca no seu dia a dia, esbarrando algumas vezes com fraudes financeiras, lavagem de capitais, estelionatos e demais condutas criminosas à que está sujeito o agente ativo no mercado financeiro.

Neste contexto, um dos efeitos da globalização é a quebra de barreiras entre os mercados financeiros existentes em todo o globo, decorrente sobretudo do avanço tecnológico dos sistemas informáticos, fator este que permite, na atualidade, que pessoas de qualquer idade possam de qualquer lugar do planeta operar em mercados financeiros de grande expressão com o uso apenas de um smartphone ou qualquer aparato digital com acesso à internet.

Entretanto, algumas vezes os avanços da tecnologia acessíveis ao público-comum – entendido como aqueles que não operam com determinados equipamentos que necessitam de conhecimentos específicos – podem acarretar um incremento do risco de práticas criminosas ao mesmo tempo que proporciona facilidade, conforto e segurança aos usuários.

Neste cenário, o Bitcoin tem se destacado como moeda digital (ou criptomoeda) de grande expressão econômica, podendo servir tanto como instrumento cambiário quanto como investimento, considerado por alguns, inclusive, como o "ouro do século XXI"[1], com acelerado crescimento no seu valor de mercado e uso cada vez mais frequente nas operações financeiras digitais.

Contudo, a existência de uma moeda de troca exclusivamente digital, sem curso legal e desprovida de regulamentação legal satisfatória promove, ao mesmo tempo, a imunidade ao processo inflacionário da moeda e o risco da prática de condutas criminosas de difícil investigação e distanciadas da tutela estatal.

[1] CRIPTOFACIL. "Forbes: Bitcoin pode ser no século XXI o que foi o ouro no século XX". 11 de maio de 2020. Disponível em: https://www.criptofacil.com/forbes-bitcoin-pode-ser-seculo-xxi-que-foi-ouro-seculo-xx/. Acesso em 1 mar 2021.

Desta forma, diversos crimes praticados com o uso de moedas digitais já são do conhecimento público, como o pagamento à assassinos de aluguel com o uso de Bitcoin[2]. Todavia, no presente estudo dar-se-á atenção exclusivamente à possibilidade de uso do "sistema das criptomoedas" para a prática da lavagem do proveito econômico de atividades ilícitas, a luz da doutrina e jurisprudência pátria, visando esclarecer e rediscutir alguns pontos controvertidos em torno da matéria apresentada.

2. Da tipificação material do crime de lavagem de capitais

2.1 Aspectos materiais da tipificação do crime de lavagem de capitais

Para melhor compreensão da discussão que se pretende desenvolver no presente trabalho, faz-se necessário o apontamento acerca da tipificação do crime de lavagem de dinheiro, insculpido no Art.1º da Lei 9.613/98, *in verbis:*

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

Pode-se entender, à luz do texto legal, que se tipifica o crime de lavagem de capitais através de atos comissivos que visem cortinar a origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de ativos originados da prática de crimes e contravenções penais antecedentes.

Neste contexto, importante um breve parêntese que se comente sobre o bem jurídico tutelado pelo delito em estudo, tendo em vista que os criptoativos ainda são vistos pelo ordenamento jurídico pátrio como um instrumento sem natureza cambiária, como se mostrará mais à frente no presente trabalho.

Deste modo, a doutrina pátria diverge largamente ao nominar os bens jurídicos protegidos como correspondentes à administração da justiça ou à proteção da ordem socioeconômica, oportunidade em que se traz à discussão o posicionamento do eminente catedrático Luiz Régis Prado, de acordo com o qual o sistema econômico e suas instituições mostram-se como objetos tutelados pela norma, propiciadores da circulação e concorrência livre e legal de bens, valores e capitais.

[2] UOL. "Rússia afirma que Bitcoin é usada para pagar crimes anônimos". 18 de janeiro de 2021. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/01/18/russia-afirma-que-bitcoin-e-usada-para-pagar-crimes-anonimos.htm. Acesso em 1 mar 2021,

A razão da referida indicação da tutela penal à ordem econômico financeira construída pelo autor deve-se à incumbência que um sistema financeiro possui de proteger a licitude dos bens e valores negociados na economia formal, combatendo a lavagem de dinheiro e operações delitivas diversas, prezando pelo funcionamento imaculado da ordem econômica.

Nas palavras do catedrático:

> (...) é de inegável relevância para o funcionamento escorreito da ordem socioeconômica de um determinado país resguardar a licitude dos bens e capitais que circulam no tráfego econômico e combater a lavagem de dinheiro ou bens procedentes de operações delitivas. [3]

Por outro lado, de acordo com Pierpaolo Cruz Bottini, o crime de lavagem de dinheiro tutelaria a administração da justiça, em razão da sua capacidade de afetar o seu funcionamento,b haja vista o objetivo intrínseco de garantir a fruição do proveito econômico ilícito. A seguir:

> Imagine-se um roubo a banco em consequência do qual seu autor adquira dinheiro suficiente para comprar um barco. Caso ele o compre diretamente, em seu nome, não haverá lavagem de dinheiro, mas mero exaurimento do crime. Por outro lado, se o valor for depositado em conta de terceiro, que efetua a compra em nome de empresa laranja, existirá lavagem de dinheiro.
>
> Note-se que, se o barco for comprado pelo preço de mercado, em condições idênticas à aquisição do mesmo bem com recursos lícitos, a ordem econômica não será afetada por qualquer das condutas assinaladas. Ainda assim, no segundo caso haverá lavagem de dinheiro. Assim, a nota diferencial entre o primeiro e o segundo comportamento não é a turbação da ordem econômica, mas o escamoteamento do produto do crime. No primeiro caso não houve ocultação, blindagem do bem contra possíveis rastreamentos. Já no segundo, percebe-se o escamoteamento do dinheiro, que dificulta sua identificação. A única diferença entre as duas situações, capaz de justificar a punição pela lavagem de dinheiro apenas na segunda, é sua distinta capacidade de afetar o funcionamento da justiça. [4]

Doutro lado encontram-se os doutrinadores que apontam para a discussão delineada pelas diversas gerações de normas repressivas à lavagem de capitais, caracterizando a primeira geração normativa como aquela que vincula o crime de ocultação ao tráfico ilícito de entorpecentes, por inspiração da Convenção de Viena de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas.

---

[3] PRADO, Luis Régis. **Direito Penal Econômico**. 6ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pag.367.

[4] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a nova lei 9.613/1998, com as alterações da lei nº 12.683/2012. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pag. 90

Deste modo, as críticas aos doutrinadores que pretendiam formular a tutela penal do crime em estudo com base nas legislações de primeira geração estão no fato de que sua argumentação baseia-se numa posição de subproduto do crime de lavagem em relação ao tráfico, tendo em vista que o crime de lavagem de dinheiro era tido como mero instrumento do combate ao tráfico de entorpecentes, razão pela qual aquele vincular-se-ia ao objeto jurídico tutelado por este, qual seja, a saúde pública.[5]

Em alternativa, no contexto das leis de segunda geração, presentifica-se a figura do chamado "crime antecedente", desvinculando o crime de lavagem de dinheiro de um só crime apto a gerar proveito econômico passível de ocultação, em paralelo ao critério adotado por poucos países, de desprender o ilícito de ocultação de um crime anterior, constituindo as chamadas leis de terceira geração.

Destarte, a legislação brasileira de repressão à lavagem de dinheiro adota o modelo atinente às leis de segunda geração, prevendo a necessidade de um crime antecedente gerador de proveito econômico para que se criminalize a ocultação da origem ilícita dos ativos, bens ou valores, mas não exige a prática de um rol taxativo de crimes antecedentes pré-determinados, vez que tal rol foi extinto pela Lei nº 12.683/12.

Logo, não há mais uma lista propriamente dita de crimes passíveis de se serem categorizados como antecedentes à lavagem, apesar de se considerar que só poderá ser antecedente de lavagem os crimes que gerem proveito econômico, independente de não possuírem a vantagem econômica como integrante do tipo.

Retornando à literalidade do dispositivo legal inicialmente mencionado, nota-se que o legislador, ao adotar a expressão "*provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal",* satisfez-se com a proveniência dos bens, direitos ou valores de um injusto penal, estabelecendo a necessidade de comprovação de um nexo entre os bens objeto da ocultação ou dissimulação e a infração penal antecedente, presente também o liame subjetivo do autor, caracterizado pelo conhecimento de ilegalidade da conduta e intenção de ocultar a origem, natureza, localização, disposição ou propriedade do proveito ilícito.

Em contrapartida, distinguindo-se da técnica legislativa brasileira - que exige diversos elementos para que se tipifique o crime de lavagem de capitais - o Código Penal Espanhol adota uma posição de interessante divergência, na medida em que exige apenas a presença do delito

[5] FILIPPETTO, Rogério**. Lavagem de dinheiro**. Rio Grande do Sul. Editora Lumen Iuris, 2011. Pag.101.

antecedente, não reconhecendo a contravenção penal como antecedente e, portanto, considerando que apenas os crimes são passíveis de gerar proveito apto à lavagem, conforme aponta Luiz Régis Prado.[6]

Por derradeiro, salienta-se que apesar da exigência de crime antecedente adotada pela Lei nº 9.616/98, o crime de lavagem de capitais possui estrutura própria de autonomia e forma, possuindo importante autonomia, conforme sugere o Art.2º, §1º da Lei repressora, *in verbis*:

> § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Portanto, atualmente o delito de lavagem de capitais não é um mero instrumento acessório para outra pretensão repressiva, como o era após a Convenção de Viena, dotado de autonomia em relação à sua tipificação, ressalvada a denominada "acessoriedade limitada", à qual relaciona-se à necessária comprovação da existência de um crime antecedente para configurar-se a justa causa para a propositura de eventual ação penal.

2.2 A propriedade criminosa passível de lavagem

Faz-se necessário, para melhor compreensão do tema central do presente trabalho, que se pontue breves explicações sobre o conceito jurídico de "propriedade criminosa" para fins de tipificação do crime de lavagem e das medidas assecuratórias que recaem sobre o patrimônio ilícito.

Neste contexto, cumpre apontar que a definição de "propriedade criminosa" remonta aos procedimentos adotados no âmbito do Direito Marítimo pelas Cortes que adotavam o sistema de *common law*, em meados dos séculos XVII e XVIII, manifestados em casos de pirataria nos quais se discutia o confisco de navios e demais bens que estivessem envolvidos em atos de pirataria.

É indispensável, portanto, a referência aos casos paradigmáticos julgados nos Estados Unidos da América, os quais versaram sobre o confisco de navios e a carga transportada pelos navios envolvidos nos atos de pirataria, quais sejam: *Harmony v. USA e Palmira v. USA*.[7]

---

[6] PRADO, Luis Régis. **Direito Penal Econômico**. 6ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pag.377.

[7] KNIJNIK, Danilo. Transferências bancárias, propriedade criminosa e lavagem de dinheiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Rio Grande do Sul. Vol., nº 2, 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/69152/39041. Acesso em: 10 de jan. 2021. Pag.3-4.

Logo, em harmonia com o disposto na legislação vigente na época, adotou-se o entendimento de que deveria ser promovido o sequestro das embarcações envolvidas nos delitos de pirataria, em razão de constituírem o objeto do crime, seja executando os atos criminosos, seja servindo a estes.

Com a evolução científico-jurídica, tal compreensão começou a ser aplicada também aos delitos de lavagem de dinheiro, fundamentando o confisco dos valores obtidos, direta ou indiretamente, pela prática delitiva.

Desta forma, visando impedir o proveito econômico do crime, foram editados diversos dispositivos legais de confisco, à semelhança do Art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/12, *in verbis*:

> Art.7º: São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:
>
> I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, **de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei**, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (grifou-se)

Por consequência, compreender a ideia em torno do conceito de "propriedade criminosa" é de importância ímpar, uma vez que se constitui em um imperativo na configuração do tipo de lavagem de capitais, pelo que a importância de sua elucidação prende-se a necessidade primordial de punir não só o autor do delito mas também, e sobretudo, de retirar da economia o capital ilícito, pois este detém o potencial de macular as relações socioeconômicas, daí a necessidade de identificação deste elemento constitutivo do crime em estudo.

Todavia, e aqui coloca-se a provocação que a diante será amadurecida, a questão adquire salutar complexidade quando da necessidade de se determinar o que é propriedade criminosa nos casos em que se visualizam indícios do cometimento do delito de lavagem com o uso de criptomoedas, visto que não se pode, à primeira vista, considerar que todo o capital ali representado é oriundo de crime antecedente, bem como não há que se admitir a ideia de que o valor que ali se insere exprime, para todos os fins comerciais, um valor monetário apto a uso e, portanto, apto a instrumentalizar a ocultação de um ilícito.

Isto posto, estando superados os delineamentos iniciais atinentes à materialização do delito de lavagem de capitais e as definições necessárias ao redor da estrutura delitiva do crime, passa-se à análise das características dos criptoativos (ou criptomoedas) e sua natureza jurídica.

3. Características dos criptoativos, natureza jurídica e entraves à persecução

Dentre os elementos que caracterizam as criptomoedas está a criptografia, constituída pela codificação da informação enviada, através da criação de chaves de encriptação e de decriptação, as quais são possuídas apenas pelo emissor e pelo destinatário da informação, fazendo com que a mensagem ou arquivo transmitido torne-se ilegível no caminho percorrido entre o ponto A (receptor) e o ponto B (destinatário).

Nota-se, portanto, que a criptografia é um importante mecanismo para garantir a integridade das informações que percorrem o tubo tecnológico das transações efetuadas via internet, como o internet banking, *apps* de instituições bancárias, *ecommerce* e demais instrumentos de negociação online.

Todavia, apesar das transações financeiras possuírem elevado grau de criptografia, valendo-se de sistemas de segurança da informação complexos, o problema em torno da operacionalização digital de atos comerciais verifica-se quando da prática de atividades delitivas intermediadas por sistemas digitais, nos quais a criptografia que promove a segurança das negociações realizadas é a mesma que dificulta a inspeção dos delitos cometidos em sua plataforma.

Isto é: codificar as informações transmitidas por meio *online* garante – ao menos *a priori* - a segurança dos dados, promovendo conforto aos usuários que, por comodidade, optam pela utilização de meios digitais para realizar transações financeiras, normalmente via aplicativos de celular. Porém, as mesmas práticas de segurança resultam também na dificuldade de persecução dos crimes cometidos naqueles ambientes digitais, o que dificulta o rastreamento das informações criptografadas.

E os problemas aumentam quando as operações são realizadas com moedas que só existem, na prática, em meio digital, impossibilitando a sua expressão em moeda corrente, além de sua precária regulamentação normativa e ausência de uma entidade controladora devidamente constituída.

É o caso, portanto, das criptomoedas, dentre as quais a mais popular é o Bitcoin, conhecidas por serem tipos de moedas digitais que só existem digitalmente, utilizadas para transações virtuais com proteção criptográfica visando salvaguardar a segurança das operações e diminuir o lastro de probabilidade fraudatória na sua origem, além de sua emissão ocorrer

sem qualquer garantia fiduciária, valendo ressaltar que seu valor depende quase que exclusivamente da confiança depositada por seus operadores.

Noutras palavras, é um meio de negociação monetária sem qualquer garantia cambiária, não oficial e não regulamentado, podendo dar diretamente entre os usuários, sem a intervenção de qualquer empresa como intermediária (*peer-to-peer*[8]), por meios em que se garante o anonimato dos operadores, acrescentando-se ao conjunto operacional o caráter criptográfico inerente ao monetário, o que dificulta inexoravelmente seu rastreamento e investigação.

Sobre a (pseudo)anonimidade das operações com Bitcoin e outras criptomoedas, importante trazer cristalina explicação de Heloisa Estellita acerca de sua pertinência à lavagem de capitais:

> Quanto à pseudoanonimidade e ao contrário do que se pode pensar, as operações com BTC não são um meio de pagamento anônimo, mas garantem um grau de privacidade que é relevante em termos de persecução penal da lavagem de capitais. Ao abrir uma "conta", a pessoa não tem de se identificar e basta o acesso à internet e a um cliente de BTC para gerar um par de chaves e ter acesso a transações. Ademais, uma mesma pessoa pode ter diversos endereços de BTCs, o que agrega mais anonimidade às transações. Porém, o fluxo de transações é todo registrado no *blockchain*, o que dá uma transparência relevante quanto a todo o histórico de transações com os BTCs. A atribuição de identidade aos endereços de BTCs só pode ser feita por um terceiro (uma *exchange*, por exemplo), já que o código não contém ou comporta os dados pessoais do titular do endereço.[9]

Desta forma, as criptomoedas são rastreáveis apenas em sua origem, sabendo-se o local no qual elas foram criadas através do processo de mineração - execução de complexas equações matemáticas em computadores instalados para esta finalidade.

Contudo, o mesmo não ocorre quanto ao local em que estas são armazenadas e negociadas comercialmente, denominado de "*wallets provider*" (carteiras digitais de custódia) – o instrumento digital de custódia dos criptoativos[10] -, visto que é desnecessária a sua

[8] Termo utilizado para se referir as operações "par a par", caracterizadas pela ausência de um intermediário atuante entre o comprador e o vendedor.

[9] ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1955. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955. Pag.3

[10] Conforme definição contida no Art.1º, "d", 18, da Diretiva nº 2018/843 do Parlamento Europeu para prevenção do uso do sistema financeiro para lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo: "*custodian wallet provider" means an entity that provides services to safeguard private cryptographic Keys on behalf of its customers, to hold, store and transfer virtual currencies."*

vinculação a qualquer identificação que individualize o proprietário, como Cadastro de Pessoas Físicas (CPFs) ou Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJs).

Noutro lado, apesar da volatilidade verificada na ausência de lastro patrimonial, as criptomoedas são aceitas por muitos países como instrumento monetário cotidiano, como para a compra de comida em restaurantes e pagamento de passagens de metrô.

No contexto apresentado, apesar do entrave verificado entre a necessidade de se apurar as práticas criminosas realizadas com moedas digitais e seu caráter anônimo e criptográfico, tem-se desenvolvido diversas ferramentas e técnicas para a persecução criminal em crimes financeiros que envolvem criptomoedas como forma de negociação em operações delituosas como o tráfico de drogas e a contratação de "assassinos de aluguel".

Todavia, a despeito dos esforços despendidos, as dificuldades nas práticas investigativas relacionadas as criptomoedas aparentam ser inerentes à forma digital de suas operações. Dentre estas, a pseudoanonimidade das operações, diferenciando-se da anonimidade propriamente dita, tendo em vista que esta caracteriza-se pela impossibilidade de concluir de forma clara quem são os operadores e qual o objeto da operacionalização, ao passo que aquela, por sua vez, constitui uma garantia mais extensa da privacidade.

A título de exemplo de seu uso criminoso, vale mencionar o WannaCry, um *ramsomware*[11] utilizado em 2017, pelo qual hackers sequestraram arquivos das máquinas, criptografando-os, afetando diversos sistemas e, posteriormente, requisitando o resgate dos arquivos sequestrados mediante pagamento em criptomoedas. Vale mencionar que o ataque gerou a paralisação de diversos órgãos públicos, dentre eles o Ministério Público e o Tribunal de Justiça de São Paulo.[12]

Neste aspecto, devido à complexidade de rastreamento das operações praticadas com criptoativos, as políticas de *know your customer*[13] apresentam-se como instrumento de importante atuação no manejo da (lacunosa) legislação pátria, ao passo que determina que as empresas que operem ativos mantenham registros de seus clientes, de forma a possibilitar sua

[11] Espécie de software malicioso que visa bloquear determinado arquivo ou até um sistema inteiro e cobrar um resgate monetário para a sua liberação. Comumente, o resgate é cobrado em criptomoedas.

[12] TECMUNDO. "WannaCry, o ransomware que fez o mundo chorar na sexta-feira (12)". 12 de maio de 2017. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/malware/116652-wannacry-ransomware-o-mundo-chorar-sexta-feira-12.htm. Acesso em 14 jan 2021.

[13] Dá-se preferência ao emprego do termo *"know your customer"* no lugar de *"know your client",* considerando que as *exchanges* utilizadas para transacionar os criptoativos são meros intermediários das transações, não havendo uma relação de cliente/consumidor, mais sim usuário (*customer*).

localização, bem como a identificação de seu padrão operacional, a fim de detectar comportamentos suspeitos.

Acerta das políticas de rastreamento das operações com criptoativos, vale mencionar as observações de Bortoletto, a seguir:

> O Estado de Nova Iorque, EUA, em 2015, criou o *BitLicense*, que é uma licença para operar com moedas digitais, ou seja, regulamentou a transmissão de moeda virtual, o armazenamento, segurança custódia ou controle em nome de outras pessoas, compra, venda e realização de serviços de troca como negócios de cliente, o controle, a administração ou a emissão de uma criptomoeda, porém, a mineração não entrou na regulamentação.
>
> Essa foi a primeira norma que impôs aos licenciados o dever de demonstrar a eficácia das políticas preventivas a fraudes e lavagem de dinheiro, comprovar a segurança cibernética das informações e dos ativos disponibilizados pelos clientes e, como principal, impor aos executivos e empresas o dever de reportar qualquer descoberta de violação da lei, regra ou regulamento como forma de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro. No Brasil, embora não haja obrigação normativa sobre a manutenção de registro das informações cadastrais de clientes, as corretoras geralmente adotam políticas preventivas de *compliance*, já que foram notórios os casos mundiais que tiveram repercussão na esfera penal.[14]

Por oportuno, menciona-se a INRFB nº 1888/2019, instrução normativa da Receita Federal do Brasil que, apesar ser regulação tributária e não de prevenção as práticas criminosas digitais, passou a exigir a identificação e deveres de informação por parte de *exchanges*[15] e pessoas físicas que operam criptoativos.

Porém, mostrar-se-á mais a frente que o dever de informar e manter registros de seus clientes ainda é tema controverso em relação às transgressões criminosas praticadas através de *exchanges*.

Á vista disto, importante formular uma breve crítica à tentativa de aplicar as políticas de *compliance* oriundas do combate à lavagem de dinheiro na esfera de operacionalização criminosa por meio digital: o agente que busca meios digitais não alcançados criteriosamente pelas autoridades públicas, provavelmente não realizará a transferência de ativos maculados por meio de *exchanges* que se submetem ao dever de manter um registro de seus dados.

[14] BORTOLETTO, Ronaldo Rodrigues de Oliveira. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. n. 90, v. 15, 2019. Pag. 67

[15] Espécie de agente intermediário para a compra de criptomoedas.

Deste modo, salienta-se que, apesar das técnicas comumente adotadas na persecução de crimes financeiros, tais como "*follow the money*" e "*know your customer*"[16], a maioria destas mostram-se de dificultosa aplicação no tocante a investigação criminal em delitos perpetrados com o uso de criptomoedas, sendo imprescindível a adoção e aperfeiçoamento de métodos tão modernos quanto os meios criminosos utilizados, de forma a acompanhar a criminalidade organizada, que a cada dia se moderniza e alarga seus horizontes.

Logo, nota-se desde logo que a investigação criminal de um possível ato de lavagem cometido com o uso de criptoativos muito se diferencia de uma operação dólar-cabo, visto que não há o uso do sistema econômico financeiro formal, na maioria das vezes vigiado e regulado pelos entes estatais, permitindo um maior acesso às informações e aos rastros dos atos criminosos.

3.1 O escasso lastro regulamentar das criptomoedas

A primeira vista, operar com criptomoedas pode ser tentador – ao menos do ponto de visto econômico-financeiro -, considerando sua imunidade aos índices inflacionários, sua abrangência internacional e, inclusive, a possibilidade de utiliza-la como investimento financeiro tendo em vista que, em razão da sua volatidade, seu preço pode variar consideravelmente em questão de meses ou semanas.[17]

Entretanto, nem tudo é maravilha no país de Alice. As controvérsias judiciais se iniciam no momento de definir a regulamentação estatal para a utilização dos criptoativos. Isto deve-se ao fato de que não há um consenso acerca da natureza jurídica dos criptoativos, havendo inclusive diversas decisões no mundo inteiro que desconsideram sua natureza de moeda.

Cite-se, a título introdutório, a decisão emanada de uma Juíza da Flórida, Estados Unidos, declarando que Bitcoin não é dinheiro e, portanto, não poderia ser passível de lavagem, tendo em conta sua descentralização, ausência de regulação e extrema volatidade, fatores estes que não permitem definir ou descrever exatamente o que é o Bitcoin.[18]

---

[16] Ver nota **11.**

[17] INFOMONEY. "Bitcoin salta mais de 270% em 2020, o que esperar para 2021? 9 especialistas respondem". **Infomoney**. 28 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin-salta-mais-de-270-em-2020-o-que-esperar-para-2021-9-especialistas-respondem/. Acesso em 14 jan 2021.

[18] **SLATE. "A Florida Judge Ruled That Bitcoin Isn't Money".** Slate**. 26 de julho de 2016. Disponível em:** https://slate.com/business/2016/07/florida-judge-rules-that-bitcoin-isnt-money.html**. Acesso em 14 jan 2021.**

No mesmo sentido, Juízes brasileiros vem se posicionando no sentido de que moedas digitais como o Bitcoin não são consideras moedas para fins financeiros, ante a ausência de condição de moeda de curso legal, destituída de qualquer soberania.[19]

Ainda nesta direção, a Comissão de Valores Mobiliários, através do Ofício Circular nº 1/2018, vedou a aquisição de moedas digitais por parte de fundos de investimento regulados pela instrução normativa nº 555/14, sob o argumento de que não podem ser definidas como ativos financeiros, *in verbis:*

> Assim e, baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.[20]

O Comunicado nº 31.379/17 do Banco Central também reforça o entendimento de que as moedas digitais não possuem qualquer lastro patrimonial para que possa influir no sistema financeiro nacional, diferenciando-se das moedas eletrônicas, conforme se extrai de trecho do instrumento comunicativo:

> A denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Nos termos da definição constante nesse arcabouço regulatório consideram-se moeda eletrônica "os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento". Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.[21]

Por sua vez, o Parlamento Europeu, em estudo recente, sugeriu que as criptomoedas podem ser vistas como "dinheiro privado"[22].

---

[19] https://www.jusbrasil.com.br/diarios/286539381/djdf-06-03-2020-pg-1514?ref=next_button

[20] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Ofício Circular nº 1/2018. 12 de janeiro de 2018. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf. Acesso em 20 abr 2020.

[21] BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 37.379 de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379. Acesso em 14 jan 2021.

[22] EUROPEAN PARLIAMENT. Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead. Monetary dialogue July 2018. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf. Acesso em 14 jan 2021.

Todo este introito faz-se necessário para que se compreenda que a razão de alguns autores se referirem as moedas digitais como “criptoativos” e não como “criptomoedas” é a ausência de lastro patrimonial, soberania e curso legal, havendo o consenso quase mundial de que estas, em última análise, não se caracterizam como moedas, mas apenas como ativos financeiros e, em alguns casos, nem isto.

Em atenção aos precedentes normativos e jurisprudenciais anteriormente mencionados, o Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 530.563/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis, fixou a competência da justiça federal para julgamento das demandas que versem sobre criptoativos, considerando que “como as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários, não é possível enquadrar a negociação, por si só, nos crimes tipificados nos artigos 7º, II, e 11 da Lei 7.492/1986, ou no delito previsto no artigo 27-E da Lei 6.385/1976.” [23]

Todavia, apesar da ausência de consenso decisório presente nas Cortes nacionais, é recorrente a adesão em torno da natureza de “não-moeda” atribuída aos criptoativos.

Quer-se dizer: considerando que os criptoativos não possuem, nacionalmente, natureza jurídica de moeda, não havendo que se falar de crime contra o sistema financeiro nacional instrumentalizado por criptoativos – conforme anteriormente exposto em decisão do Superior Tribunal de Justiça –, não haveria também que se falar em evasão de divisas - tendo em vista que não se enquadraria no conceito jurídico de “divisa”, tido como todo documento que represente a moeda, o valor ou a pecúnia -, nem tão pouco em produto de lavagem de dinheiro.

Todavia, a Corte Cidadã recentemente aduziu que apesar da ausência de regulamentação legal e de natureza monetária dos criptoativos, estes poderão ser objeto do crime de evasão de divisas, a depender da intenção do agente. *In verbis:*

> *Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país.*[24]

[23] STJ. Habeas Corpus nº 530.563/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis. Julgado em 5/03/20. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1919031&num_registro=201902596988&data=20200312&formato=PDF. Acesso em 14 jan 2021.

[24] *STJ, CC-161123, Rel. Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, DJE 05/12/2018. Disponível em:* https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661801952/conflito-de-competencia-cc-161123-sp-2018-0248430-4/inteiro-teor-661801962. *Acesso em 22 jan 2021.*

Neste contexto, infere-se do trecho extraído da decisão a opção de conferir proteção ampla e irrestrita ao bem jurídico tutelado pela evasão de divisas – a proteção das reservas cambiais -, tendo em vista que, *a priori*, criptoativos não são moedas, exceto se houver depósito não declarado no exterior, fator que coloca as relações jurídicas e financeiras em posição de latente insegurança.

Ainda no contexto dos criptoativos pode-se notar a crescente complexidade das práticas criminosas ocorridas no mercado financeiro, o que acarreta a diminuição do poderio investigatório do Estado, bem como a baixa capacidade preventiva das práticas delituosas, dentre elas a lavagem de dinheiro e sua consequente reintegração de capitais maculados no sistema financeiro.

A vista disto, diversos instrumentos são necessários para contornar as dificuldades impostas pelas lacunas legislativas e forenses relacionadas à persecução de atividades ilícitas instrumentalizadas com criptomoedas. Neste sentido, cabe trazer importante observação de Xesús Pérez Lopes, apontando um pouco da tratativa do tema na Espanha:

> En el caso de nuestro banco de espana, disponemos de una nota informativa publicada em enero de 2014, en la que el supervisor señalaba una serie de riesgos o amenazas potenciales que afectarían al bitcoin, de distinta índole: uso potencial en el marco de las finanzas criminales, posibles efectos negativos sobre la reputación de otos medios de pago digitales, existencia de fallos en el sistema susceptibles de resultar en transacciones fraudulentas, eventuales impactos sobre la estabilidade de los precios y sobre la estabilidade financiera, e irreversibilidad de las transacciones. El enfoque del documento, centrado em los riesgos de las criptomonedas, no era sino el reflejo nacional em 2014 de la actitud de desconfianza de otros supervisores ante un fenómeno aún en evolución.[25]

Em razão das dificuldades persecutórias expostas nas linhas anteriores, a colaboração privada por meio do dever de informação atribuído aos setores sensíveis à prática da ocultação de capitais, definidos no Art. 9º da Lei nº 9.613/98, mostra-se como uma prática imprescindível no aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro cometida com criptoativos.

Acerca do dever de informação, importante referir-se à cátedra de Pierpaolo Cruz Bottini, a seguir:

[25] LÓPEZ, Xesús Pérez. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la Unión Europea y en España. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha. n. 18, 3ª Época, 2017. Pag. 169.

> A imposição dessas obrigações tem grande impacto sobre o funcionamento dos setores sensíveis, especialmente aqueles que fazem do sigilo e da confiança seus princípios estruturantes. O cumprimento das regras de registro e comunicação transforma as instituições em colaboradores cogentes, que devem comunicar eventuais atividades ilícitas praticadas por seus clientes, forçando a reformulação de políticas de relacionamento, para que alcancem um equilíbrio entre o dever de colaboração com as autoridades públicas e a manutenção da relação de confiança com o cliente.[26]

Por conseguinte, considerando que as *exchanges* que operam com criptoativos que possuem alto grau de criptografia, em razão da própria estrutura digital das "moedas" e, ainda hoje, muitas delas permitem que clientes anônimos operem em suas estruturas, sem conceder quaisquer dados pessoais - ou, quando concedem, o fazem de forma insuficiente para a determinação de rastros de cometimento de condutas criminosas -, o dever de informação atribuído as *exchanges* seria instrumento preventivo de suma importância para o combate aos crimes financeiros.

Não obstante, os fatores que compõem a natureza jurídica dos criptoativos preteritamente expostos impedem, ao menos *a priori*, a implementação da obrigação de informação das *exchanges* às autoridades públicas, quais sejam: criptoativos não são moedas – ao menos em tese -, instrumentos cambiais, títulos, valores mobiliares ou nenhum outro ativo considerado pela lei de lavagem de capitais, sendo assim, não se submeteriam ao dever de informação.

4. Da possibilidade de lavagem de dinheiro com criptoativos

Superadas as referências necessárias sobre a natureza jurídica dos criptoativos, suas características, dificuldades para a investigação de crimes com o uso de moedas digitais e a explanação inicial sobre a tipologia do crime de lavagem de capitais, faz-se necessário integrar as criptomoedas no "ritual criminoso" da lavagem de capitais.

Para tal finalidade, é importante recordar a estrutura básica do delito em comento, trifásica e recepcionada pela maior parte dos países que possuem legislações específicas de combate à lavagem de dinheiro, qual seja: a colocação (ou iniciação), dissimulação e reintregração.

---

[26] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a nova lei 9.613/1998, com as alterações da lei nº 12.683/2012. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pagina 42.

A primeira fase da lavagem é caracterizada por promover o distanciamento do proveito criminoso do delito que o gerou. Logo, no crime de tráfico de drogas – para melhor ilustração -, a colocação é descrita pela compra de bens (como carros) com o dinheiro advindo, diretamente, da venda de entorpecentes. Desta forma, promove-se o afastamento do dinheiro sujo de sua fonte criminosa.

No contexto das moedas digitais, pode-se exemplificar a fase inicial da lavagem pelo uso do proveito econômico do crime antecedente para a compra de criptomoedas como o Bitcoin, o que pode ser feito em *exchanges*, pela compra direta de outros usuários (*peer-to-peer*) ou simplesmente quando a atividade criminosa é diretamente remunerada com moedas digitais.

A respeito da facilidade proporcionada pelas criptomoedas na primeira fase da lavagem de capitais, Xesús Pérez López:

> *Contempladas desde el punto de vista de la lucha del blanqueo de capitales, las ventajas de estas prácticas para los criminales pueden resumirse en una: éstas permiten cubrir de manera relativamente sencilla la primera fase del proceso de blanqueo de capitales, la colocación: precisamente aquélla en la que la acción de las autoridades puede resultas más eficaz.*[27]

A seguir, a dissimulação é a fase do processo em que ocorre a ocultação ou dissimulação propriamente dita, visto que é o momento em que se efetiva a transformação do capital sujo para o capital limpo, tornando-o apto a ser reinserido na economia formal. Nos crimes com o uso do Bitcoin, por exemplo, notabiliza-se o uso dos chamados "*mixing-services*" como mecanismos atuantes na mescla de ativos digitais com a intenção de ocultar o rastro da operação, impedindo que se descubra sua origem criminosa.

Deste modo, a mescla dos ativos digitais pode ser feita nas próprias *web-wallets* localizadas em *exchanges*, pois o proprietário de uma carteira digital não possui os valores em sua conta, mas apenas uma pretensão de pagamento em relação aos valores ali depositados. Portanto, quando o proprietário de uma carteira necessita fazer o pagamento de um determinado valor, este será feito pela *exchange* prestadora do serviço, mas não necessariamente com as mesmas moedas constantes de sua carteira digital.

[27] LÓPEZ, Xesús Pérez. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la Unión Europea y en España. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha. n. 18, 3ª Época, 2017. Pag. 156.

Doutro lado, poderá também haver a contratação de serviços especializados de *mixing*, em que cada usuário remete uma quantidade de moedas para o *mixer* e solicita que esse valor seja enviado para um determinado endereço eletrônico - espécie de conta bancária. O trabalho do *mixer* é, basicamente, misturar diversas moedas oriundas de diversos locais ao ponto de não ser possível identificar qual é a origem de cada uma delas.

Ao final, o mecanismo de *mixing* funciona de forma semelhante à mescla de capitais em contas bancárias, em que não se pode precisar qual é o ativo lícito e o ilícito quando da mistura deles numa mesma conta.

Acerca disto, faz-se necessário trazer um importante apontamento da Profª. Heloisa Estellita sobre o uso de Bitcoin na fase de dissimulação da lavagem de dinheiro, *in verbis:*

> A dissimulação pode ser diferenciada em simples e complexa. A simples se dá ante a possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas, mudando o endereço dos BTCs sem que o usuário perca o controle sobre eles. Também se pode usar os endereços de BTCs de terceiros ou mesmo de agentes financeiros. Em qualquer desses casos, porém, o caminho e o rastro das transações serão facilmente identificáveis, dada a transparência do *blockchain*. A identidade dos usuários, ou seja, dos titulares dos endereços de BTC, contudo, não é passível de conhecimento a partir dos dados do sistema (GRZYWOTZ, 2019, p. 104). É essa combinação entre alta rastreabilidade e não identificação do titular do endereço que permite falar em pseudoanonimidade, e não em uma anonimidade total.[28]

Por fim, a fase de reintegração é marcada pelo retorno do proveito econômico do delito à economia formal, normalmente reinserido para o financiamento da própria atividade criminosa. Pode-se citar, a título de exemplo da reintegração do capital lavado com criptomoedas, a compra de bens ou serviços com Bitcoin pela aquisição direta com outros usuários por operações *peer-to-peer*, tendo em vista que o uso de *exchanges* para a reintegração do capital pode levar ao descobrimento da movimentação criminosa.

Desta forma, complementando o raciocino em torno dos mecanismos de lavagem de capitais protagonizados com criptomoedas, proveitoso trazer importante explanação de Christiana Mariani da Silva Telles em dissertação de mestrado apresentada perante a decorosa Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV), a seguir destacada:

> (...) uma alternativa recente para a integração dos recursos no sistema econômico (terceira etapa) seria a participação em Initial Coin Offerings (ICOs), ou seja, em

[28] ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1955. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955. Pag.4

> ofertas de novas criptomoedas em troca de bitcoins ou de outras criptomoedas. Os ICOs são uma forma de adquirir ativos (as novas criptomoedas, chamadas de tokens ou coins) que não estão ligados a atividades criminosas e que podem ser posteriormente vendidos de forma legítima, gerando receita de origem lícita para seus titulares. Outra opção seria a realização de investimento em mineradoras, atividade que não é controlada e pode resultar na aquisição (pretensamente) legítima da criptomoeda em questão, a qual, uma vez alienada, pode gerar ganhos de fonte lícita. Pode-se aventar, também, a manipulação de preços de compra e venda de bitcoins capaz de gerar ganhos que, embora artificiais, teriam fonte aparentemente legítima. A aquisição de bens e serviços de pessoas físicas ou jurídicas não sujeitas à regulação mediante pagamento em bitcoins é mais uma possibilidade, já que pode ser realizada sem a prestação de informações que possam identificar o titular das criptomoedas.[29]

Todavia, apesar dos meios apresentados que possibilitam formas mais eficazes de ocultar a origem criminosa do capital branqueado, ainda há oposições de ordem doutrinária em torno da eficácia concreta da lavagem de dinheiro ilícito por intermédio de criptomoedas. Dentre estas, está a insurgência em torno da pseudoanonimidade, anteriormente mencionada, característica dos criptoativos que não permite uma anonimidade absoluta das transações digitais, mas tão somente uma mitigação da transparência propriamente dita.

Isto é, por utilizarem a tecnologia *blockchain*, os criptoativos permitem o pleno rastreamento das operações – por estarem todas registradas em um "bloco" público de registro – sendo possível, para qualquer um, saber para onde determinadas moedas digitais estão sendo enviadas, mas não por quem (dai a pseudoanonimidade já estudada anteriormente).

Sob outro aspecto, as criptomoedas não seriam um meio eficaz para lavar grandes cifras monetárias, tendo em vista que há, ainda hoje, um número pouco significativo de ativos em circulação, fator que proporciona a baixa liquidez do ativo, impossibilitando manobras financeiras de grande porte de forma ágil e discreta.

Também é importante ressaltar a dificuldade ainda presente de se converter moedas digitais em moedas de curso legal (dólar, euro, real, etc) por meio de um "mercado negro" paralelo a economia formal de modo que não chame a atenção das autoridades estatais, tendo em vista a escassez de comércios legais que aceitam criptomoedas como meio de troca. Portanto, em determinadas ocasiões, o agente criminoso pode acabar tendo que utilizar o sistema financeiro estatal, expondo-se aos procedimentos antilavagem.[30]

---

[29] TELLES, Christiana M. S. Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação. 2018. Dissertação (Mestrado em Governança Regulatória, Instituições e Justiça) – **Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas**, Rio de Janeiro, 2018. Pag. 78

[30] Idem, Pag. 80.

À vista disto, pretende-se trazer no presente trabalho a breve reflexão em torno da possibilidade dos criptoativos ocuparem a posição de objeto material do crime de lavagem de dinheiro, considerando que, conforme delineado em momento anterior, padecem de regulamentação específica e concreta acerca de sua natureza jurídica.

Para estabelecer parâmetros fundamentadores da reflexão pretendida nas linhas que se seguem, é importante trazer breve citação da brilhante Prof. Heloisa Estellita, em resenha da tese de doutorado da Johanna Grzywotz, apresentada em 2018 perante a Faculdade de Direito da Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, a seguir:

> Um BTC é uma cadeia de assinaturas, que tem um valor de mercado, o qual, por meio da detenção da chave privada, dá ao seu detentor ou detentores a possibilidade fática e exclusiva de disposição sobre eles (GRZYWOTZ, 2019, p. 209). Isso posto, as interpretações gramatical, histórica e sistemática não permitem qualificar as BTCs nem como coisas (*Sachen*), nem como pretensões jurídicas (*Forderungsrecht*) (GRZYWOTZ, 2019, p. 205-220). Também não são meios legais de pagamento, o que lhes retira a característica de dinheiro.

Neste contexto, considerando que os bitcoins (BTC, ou qualquer outra moeda digital) são cadeias de assinaturas cujas transações operacionalizam-se por meio de tecnologias públicas de blocos (*blockchain*) e geradas por meio de processos matemáticos promovidos por agentes privados que detém avançado conhecimento matemático e digital, não poderiam funcionar como meios legais de pagamento.

Logo, seu valor de troca está condicionado à recepção dos usuários ao seu uso. Isto é, criptomoedas tem valor porque um determinado grupo de usuários atribuiu valor a este instrumento como meio de troca. Deste fato extrai-se a volatilidade do ativo e, também, sua provável impossibilidade de protagonizar um crime de lavagem de capitais como objeto material.

Cita-se, a título de exemplo, recente acontecimento que fez com que o valor do Bitcoin alcançasse alta de 17% em um dia, batendo o recorde de US$ 44.220 por unidade, após a Tesla ter investido US$ 1,5 bilhão na criptomoeda e Elon Musk tuitar a *hashtag* "#bitcoin".[31]

Por consequência, o impacto revolucionário dos criptoativos na economia do século XXI advém do fato de que praticamente qualquer bem e direito pode adquirir valor de troca no "mundo exterior", independente de positivação jurídica a respeito de sua relevância econômica.

[31] BBC NEWS. "Por que a Tesla investiu US$ 1,5 bilhão em bitcoins e como isso pode afetar seu futuro ". 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-55997100. Acesso em 14 fev 2021.

Neste sentido, Telles:

> Não obstante, mesmo que restem dúvidas acerca da natureza jurídica dos bitcoins, são inteiramente aplicáveis à hipótese as conclusões de André Luís Callegari no sentido de que a interpretação mais correta é a de que "a descrição típica compreende todas as possibilidades de revelação dos bens e direitos no mundo exterior". Na mesma linha destaca-se o entendimento de Wilfried Bootke, para quem um "bem é tudo o que serve como 'objeto de direito' (*Rechtsobjekt*), porque ao ser objetivado em um direito transferível pode adquirir valor de troca no mercado. "Em resumo, trata-se, conforme afirma Pierpaolo Cruz Bottini de "coisas que carregam alguma espécie de valor", exatamente como ocorre com os bitcoins (...)[32]

Não obstante, há determinados fatores caracterizadores das criptomoedas que impediriam que estas fossem objeto material do delito de lavagem, como o fato de não serem valores mobiliários – conforme afirmado pela própria CVM[33] - e nem como ativos financeiros.

A respeito da pretensa natureza jurídica de ativo financeiro atribuída às criptomoedas, esta mostra-se duvidosa pois, apesar da necessidade de declaração no imposto de renda por força de Instrução Normativa publicada pela Receita Federal do Brasil já mencionada no início deste trabalho, tal fato não faz com que, por si só, as criptomoedas passem a ser consideradas ativos financeiros.

Para compreender a reflexão que aqui se propõe, faz-se necessário que se explique que os ativos financeiros são instrumentos para a realização de operações financeiras, constituindo-se como ativos patrimoniais intangíveis que geram expectativa de rentabilidade econômica a curta ou longo prazo, podendo ser liquidáveis no mercado.[34]

Por conseguinte, pode-se concluir que criptomoedas não poderiam, ao menos *a priori*, ser caracterizadas como ativo financeiro pois: (1) não geram qualquer passivo financeiro, visto que o agente que liquida suas criptomoedas apenas as transfere a terceiro. Isto é, o valor exprimido em criptomoedas não sai do patrimônio do proprietário, apenas passa a ser

---

[32] TELLES, Christiana M. S. Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação. 2018. Dissertação (Mestrado em Governança Regulatória, Instituições e Justiça) – **Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas**, Rio de Janeiro, 2018. Pag. 67.

[33] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Supervisão Baseada em Risco: Relatório Semestral Julho - Dezembro 2017**. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/planos/sbr/Relatorio_Semestral_julhodezembro_2017.pdf. Pag. 149. Acesso em 14 fev 2021.

[34] PÉRICO, Augusto *et al*. Evadindo divisas com bitcoins? Uma matriz para a avaliação do risco de prática de evasão de divisas. **Regulando Criptoativos**, São Paulo, Pag. 111, julho. 2020. Disponível em: https://9d0661cd-0601-457c-ae0b-aa9a345f2445.filesusr.com/ugd/f9bd0e_a373db4c924d43de9fab4d91a8baed8f.pdf. Acesso em 14 fev 2021.

representado por outro instrumento; e (2) não são fonte de obrigações, não criam vínculos de direitos e obrigações entre os usuários e, portanto, não podem constituir-se em créditos.[35]

Deste modo, a ausência de natureza cambiária e/ou mobiliária das criptomoedas impediria seu protagonismo como objeto do crime de lavagem, pois não se constituíram em bens, direitos ou valores aptos a serem derivados, direta ou indiretamente, de infrações penais, conforme dicção do Art.1º da Lei nº 9.613/98.

Sob outra perspectiva, ainda que se admitisse a hipótese de criptomoedas possuírem natureza cambiária/monetária, seria necessário enfrentar a possibilidade de tipificação de lavagem de capitais nas modalidades "ocultar" e "dissimular".

Partindo-se do pressuposto anteriormente apresentado, quando da explanação acerca das características das moedas digitais, de que as transações efetuadas estão todas disponíveis, publicamente, no *blockchain*, podendo-se identificar o remetente e o destinatário das operações, não haveria que se falar de ocultação de operações ilícitas – no sentido de esconder das autoridades públicas a existência da operação -, pela própria natureza do uso das criptomoedas.[36]

Acrescenta-se, ainda, que mesmo a utilização dos serviços de *mixing* não preenche os elementos inerentes à tipificação da ocultação de operações ilícitas, tendo em vista que estes serviços visam tão somente a confusão dos valores através da realização de diversas operações para um emaranhado de *wallets* diferentes, mas ainda assim preserva a publicidade dos remetentes e destinatários. Contudo, o uso dos referidos serviços poderia, em tese, indicar lavagem de capitais na modalidade "dissimular".

As transações de troca de criptoativos por moeda de curso legal, ou de criptoativos por outros criptoativos, ou simplesmente de criptoativos por bens também apresentam uma grande dificuldade de tipificação de lavagem tanto na modalidade "ocultar" quanto na modalidade "dissimular", pela própria rastreabilidade das transações, podendo-se identificar facilmente que houve a troca/transferência de ativos de uma *wallet* para outra.

Vale mencionar, por oportuno, brilhante apontamento da Profª Heloisa Estellita sobre o incremento do risco nas operações com criptomoedas, a seguir:

---

[35] Idem.

[36] ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1955. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955. Pag. 10.

> Finalmente, a operação de uma empresa de serviços com BTCs (as *exchanges*, no sentido da INRFB n. 1888/2019) pode, porém, gerar riscos de prática de lavagem, seja na modalidade de autoria, seja na de participação. Esses riscos estão especialmente associados aos operadores de *mixing-services*: para que BTCs ilegais sejam misturados, a disponibilidade sobre eles precisa ser transferida temporariamente ao provedor do *mixing-service*, o que poderia caracterizar a guarda para fins de ocultação ou dissimulação do nosso art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998 (...) [37]

Poder-se-ia concluir, portanto, que as criptomoedas oferecerem um sistema eletrônico-financeiro demasiadamente exposto à prática de lavagem de capitais, mas que, em razão da precária regulamentação legal dos aspectos que envolvem e operacionalizam as transações, pode se tornar um risco às impertinências advindas da necessidade de interpretações jurisprudenciais com base em referenciais distantes do ordenamento jurídico brasileiro.

5. Considerações finais

No curso do presente trabalho, objetivou-se a provocação e rediscussão de tema atual e de grande preocupação dos estudiosos das ciências criminais que, quando da análise de situações concretas, veem-se sem um norte normativo satisfatório para a análise de condutas danosas - e possivelmente criminosas - envolvendo o uso de criptomoedas como o Bitcoin.

Neste sentido, a ausência quase absoluta de uma legislação que regule de forma clara e segura o papel dos criptoativos na economia formal faz com que, na ausência da principal fonte do direito brasileiro, necessite-se do socorro interpretativo advindo da análise de ordenamentos jurídicos semelhantes, que possuam maior prática com o acelerado avanço tecnológico e suas influências na seara criminal.

Sendo assim, conforme se analisou no curso da presente explanação, a luz da escassa – porém cristalina e brilhante – doutrina e jurisprudência até então existentes sobre o tema, seria possível concluir que não há ainda, no ordenamento pátrio, dispositivos legais claros e acertados o suficiente para concluir pela configuração de práticas criminosas no uso de criptomoedas com o objetivo de lavar o proveito econômico de crimes antecedentes.

Tal conclusão deve-se ao fato de que, ao menos até o momento, os criptoativos não possuem qualquer natureza jurídica aceita de forma pacífica dentro do sistema financeiro

[37] ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1955. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955. Pag. 11.

nacional, apesar de ser um ativo utilizado para investimento e troca - muitas vezes anonimamente.

Desta forma, na falta de um padrão que consolide uma interpretação favorável ou não à pergunta central do presente trabalho – se é possível a lavagem de capitais com criptomoedas - , dever-se-ia concluir pela impossibilidade de seu uso como objeto material do crime em comento, haja vista que, conforme se explanou em linhas anteriores, não há um consenso quanto a sua natureza de moeda ou cambio, de ativo financeiro ou de fonte de obrigações.

Ante o exposto, e pelo que se pode concluir da ausência de natureza jurídica relevante a elas atribuídas, poderiam as criptomoedas ser comparadas ao dinheiro do Monopoly[38], que só tem valor dentro do jogo, em razão de seus usuários atribuírem valor a ele de maneira específica, em uma situação específica.

Portanto, seria possível a seguinte comparação, para melhor ilustrar a conclusão aqui apresentada: suponhamos que determinado grupo de pessoas – o qual denominar-se-á de "Grupo A" – comece a considerar que o dinheiro do Monopoly possui valor monetário real para as trocas realizadas entre os integrantes deste grupo, e o valor de cada unidade monetária cresce na medida em que os membros do grupo confiam mais na estabilidade desta moeda. Os integrantes do Grupo A realizando comprar e vendas entre si com o dinheiro do Monopoly, como financiar serviços entre eles, compra de bens, etc.

Ocorre que, em determinado dia, um ladrão de bancos que precisa lavar $10.000 em dinheiro procura um dos integrantes do Grupo A – o qual chamar-se-á de integrante X - e pede que ele fique com a quantia roubada, troque-a por dinheiro do Monopoly dentro do Grupo A e efetue diversas operações dentro do grupo, com o objetivo de dividir a quantia equivalente, dissimulando a origem do capital sujo que foi transformado em dinheiro do Monopoly.

Passado certo tempo após as operações, o integrante X é procurado pelo ladrão de bancos, que solicita que aquele transforme, dentro do grupo, o dinheiro dissimulado do Monopoly e devolva a este a quantia originariamente emprestada, em moeda de curso legal – retirando $2.000 pela efetuação do serviço de dissimulação.

[38] Jogo de tabuleiro em que os jogadores compram terrenos e demais empreendimentos imobiliários e visam aumentar a sua fortuna utilizando "dinheiro" feito de papel pintado que só tem valor dentro do jogo. No Brasil, é chamado de "Banco Imobiliário".

No contexto apresentado, o dinheiro do Monopoly são as criptomoedas – o Bitcoin, por exemplo – e o ladrão de bancos é um criminoso tentando lavar determinada quantia transformando-a em Bitcoin e contratando um serviço de *mixing*.

Deste modo, nota-se que não houve, em momento algum, a transformação do capital ilícito em outro capital para fins de mistura, pois o Bitcoin – ou dinheiro do Monopoly, no exemplo supra – nem ao menos é capital, câmbio ou ativo. Assim, não seria possível, ao menos em tese, a lavagem do capital ilícito pela sua transformação em criptomoedas. É como se, em realidade, o Bitcoin/dinheiro do Monopoly fosse um "não bem", impossibilitando sua transformação e, portanto, sua lavagem.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a nova lei 9.613/1998, com as alterações da lei nº 12.683/2012**. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 37.379 de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379. Acesso em 14 jan 2021.

BBC NEWS. "Por que a Tesla investiu US$ 1,5 bilhão em bitcoins e como isso pode afetar seu futuro ". 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-55997100. Acesso em 14 fev 2021.

BORTOLETTO, Ronaldo Rodrigues de Oliveira. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. n. 90, v. 15, 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Ofício Circular nº 1/2018. 12 de janeiro de 2018. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf. Acesso em 20 abr 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Supervisão Baseada em Risco: Relatório Semestral Julho - Dezembro 2017. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/planos/sbr/Relatorio_Semestral_julhodezembro_2017.pdf. Pag. 149. Acesso em 14 fev 2021.

CRIPTOFACIL. “Forbes: Bitcoin pode ser no século XXI o que foi o ouro no século XX”. 11 de maio de 2020. Disponível em: https://www.criptofacil.com/forbes-bitcoin-pode-ser-seculo-xxi-que-foi-ouro-seculo-xx/. Acesso em 1 mar 2021.

ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1955. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955.

EUROPEAN PARLIAMENT. Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead. Monetary dialogue July 2018. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf. Acesso em 14 jan 2021.

FILIPPETTO, Rogério. **Lavagem de dinheiro**. Rio Grande do Sul. Editora Lumen Iuris, 2011.

Infomoney. “Bitcoin salta mais de 270% em 2020, o que esperar para 2021? 9 especialistas respondem”. 28 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin-salta-mais-de-270-em-2020-o-que-esperar-para-2021-9-especialistas-respondem/. Acesso em 14 jan 2021.

KNIJNIK, Danilo. Transferências bancárias, propriedade criminosa e lavagem de dinheiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Rio Grande do Sul. Vol., nº 2, 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/69152/39041. Acesso em: 10 de jan. 2021.

LÓPEZ, Xesús Pérez. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la Unión Europea y en España. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha. n. 18, 3ª Época, 2017.

PÉRICO, Augusto et al. Evadindo divisas com bitcoins? Uma matriz para a avaliação do risco de prática de evasão de divisas. **Regulando Criptoativos**, São Paulo, Pag. 111, julho. 2020. Disponível em: https://9d0661cd-0601-457c-ae0b-aa9a345f2445.filesusr.com/ugd/f9bd0e_a373db4c924d43de9fab4d91a8baed8f.pdf. Acesso em 14 fev 2021.

PRADO, Luis Régis. Direito Penal Econômico. 6ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Slate. "A Florida Judge Ruled That Bitcoin Isn't Money". 26 de julho de 2016. Disponível em: https://slate.com/business/2016/07/florida-judge-rules-that-bitcoin-isnt-money.html. Acesso em 14 jan 2021.

STJ. Habeas Corpus nº 530.563/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis. Julgado em 5/03/20. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1919031&num_registro=201902596988&data=20200312&formato=PDF. Acesso em 14 jan 2021.

STJ, CC-161123, Rel. Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, DJE 05/12/2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661801952/conflito-de-competencia-cc-161123-sp-2018-0248430-4/inteiro-teor-661801962. Acesso em 22 jan 2021.

TECMUNDO. "WannaCry, o ransomware que fez o mundo chorar na sexta-feira (12)". **Tecmundo**. 12 de maio de 2017. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/malware/116652-wannacry-ransomware-o-mundo-chorar-sexta-feira-12.htm. Acesso em 14 jan 2021.

TELLES, Christiana M. S. Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação. 2018. Dissertação (Mestrado em Governança Regulatória, Instituições e Justiça) – **Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas**, Rio de Janeiro, 2018.

UOL. "Rússia afirma que Bitcoin é usada para pagar crimes anônimos". 18 de janeiro de 2021. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/01/18/russia-afirma-que-bitcoin-e-usada-para-pagar-crimes-anonimos.htm. Acesso em 1 mar 2021.

Os efeitos da falta de cooperação e coordenação entre os órgãos legitimados a firmar acordo de leniência

Lorena Bitello

Sumário: Introdução. 1. A leniência no brasil: análise do acordo de leniência previsto no art. 16 da lei anticorrupção. 2. As principais dificuldades e fragilidades da leniência anticorrupção. 3. Análise de caso: os efeitos práticos da descoordenação institucional. 3.1. Acordo de leniência da odebrecht e da andrade gutierrez – exemplificando a problemática da descoordenação institucional. 4. Conclusão

Resumo: O presente estudo detém como objetivo específico a análise da problemática da insegurança jurídica causada às lenientes devido à ausência de cooperação e coordenação entre os órgãos com a competência para celebrar o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção. Para tanto, será abordado brevemente os tipos de leniência existentes no Brasil e as principais dificuldade e fragilidades da leniência anticorrupção, as quais precedem e justificam, em parte, a notória descoordenação institucional existente.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Direito Penal Econômico. Descoordenação Institucional. Dupla Imputação. Lei Anticorrupção. Microssistema Anticorrupção.

Abstract: The present essay aims to analyze the issue regarding the legal uncertainty caused to collaborating companies due to the lack of cooperation and coordination between the bodies that have legal grounds and/or are legally assigned to enter into a leniency agreement. For this purpose, the essay will briefly describe the types of leniency existing in Brazil and the main difficulties and weaknesses of the anti-corruption leniency, which precede and justify, in part, the crystal clear institutional disorganization when it comes to leniency agreements.

Key words: Leniency agreement. Criminal Economic Law. Institutional Disorganization. Double Charging. Anti-corruption Law. Anti-Corruption Microsystem.

---

1. Introdução

A figura do acordo de leniência ganhou notório destaque com a Lei nº 12.846/2013 ("Lei Anticorrupção" ou "Lei da Empresa Limpa"), a qual foi publicada em meio a cenário de forte crise econômico-política que o Brasil enfrentava[1], como certa forma de resposta ao anseio punitivista da população, que ansiava pelo fim da dita "cultura da impunidade"[2].

Ainda em meio ao cenário de crise institucional que se instaurava no país, foi também deflagrada, em março de 2014, a maior operação anticorrupção do mundo, a Operação Lava Jato. Entretanto, apesar de incontestável a importância do combate à corrupção e aos crimes de colarinho branco, a persecução oriunda da dita Operação, tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas, foi alvo de diversas críticas[3].

Nesse sentido, formou-se um cenário no qual as denúncias eram muitas e vinham de múltiplas frentes, o que fez com que diversas pessoas físicas e jurídicas se vissem na necessidade de recorrer à justiça negocial – no caso das pessoas físicas, através da delação premiada e no caso das pessoas jurídicas, através do acordo de leniência. Especificamente em relação a esse último, é cediço que nem sempre sua assinatura trouxe bons frutos para as empresas.

O instituto, que não é uma novidade no ordenamento jurídico pátrio[4], foi inserido na legislação brasileira em meados dos anos 2000, através da modificação trazida pela Lei nº 10.149/2000 à antiga Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 8.884/19945. De todo modo, duas décadas após sua introdução na normatividade pátria, a aplicação do instituto ainda enfrenta inúmeros questionamentos e dificuldades.

---

[1] XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de *compliance* anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13: elementos e estudo de caso**. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. Pag.33.

[2] TOJAL, Sebastião Botto de Barros. TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **A Leniência Anticorrupção**: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. Colaboração Premiada. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. Pp. 238-254.

[3] PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107, 2017. P. 95 e p. 105.

[4] GRECO FILHO, Vicente e 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)** – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, p. 185.

[5] ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016, P. 54.

Apesar da referência à leniência como um único instituto, é mister ressaltar que no Brasil há, atualmente, três modalidades de leniência: (i) a leniência anticoncorrencial, prevista: na Lei nº 12.529/2011 (também conhecida como Lei do CADE); (ii) a leniência que aqui será chamada de anticorrupção – voltada para a prática de atos lesivos à administração pública -, prevista na Lei Anticorrupção (art. 16) e, por fim, a leniência também prevista na Lei Anticorrupção (art. 17), mas voltada exclusivamente à prática de atos ilícitos previstos na Lei nº 14.133/2021 – "Lei de Licitações".

A despeito das semelhanças existentes entre os institutos, há uma crucial diferença, especificamente entre a leniência anticoncorrencial e a leniência anticorrupção, que é a principal responsável pela origem da problemática ora abordada: enquanto a entidade competente para firmar a leniência concorrencial é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), existe uma multiplicidade de órgãos competentes para firmar a leniência anticorrupção prevista no art. 16 da Lei Anticorrupção.

Tal multiplicidade, somada aos requisitos legais da leniência anticorrupção, promove um cenário de extrema instabilidade – e possível desincentivo - quanto à assinatura do acordo de leniência: os muitos órgãos potencialmente interessados em firmar o acordo são, também, os órgãos com competência administrativo sancionatória e criminal (quanto às pessoas físicas). Dessa forma, assinar acordo de leniência não exime a leniente de ser responsabilizada em outros âmbitos, tampouco previne a responsabilização das pessoas físicas responsáveis pelos atos ilícitos.

Em vista do cenário acima mencionado, o presente artigo pretende refletir sobre os efeitos dessa ausência de coordenação e cooperação, visando abordar os efeitos promovidos pela insegurança jurídica oriunda dessa situação, que pode afetar – e afeta - a efetividade e a atratividade do programa de leniência anticorrupção.

Para tanto, o artigo se dividirá em quatro capítulos, que serão estruturados da seguinte maneira: Capítulo I – O acordo de leniência da Lei Anticorrupção, no qual será abordado, brevemente, sobre as origens do instituto no Brasil para, então, passar à análise da leniência prevista na Lei Anticorrupção, o que necessariamente perpassará pelo contexto sociopolítico que é intrínseco à aprovação da própria lei.

Em seguida, o Capítulo II abordará as principais dificuldades e fragilidades da leniência anticorrupção – as quais, muitas vezes, só puderam ser de fato sentidas com a sua aplicação prática. Após análise geral das fragilidades e dificuldades enfrentadas, passar-se-á à análise

específica do problema que aqui pretende ser estudado: os efeitos da ausência de cooperação entre os órgãos legitimados à assinatura da leniência.

Assim, o Capítulo III tratará de forma específica do objeto central de estudo deste artigo e trará exemplos de casos nos quais é evidente o efeito problemático da ausência de coordenação dos órgãos competentes, culminando em extrema insegurança jurídica sofrida pelas lenientes. À título de exemplificação, serão abordados casos em que, apesar da assinatura da leniência (com a previsão de uma multa global), as empresas foram submetidas a outras áreas de responsabilização – as quais, por vezes, culminaram em valores semelhantes aos assumidos no acordo assinado.

Por fim, a conclusão do presente estudo trará uma reflexão geral sobre o impacto dos efeitos da falta de cooperação/coordenação na seara da leniência. Pretende-se trazer ao leitor considerações sobre outros efeitos não tão óbvios quanto a múltipla imputação e persecução da empresa leniente, tais como os efeitos que a assunção de culpa – exigência no âmbito da leniência – pode ter na esfera privada para a empresa protagonista do acordo.

2. A leniência no brasil: análise do acordo de leniência previsto no art. 16 da lei anticorrupção

Forte representante da justiça consensual, a primeira noção de acordo de leniência nos moldes como o instituto é conhecido hoje tem sua origem na década de 70, nos Estados Unidos, especificamente na Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, o *Department of Justice* norte-americano[6].

Tal qual nos Estados Unidos, a primeira modalidade de leniência brasileira também nasceu no âmbito do direito antitruste – incluída nos anos 2000 na Lei de Defesa da Concorrência de 1994, a leniência anticoncorrencial surgiu como uma possibilidade de acordo realizado entre a União e particulares investigados por esquemas que infringiam a ordem econômica brasileira, totalmente inspirado no modelo estadunidense de leniência.

Nova modificação surgiu e a Lei de Defesa da Concorrência de 1994 foi parcialmente revogada, dando origem à nova Lei que regulamentava o abuso de poder econômico e a defesa da concorrência no Brasil, a Lei do CADE.

[6] MELO, Danusio Roriz, FLOR, Sandro Judá Carneiro. A aplicabilidade do acordo de leniência na lei anticorrupção. **Revista Jus Navigandi**. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71811.

Inspirada na leniência anticoncorrencial, a leniência anticorrupção é um dos principais mecanismos para detecção, persecução e punição das práticas ilícitas objeto da Lei Anticorrupção[7]. Entretanto, os institutos possuem âmbitos de atuação deveras distintos: enquanto o regime de leniência do CADE visa combater os carteis e trata de delitos que, apesar de terem o condão de afetar a administração pública, se perfazem em relações privadas, os ilícitos previstos na Lei Anticorrupção ocorrem impreterivelmente no seio de relações público-privadas. Em suma, nas palavras de Modesto Carvalhosa, em obra sobre a Lei Anticorrupção: "[...] a Lei do Cade visa restaurar a moralidade do mercado, enquanto a presente Lei [em referência à Lei Anticorrupção] visa restaurar a modalidade do Estado"[8].

Após a incorporação do acordo de leniência anticoncorrencial no ordenamento jurídico brasileiro para auxiliar na obtenção de provas de infrações à ordem econômica e livre concorrência, a Lei Anticorrupção, observando os benefícios do instituto, também incluiu previsão semelhante. Assim, ampliou-se a capacidade investigativa do Estado através do usufruto da colaboração voluntária da pessoa jurídica que praticou o ato ilícito, colaboração esta que permite a melhor compreensão dos fatos e circunstâncias relacionados ao ilícito, além da identificação de outros envolvidos e do acesso a provas que dificilmente seriam obtidas pelos métodos tradicionais[9].

Representante do direito consensual, o aspecto colaborativo do acordo de leniência do art. 16 da Lei Anticorrupção, é evidente, promovendo resultados que a investigação, por si só, provavelmente não seria capaz de atingir.[10]

A leitura do art. 16, *in verbis*, não permite interpretação distinta da acima mencionada:

> Lei nº 12.846/2013
>
> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

---

[7] BOTELHO, Ricardo Franco, MACHADO, Luiza Andrade e BACCHI, Fabiana Mesquita. **As principais características e desafios do acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar. São Paulo: LiberArs, 2015. Pp. 67-82. P. 68.

[8] CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. P. 373.

[9] ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013 [livro eletrônico] / Aloísio Zimmer. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I : administração pública ; volume 9. (Irene Patrícia Nohara, Fabrício Motta, Marco Praxedes, coordenação). Página eletrônica RL-1.6.

[10] BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Manual de responsabilização administrativa de pessoa jurídica**. Brasília: CGU, 2016. p. 91-92. Disponível em: <www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas>.

> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
>
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Assim, de acordo com o reconhecido do viés colaborativo do acordo de leniência, este só poderá ser celebrado caso a pessoa jurídica colabore de forma efetiva com as investigações. Além disso, o legislador determinou que o leniente precisa (i) identificar demais envolvidos na infração e (ii) obter documentos que comprovem o ilícito apurado.

Esse requisito mínimo de efetividade da leniência se justifica, pois, a maior beneficiada pelo acordo deve ser, ao fim, a administração pública – os benefícios concedidos ao leniente consistem apenas em incentivos para que haja colaboradores, mas a norma não foi pensada para reduzir a penalidade das lenientes. No ensinamento de Valdir Simão e Marcelo Pontes Vianna, "o elemento fundamental para a celebração do acordo de leniência deve ser sempre a busca pelo aumento da capacidade investigativa do Estado para, desse modo, alcançar maior punição dos atos de corrupção".[1112]

Para não tratar de forma exaustiva sobre todos os aspectos do acordo de leniência anticorrupção, além do pré-requisito para a efetividade do acordo – mencionado nos parágrafos acima -, focar-se-á aqui nos itens mais relevantes relacionados ao instituto, todos eles disciplinados nos parágrafos do art. 16.

O art. 16, §1º, é responsável por listar os requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente de forma a permitir a celebração da leniência. São estes: (i) que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar com a apuração do ilícito – o que, na prática já foi inúmeras vezes flexibilizado; (ii) que a pessoa jurídica cesse seu envolvimento na infração investigada a partir da propositura do acordo e (iii) que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere com as investigações – um dos requisitos mais polêmicos da leniência, conforme será abordado em capítulo posterior.

Quanto aos benefícios proporcionados pela assinatura do acordo de leniência, estes estão elencados no art. 16, §2º, da Lei Anticorrupção. Formalmente, há três tipos de benefício para a pessoa jurídica leniente: (i) a redução em até dois terços da multa sancionatória do art.

[11] SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 61; CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n.º 12.846 de 2013. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 379-380.
[12] ZIMMER, Aloísio. Op. cit. Página eletrônica RL-1.6

6º, I, da Lei; (ii) a não publicação da decisão condenatória e (iii) a possibilidade de a pessoa jurídica colaboradora continuar a receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do Poder Público, conforme não ocorreria sem a celebração do acordo de leniência (art. 19, IV, da Lei Anticorrupção).

Em contrapartida, mesmo com a assinatura do acordo de leniência, cumpre ressaltar que persiste a obrigatoriedade de reparação integral do dano, como bem previsto no art. 16, §3º. Além disso, é imperioso ressaltar que tampouco a leniência como a reparação integral do dano garante que não haverá persecução da pessoa jurídica – até mesmo na esfera administrativa.

Isto é: a responsabilização da pessoa jurídica ainda é possível em outros cenários, tais como na esfera de competência de outros órgãos que não assinaram o acordo, como ocorre com o Tribunal de Contas da União ("TCU") por exemplo, e por meio de ação de improbidade administrativa, usualmente ajuizada pelo Ministério Público (caso o ilícito configure ato de improbidade do agente público em concorrência com o particular), sem contar a possibilidade de responsabilização das pessoas físicas relacionadas à empresa leniente. E é justamente nesse aspecto que reside a problemática objeto do presente artigo.

O último – e talvez um dos mais controversos - pontos a ser mencionado sobre a leniência anticorrupção diz respeito à competência para firmar o acordo. Em um primeiro olhar, contudo, o tema não parece controverso. Afinal, a letra da lei é clara: o art. 16, §10, prevê que a Controladoria-Geral da União ("CGU") é o órgão competente para celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal.

Entretanto, na prática, sabe-se que não é a CGU o único órgão da administração pública a celebrar acordos de leniência. Ainda que explícita a competência da CGU, o Ministério Público Federal ("MPF") defendeu, em Estudo Técnico nº 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão ("5ª CCR") – Combate à Corrupção, que a instituição possui legitimidade para firmar acordos de leniência[13]. Em suma, defende o Ministério Público que, por ser o titular da ação penal e responsável por dar início à diversas ações de improbidade administrativa, a ausência de celebração de acordo com o órgão pode promover grande desincentivo às lenientes. Afinal, que empresa gostaria de se sujeitar a acordo de leniência milionário para depois se ver ré em ação de improbidade administrativa?[14]

[13] IBIDEM.

[14] Ressalta-se que o exemplo consiste em possibilidade bastante verossímil, tendo em vista que dentre os próprios benefícios positivados da leniência não está – e nem poderia – a certeza de que não haverá ação cível-administrativa contra a leniente

É justamente desse art. 16, §10º e da forma como a legitimidade para celebrar acordo de leniência foi disciplinada na Lei Anticorrupção que nascem os efeitos negativos da ausência de coordenação e cooperação entre os órgãos legitimados a firmar acordo de leniência. O art. 16, §10, que prevê legitimidade exclusiva da CGU, não tem eficácia prática. Isso porque é sabido que inúmeros acordos de leniência têm sido firmados com outros órgãos, como é o caso da Advocacia-Geral da União ("AGU") e do MPF, por exemplo.

No caso da AGU, pode-se dizer que o órgão editou regulamentação focada na construção de uma cooperação interinstitucional, uma vez que regulamentou sua participação na celebração de acordos de leniência por meio da Portaria Conjunta nº 4/2019[15], a qual prevê, em resumo, que a CGU e a AGU atuarão em conjunto no processo de assinatura da leniência anticorrupção.

Entretanto, a inexistência de uma cooperação interinstitucional que abranja todos os órgãos com competência administrativo sancionatória parece inócua, tendo em vista que o risco de responsabilização continua a ser existente.

Apesar do protagonismo do MPF no tema devido à possibilidade de ajuizar ação de improbidade administrativa quando o acordo for celebrado apenas pela CGU e AGU – e os fatos ilícitos narrados, caso praticados em concorrência com agentes públicos, também forem objeto da Lei de Improbidade Administrativa -, outro órgão que também assume certa liderança nos debates quanto ao tema é TCU.

Assim, passa-se agora à análise dos principais objetos de crítica e das principais fragilidades do acordo de leniência.

3. As principais dificuldades e fragilidades da leniência anticorrupção

Como retratado acima, parece árdua a tarefa de tratar das características da leniência anticorrupção sem tratar das dificuldades do instituto. Isso porque os desconcertos são intrínsecos à própria forma de regulação da leniência do art. 16 da Lei Anticorrupção, de modo que as características, por algumas vezes, representem também os pontos controversos.

Conforme já mencionado, o acordo de leniência foi importado para o Brasil baseado no modelo dos Estados Unidos. Entretanto, como são muitas as diferenças entre os ordenamentos

[15] ZIMMER, Aloísio. Op. cit. Página eletrônica RL-1.6

jurídicos, houve – e ainda há – uma dificuldade de adaptação do modelo adquirido[16]. De acordo com Rafaela Canetti, a criação e estruturação de programas de leniência no Brasil "não parece ter sido realizada de forma atenta aos seus pressupostos e fundamentos teóricos. Tampouco foi precedida da necessária harmonização entre o instituto da leniência e o arcabouço normativo e institucional preexistente no ordenamento jurídico"[17].

A falta de harmonização mencionada acima é a principal dificuldade da leniência anticorrupção, tendo em vista que, ainda nas palavras de Canetti, a descoordenação institucional "[...] pode culminar na redução da utilidade e eficácia do instituto, seja porque ele não oferece os devidos e suficientes incentivos para a cooperação do particular, seja porque não garante que, ainda que atrativos, tais acordos serão efetivamente cumpridos pelo Poder Público" [18].

Apesar ser uma relevante dificuldade enfrentada pelo instituto da leniência, a falta de harmonização é, na realidade, desencadeada por outras questões relacionadas tanto à estruturação como à aplicação do instituto[19], tais como: (i) a multiplicidade de órgãos com atribuições sancionatórias no combate à corrupção e proteção da moralidade administrativa; (ii) a ausência de previsão de imunidade criminal das pessoas físicas relacionadas à empresa leniente; (iii) a celebração de acordos de leniência com órgãos que não tem legitimidade expressa na Lei Anticorrupção, como é o caso do MPF e, por fim, (iv) a influência do TCU sobre a leniência celebrada por outras autoridades.[20]

Cumpre ressaltar que os itens (ii), (iii) e (iv) são todos desdobramentos do item (i), que representa o centro das críticas e dificuldades quando o tema é acordo de leniência. De acordo com Julia Lavigne – autora que estudou o tema da descoordenação institucional no âmbito do

---

[16] RIBEIRO, Julia Lavigne. **O acordo de leniência da lei anticorrupção e a descoordenação institucional**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28880/Julia%20Lavigne%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[17] CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2018. P. 20.

[18] IBIDEM.

[19] RIBEIRO, Julia Lavigne. Op. cit. p. 62.

[20] RIBEIRO, Julia Lavigne. Op. cit. p. 66. Nas palavras de Julia Lavigne, *"Além da lacuna deixada pela Lei Anticorrupção, foram identificados três fatores que teriam contribuído sobremaneira para a ausência de coordenação hoje verificada. O primeiro deles diz respeito à inexistência de previsão de imunidade criminal aos administradores e empregados da empresa leniente, o que teria enfraquecido a autoridade da Controladoria-Geral da União como órgão responsável por celebrar o acordo de leniência. Em segundo lugar, a atuação proativa do Ministério Público ao se utilizar do instrumento sem que houvesse previsão expressa pela Lei Anticorrupção também contribuiu para acirrar as disputas entre os órgãos de controle. Por fim, o comportamento do Tribunal de Contas da União, ao insistir em exercer influência sobre os acordos de leniência celebrados por outras autoridades, também concorreu para o cenário de descoordenação existente."*

acordo de leniência em dissertação apresentada em mestrado da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, a sobreposição ocorre devido à previsão dos ilícitos da Lei Anticorrupção como ilícitos em outras esferas do direito, o que naturalmente atrai a competência dessas autoridades para investigarem e perseguirem os mesmos atos[21].

A competência que diversos órgãos têm para atuar no combate à corrupção, seja através do controle de contas, seja através do monitoramento de atividades financeiras ou qualquer outra atividade que vise, como fim, o combate à corrupção, promoveu a criação, no Brasil, de um microssistema de combate à corrupção.

A compreensão das competências dos principais órgãos atuantes no combate à corrupção – aqui compreendidos como CGU, TCU e MPF, a nível federal – é importante para se entender a problemática da falta de coordenação entre eles na celebração da leniência, uma vez que permitem uma visão ampla das penalidades que cada órgão pode aplicar, permitindo o entendimento dos riscos aos quais a leniente fica exposta quando não há a anuência de algum desses órgãos ao acordo celebrado.

É imprescindível se ter em mente que, ao analisar as competências de cada órgão, estar-se-á analisando, também, o que a leniência oferece às empresas a nível de eximi-las de responsabilização. Isto é: se ao MPF cabe ajuizar ação de improbidade, ele pode negociar com a empresa leniente que não instaurará tal ação. Assim como se à CGU cabe instaurar Processo Administrativo de Responsabilização ("PAR"), ela poderá negociar essa competência igualmente na leniência.

Em relação à CGU, o órgão foi criado pela Lei nº 10.683/2003 – atualmente revogada - , a qual incluiu, inicialmente, a prevenção e o combate à corrupção como uma das competências da instituição. Atualmente, as competências da CGU são definidas pela Lei nº 13.844/2019, a qual prevê, em seu art. 51, inc. I, que cabe à CGU tomar as "providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e o incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal".

Dentre os procedimentos que podem ser instaurados ou avocados pela CGU no combate à corrupção, estão elencados no art. 51, § 5º, da Lei nº 13.844/2019, processos da Lei de Improbidade e da Lei Anticorrupção, além de "outros a serem desenvolvidos ou já em curso

[21] RIBEIRO, Julia Lavigne. Op. cit. P. 29.

em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados à lesão ou à ameaça de lesão ao patrimônio público."[22]

Assim, consectário lógico que, como órgão legitimado a assinar acordo de leniência, conforme art. 16, §10, da Lei Anticorrupção, a CGU têm competência para incluir no acordo que deixará de instaurar, em detrimento do cumprimento da leniência, os procedimentos acima mencionados.

Entretanto, alguns dos procedimentos não são de competência exclusiva da CGU – e há outros que visam combater os mesmos ilícitos que são de competência exclusivas de outros órgãos, tal como ocorre com o Ministério Público.

Nesse sentido, quanto à competência do Ministério Público no combate à corrupção, são inúmeras as suas fontes, sendo as mais relevantes para o presente estudo as seguintes: (i) competência quanto à possibilidade do órgão ajuizar ação de improbidade administrativa (o art. 17, §4º, da Lei nº 8.429/1992, determina a participação obrigatória do Ministério Público nas ações de improbidade, se não como quem propõe a ação, como fiscal da lei); (ii) competência para ajuizar ações penais, tendo em vista que é o titular da ação penal pública, na forma do art. 257 do Decreto-Lei nº 3.689/1941, (Código de Processo Penal) e, por fim, a (iii) a competência elencada no art. 19 da Lei Anticorrupção, que considera o Ministério Público como um dos legitimados a responsabilizar judicialmente a pessoa jurídica que pratica algum dos ilícitos previstos no diploma legal.

Entretanto, não há previsão legal na Lei Anticorrupção que possibilite ao MPF a celebração de acordos de leniência. De todo modo, tal como preconizado por Lavigne, existe um cenário favorável para a celebração de acordo com o MPF, tendo em vista a gama de procedimentos e investigações que podem ser iniciados pelo órgão.[23]

A possibilidade de celebração do acordo também com o MPF é essencial para a eficácia da leniência, porque a Lei Anticorrupção não previu – e nem poderia, já que não incluiu o MPF como órgão legitimado a celebrar a leniência – imunidade criminal aos administradores e empregados da leniente.

Como mencionado, são requisitos da leniência a identificação dos envolvidos na infração e a confissão da participação no ilícito (art. 16, incs. I e III, da Lei Anticorrupção). De

[22] BRASIL. Lei nº 13.844 de 18 de junho de 2019. Art. 51. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm.
[23] RIBEIRO, Julia Lavigne. Op. cit. P. 45.

todo modo, apesar de a Lei Anticorrupção ser voltada para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, é cediço que existe, invariavelmente, uma pessoa física por trás da prática do ilícito, tendo em vista que empresas não têm o condão de atuar com seu próprio *animus.* Dessa maneira, levando em consideração que a pessoa jurídica cumprirá os requisitos, admitirá sua participação e identificará os indivíduos, a celebração de acordo exclusivamente com a CGU expõe os diretores e empregados da leniente a risco desmedido na esfera criminal, esfera sobre a qual o órgão ministerial tem total poder (no âmbito da administração pública federal).

Assim, um acordo de leniência sem o MPF tem o condão de prejudicar severamente a efetividade e a segurança jurídica do instituto, sem falar na falta de atratividade ocasionada pela possibilidade de ter as pessoas físicas responsabilizadas.[24]

Por fim, quanto ao TCU, sua atribuição no combate à corrupção decorre indiretamente, uma vez que é oriunda de previsão constitucional, que, em seu art. 71, deu ao órgão a responsabilidade de auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização externa, competindo ao órgão, dentre outras funções, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público"[25].

Em vista dessa competência, vê-se que a principal atuação do Tribunal dentro da esfera de combate à corrupção se dá, sobretudo, através da fiscalização da aplicação de recursos da União e de empresas das quais a União é acionista, tal como Petrobras e Eletrobras, por exemplo.

---

[24] Note que um acordo de leniência celebrado com o MPF não necessariamente eximirá as pessoas físicas de responsabilização criminal, mas o órgão tem demonstrado interesse em atuar dessa maneira, como visto nos acordos de leniência celebrados com a SOG, Camargo Corrêa e Odebrecht. Enquanto a leniência da SOG foi subscrita por pessoas físicas, na leniência da Camargo Corrêa e da Odebrecht foi dada a possibilidade de as pessoas físicas subscreverem posteriormente. Ademais, a subscrição por pessoas físicas foi objeto da Nota Técnica nº 1/2017 do MPF. Nesse sentido: "A extensão subjetiva da negociação às pessoas físicas, para incluí-las nas tratativas acertadas com a pessoa jurídica, envolvida ou beneficiada pelas práticas ilícitas e qualificada para a colaboração, mostra-se relevante e útil, conforme o caso. Embora possa integrar estratégia adotada pela(s) parte(s) em cada caso, tal elastecimento move-se por razões de ordem prática e jurídica. Reafirme-se aqui, por oportuno, o que já exposto quanto à configuração do Ministério Público enquanto legitimado exclusivo da ação penal pública". Ministério Público Federal, **Nota Técnica nº 1/2017**, p. 13. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf

[25] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Título IV – Da organização dos poderes. Seção IV – Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Art. 71. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10.02.2021.

No que tange à Lei Anticorrupção, não há qualquer menção à atuação do TCU no controle dos acordos celebrados pela CGU o que, somado às competências inerentes do órgão, gerou um cenário de imensa instabilidade jurídica.

Em primeiro lugar, porque o órgão pode, independentemente da realização de leniência, investigar e responsabilizar pessoas físicas e jurídicas por atos que causem danos ao erário (art. 1º, I, da Lei nº 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU), podendo, inclusive, declarar a inidoneidade de licitantes caso verificada a ocorrência de fraude à licitação (art. 46 da Lei Orgânica do TCU).

Em segundo lugar, porque o TCU criou para si, através da Instrução Normativa 83/2018/TCU, certo controle sobre os acordos de leniência, determinando que seja haverá fiscalização sobre os acordos de leniência e que o Tribunal poderá, a qualquer tempo, requerer informações e documentos relativos às fases do acordo de leniência. O TCU ainda determinou que poderá responsabilizar as autoridades celebrantes do acordo de leniência caso incluam cláusulas ou condições que limitem ou dificultem a atuação do TCU, inclusive cláusulas que dificultem a execução de títulos executivos oriundos das deliberações do órgão.[26]

É tamanha a falta de cooperação entre os órgãos que, em 2020, na tentativa de amenizar os efeitos danosos da descoordenação existente, foi amplamente noticiada a tentativa de um acordo de cooperação técnica – o qual deu origem ao Termo de Cooperação Técnica, assinado pelo Supremo Tribunal Federal ("STF"), TCU, AGU, CGU e Ministério da Justiça e Segurança Pública ("MJSP")[27].

---

[26] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria 83/2018/TCU**, de 12 de dezembro de 2018. Arts. 1º, 2º caput e §2º, e arts. 3º e 4º, caput e parágrafo único:

"Art. 1º A autoridade celebrante dos acordos de leniência objeto desta instrução normativa deverá, em até cinco dias úteis, informar ao Tribunal de Contas da União a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano de que trata o art. 13 da Lei 12.846/2013, bem como de procedimento administrativo para celebração de acordo de leniência, previsto no art. 16 do referido diploma legal.

Art. 2º O Tribunal de Contas da União poderá requerer, a qualquer tempo, a fim instruir os processos de controle externo, informações e documentos relativos às fases do acordo de leniência;

[...]

§ 2º No âmbito do Tribunal de Contas da União, sob pena de falta grave, as autoridades e servidores que tiverem acesso aos documentos, relativos a acordos de leniência, deverão zelar pela confidencialidade das informações, sendo a eles aplicado procedimento que lhes assegure o sigilo.

Art. 3º A fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre os acordos de leniência seguirá, no que couber, o rito das demais ações de controle e será realizada de acordo com as diretrizes do Plano de Controle Externo, considerando os critérios de risco, materialidade e relevância.

Art. 4º As autoridades celebrantes do acordo de leniência poderão ser responsabilizadas pela inclusão de cláusulas ou condições que limitem ou dificultem a atuação do Tribunal de Contas da União, bem como a eficácia e a execução de suas decisões, nos termos da Lei 8.443, de 1992.

Parágrafo único. Estão abrangidas pelo disposto nocaputas cláusulas que impeçam ou dificultem a execução judicial dos títulos executivos constituídos pelas deliberações do Tribunal de Contas da União."

[27] Termo de Cooperação Técnica, 6 de agosto de 2020. Disponível em:

Apesar de louvável a tentativa de criar uma atmosfera cooperativa, a necessidade de existência desse termo escancara a situação atual do acordo de leniência no Brasil. Além disso, cumpre ressaltar que o Termo recebeu inúmeras críticas por contar com a ausência do MPF, uma vez que o órgão optou por não assinar o acordo por entender que as provisões limitam inconstitucionalmente a atuação cível do órgão ministerial no combate à corrupção, fazendo com que persistam os mesmos problemas já apontados quanto à necessidade de participação do *parquet* para aumentar a atratividade do instituto[28].

Analisadas as fragilidades do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, passa-se agora à análise dos casos práticos que bem refletem a insegurança jurídica oriunda da descoordenação institucional.

4. Análise de caso: os efeitos práticos da descoordenação institucional

Conforme já mencionado neste estudo, apesar de a competência para celebrar acordo de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal prevista no art. 16, §10º da Lei Anticorrupção ser da CGU, uma análise sistemática do arcabouço legal relativo ao tema permite concluir que a celebração da leniência por órgãos como MPF e AGU não apenas é possível como vem ocorrendo na prática.

Entretanto, a Lei Anticorrupção não previu nenhuma orientação de coordenação para o órgão que celebrará o acordo de leniência, desconsiderando a multiplicidade de entidades responsáveis pela persecução de atos de corrupção.

Consectário lógico, portanto, que a falta de coordenação ocasionaria insegurança jurídica às lenientes. Desse modo, para analisar de forma prática a problemática que o presente artigo se propôs a estudar, foram selecionados dois casos emblemáticos nos quais é possível ilustrar com clareza os efeitos da descoordenação institucional: Odebrecht S.A. ("Odebrecht") e Andrade Gutierrez S.A. ("Andrade Gutierrez"), as quais tiveram seus acordos inicialmente assinados com o MPF ameaçados pelo TCU e, também, tiveram que envolver posteriormente outros atores em novas leniências para não ficarem desprotegidas.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo6agosto.pdf

[28] DINO, Nicolao. **Leniência** – cooperação e parâmetros para [in]segurança jurídica. JOTA [sítio eletrônico]. São Paulo, 25 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cooperacao-e-parametros-para-inseguranca-juridica-25082020.

4.1 Acordo de leniência da Odebrecht e da Andrade Gutierrez – exemplificando a problemática da descoordenação institucional

Em marco de 2016, a Andrade Gutierrez celebrou acordo de leniência com o MPF[29], comprometendo-se a devolver R$ 1 bilhão aos cofres públicos. A empresa se comprometeu a fornecer documentos relativos aos atos ilícitos praticados e, em troca, o MPF se comprometeu a não ajuizar ações de natureza cível em face da empresa, prepostos e acionistas, bem como não ajuizar ação criminal em face das pessoas físicas envolvidas[30].

Em que pese a homologação do acordo pelo Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba em maio de 2016, o TCU prolatou, em 22 de março de 2017, o acórdão nº 483/2017, no âmbito do processo 016.991/2015-0, que trata de auditoria de conformidade nos contratos de montagem eletromecânica da usina termonuclear de Angra 3, do qual a Andrade Gutierrez (e a Odebrecht, como será mencionado adiante) é parte, condicionando a validade da leniência ao que ficou conhecido como "*recall* dos acordos de leniência"[31]

Quanto à consideração da leniência na aplicação da sanção de inidoneidade, o TCU decidiu, em suma, que a celebração desses acordos e outras formas de colaboração não afastam o Tribunal de suas funções e que "as colaborações de hoje não reparam, por si só, os vultosos montantes que, desviados dos cofres públicos, deixaram de atender às necessidades mais básicas da população"[32].

O TCU não desconsiderou por total o acordo de leniência realizado, mas criou um instituto do "*recall* dos acordos de leniência"[33], através do qual o Tribunal criou condicionantes para que a sanção de inidoneidade não seja aplicada – sem falar na possibilidade declarada pela Corte de Contas de as lenientes virem a responder por débitos apurados futuramente em eventual tomadas de conta especial.

Assim, o TCU condicionou a não aplicação da sanção de inidoneidade à Andrade Gutierrez, Odebrecht e outras lenientes a fatores como por exemplo a cooperação junto ao TCU

[29] Termo de Leniência disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wpcontent/uploads/sites/41/2016/05/acordolenienciaandrade.pdf.
[30] RIBEIRO, Julia Lavigne. Op. cit. P. 52
[31] IBIDEM.
[32] TCU. TC nº 016.991/2015-0. J. em 22.03.2017. Ministro Relator Bruno Dantas. Parágrafos 83 a 90.
[33] RIBEIRO, Julia Lavigne. Op. cit. P. 55

(inclusive com assunção de culpa perante o Tribunal), os quais não estavam inicialmente previstos no âmbito da leniência.

Vê-se, portanto, que a Corte de Contas excedeu – e muito – a previsão inicial do acordo de leniência, criando condicionantes demasiado severas sob a ameaça de que, se não cumpridas, poderiam levar à inidoneidade da leniente, o que poderia inclusive inviabilizar o cumprimento do acordado.

Em face decisão, a Andrade Gutierrez impetrou mandado de segurança perante o STF, contra ato coator do TCU, requerendo liminarmente a suspensão do TC nº 016.991/2015-0 ou, alternativamente, que o TCU se abstivesse de declarar a inidoneidade da empresa enquanto houvesse o cumprimento do acordo de leniência. Como o caso é deveras semelhante ao da Odebrecht, o racional

A segurança foi concedida em abril de 2021, em consonância com o voto do Relator do mandado de segurança (Ministro Gilmar Mendes), o qual ponderou que a Administração Pública deveria atuar de forma mais coordenada, nos seguintes termos: "Diante desses termos pactuados, é importante que a Administração Pública atue de forma coordenada, e não de maneira contraditória e incoerente, de modo a se gerar a aplicação de sanções como se não houvesse colaboração voluntária. É uma responsabilidade do Estado zelar para que as empresas investigadas não tenham a percepção de que a Administração Pública está desonrando os seus compromissos."[34]

Nesse sentido, o julgado da Suprema Corte mencionado acima caminha no sentido de que deve haver alinhamento institucional de forma a resguardar a segurança jurídica das lenientes, isso sem reduzir ou limitar a competência do TCU, mas apenas compatibilizando a função do órgão com a possibilidade de execução e validade dos acordos de leniência assinados, sem prejuízo de a Corte de Contas apurar a existência de outros danos não incluídos no escopo da leniência já assinada.

Antes mesmo da concessão da segurança – enquanto ainda vigorava apenas a medida liminar no caso da Andrade Gutierrez – a empresa teve medida cautelar de indisponibilidade decretada pelo TCU no montante de R$ 508 milhões de reais, no âmbito do Acórdão 874/2018, prolatado em 25 de abril de 2018. Neste mesmo ano, a Andrade Gutierrez assinou nova

[34] STF. Voto conjunto do Ministro Relator nos Mandados de Segurança nº 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526. Ministro Relator Gilmar Mendes. J. em 26.05.2020).

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.015 | ISSN: 2764-1899

leniência com a CGU e a AGU no valor de R$ 1,49 bilhão de reais – destes, R$ 1 bilhão foram descontados da primeira leniência assinada.

Dessa forma, vê-se que a situação da Andrade Gutierrez, a título de exemplo para outras empresas, pode não ter representado um incentivo para a assinatura de acordos de leniência: além da empresa ter tido os efeitos da leniência assinada com o MPF ameaçados pelo TCU, ter que ter recorrido ao STF, ter sofrido bloqueios de bens, a empresa ainda teve que assinar nova leniência com outros atores do microssistema anticorrupção para se resguardar.

Em uma análise atenta, tendo em vista a insegurança jurídica que residiu em volta da assinatura do acordo de leniência, pode-se dizer que ainda há muito o que se aprimorar na coordenação institucional que é intrínseca à aplicação prática do instituto em um sistema jurídico como o brasileiro.

Quanto ao caso Odebrecht, a empresa firmou acordo de leniência em 01 de dezembro de 2016[35]. O acordo foi firmado com Procuradores da República do Paraná e, no escopo do instrumento, a empresa se comprometeu a reconhecer a prática dos atos ilícitos, bem como apresentar documentos, informações e outros materiais relevantes e suplementares ao MPF relacionado aos fatos do acordo, bem como apresentar relatório para os fatos ilícitos identificados no âmbito das investigações internas a serem realizadas.

O valor do acordo ficou na marca de R$ 3,828 bilhões a título de reparação de dano, mas a empresa conseguiu acordar com o MPF a manutenção da possibilidade de contratação com o setor público e o recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de entidades públicas e/ou controladas pelo poder público.

Após a homologação do acordo pela 5ª CCR, foi prolatado o acórdão nº 483/2017, do TCU – o mesmo da Andrade Gutierrez, tendo em vista que a Odebrecht também é parte do processo TC nº 016.991/2015-0. Conforme já relatado, tal acórdão criou uma espécie de *"recall* dos acordos de leniência", criando inúmeras condicionantes para a validade do acordo perante o TCU.

Na esfera judicial, em consonância com o que fora pactuado no acordo, após a homologação pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba – a qual não é mandatória de acordo com a Lei Anticorrupção –, o MPF requereu à 1ª Vara Federal de Curitiba, juízo

[35] Informação disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_Odebrecht_1.00.000.019193-2016-92.pdf. Acesso em: 16.02.2021.

responsável pela ação civil pública em face da Odebrecht, o desbloqueio de bens da empresa, o qual foi prontamente concedido.

Em face da concessão, entretanto, a AGU agravou sob a justificativa de que o valor da leniência assinado era insuficiente e que a entidade responsável para firmar acordos no âmbito do Poder Executivo Federal era a CGU (e não o MPF).

O agravo, distribuído ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região ("TRF4") para a relatoria da desembargadora federal Vânia Hack de Almeida, foi provido de forma unânime[36]. O Tribunal entendeu pela existência de vícios no acordo de leniência com o MPF, além de ter consagrado o entendimento de que o acordo não poderia ter sido celebrado exclusivamente com o MPF, sem a participação da CGU, AGU e TCU, os quais são legitimados para determinar o real valor que deveria ter sido indenizado pela empresa.

Assim, sem declarar a nulidade da leniência assinada, o acórdão do TRF4 considerou a anuência dos representantes da CGU, AGU e do TCU como medida indispensável para evitar a manutenção da indisponibilidade de ativos da empresa leniente. Em face dessa decisão, o MPF preparou o Estudo Técnico nº 01/2017, no qual o órgão se posicionou pela possibilidade de assinatura de acordos de leniência pelo MPF[37].

Paralelamente, através de decisão prolatada em mandado de segurança impetrado pela Andrade Gutierrez – conforme já tratado acima -, o STF resguardou à leniente, de forma liminar, o direito de não ser declarada inidônea, objetivando a preservação do acordo de leniência. Tendo em vista a similaridade entre a situação das empresas, é possível aplicar o mesmo raciocínio à Odebrecht.

No mesmo sentido do que ocorreu com a Andrade Gutierrez, a Odebrecht também recorreu à AGU e à CGU para realização de novo acordo de leniência, o qual foi pactuado pelo valor de R$ 2,7 bilhões a serem pagos ao governo federal, valor que será abatido do montante

[36] TRF4. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR. Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. Data de julgamento: 22.08.2017

[37] BRASIL. Ministério Público Federal. Estudo Técnico no 01/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de setembro de 2017. Estudo sobre inovações da Lei no 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microssistema anticorrupção brasileiro, com destaque para a adoção de instituto negocial e da ótica da consensualidade no âmbito sancionador, consubstanciada na incorporação normativa do acordo de leniência. Análise do instituto, sob aspectos teóricos variados. Avaliação do papel do Ministério Público na celebração de acordos de leniência: legitimidade e alcance de sua atuação. Exame dos efeitos e impactos práticos causados pelo acordo de leniência em sua recente incidência concreta e na interação com as distintas esferas de responsabilização do ordenamento jurídico nacional. p. 63. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf/view. P. 124.

total já acordado com o MPF. Em relação ao TCU, o Tribunal continuou de fora da leniência, mas já afirmou que os pontos do acordo assinado serão devidamente analisados[38].

Em ambos os casos – Odebrecht e Andrade Gutierrez -, que bem ilustram a insegurança jurídica e a descoordenação institucional que permeiam o instituto da leniência no Brasil, os acordos assinados com a CGU e a AGU (posteriores aos acordos assinados com o MPF), não foram inovadores. Pelo contrário: os acordos foram sobre atos ilícitos que guardavam relação com os mesmos fatos tratados nos acordos firmados com o MPF.

Assim, resta evidente que a existente descoordenação institucional, além de não promover avanços e um maior aproveitamento do instituto da leniência, ainda gera efeitos negativos ao promover insegurança jurídica para as empresas lenientes, o que pode acabar por gerar um desincentivo generalizado no instituto – atualmente benéfico para o desmantelamento de complexos esquemas de corrupção e para o ressarcimento dos valores desviados ao Erário.

5. Conclusão

O presente trabalho teve como objetivo discutir a problemática da descoordenação institucional existente entre os órgãos que fazem parte do microssistema de combate à corrupção no que tange à celebração de acordos de leniência.

Após construir a narrativa que partiu da contextualização e importância da leniência no sistema jurídico brasileiro – sobretudo da importância do instituto no combate à corrupção -, passou-se à análise das problemáticas que cercam o instituto, as quais estão intrinsecamente relacionadas à descoordenação institucional existente entre os órgãos que assumem o protagonismo na assinatura do acordo de leniência e os órgãos que fiscalizam esses acordos (MPF, AGU, CGU e TCU).

Apesar da grande importância do instituto da leniência, vê-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido – o qual evidentemente já começou a ser trilhado, tendo em vista as tentativas recentes de cooperação – de forma a não promover o desincentivo de mecanismo de extrema relevância para o combate a práticas ilícitas e organizadas através de esquemas demasiado complexos.

[38] TCU. TC 035.857/2015-3. Min. Rel. Substituto Marcos Bemquerer Costa. Data da sessão: 11.07.2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/19/14/91/D8/7DB8461001908446E18818A8/BD-03585720153-Leniencia.pdf

A missão reside, atualmente, na coordenação institucional entre os órgãos que têm algum poder sobre a leniência, seja para fiscalizar, seja para assinar. O diálogo entre os protagonistas sem dúvidas trará mais segurança jurídica às lenientes e, consequentemente, tornará o instituto, ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro, mais atrativo.

Em recente decisão do STF em mandado de segurança ajuizado contra ato do TCU por "descumprir" acordo de leniência (comentada no item 3.1, referente aos casos práticos), o Ministro Relator Gilmar Mendes foi certeiro ao abordar a problemática, cuja reflexão sobre é imprescindível para manutenção e aprimoramento do instituto do acordo de leniência. Nas exatas palavras do Relator: "A concretização desses dois objetivos – alinhamento institucional e preservação da segurança jurídica – demanda contínuo esforço de diálogo entre os órgãos e entidades imbuídos do combate a atos de macrocriminalidade econômica. Tal esforço é fundamental para estimular a realização de novos acordos de leniência, que são compreendidos como instrumento-chave para a detecção ilícitos secretos e com alto potencial lesivo ao Poder Público."[39]

Dessa forma, tem-se que a coordenação institucional é matéria urgente e necessária, mas não somente para potenciais lenientes – as quais teriam mais estabilidade e segurança jurídica na assinatura da leniência -, mas sobretudo para o Poder Público, o qual, caso passe a atuar de forma coordenada, continuaria a promover tanto o ressarcimento do Erário de forma mais precisa – tendo em vista que os órgãos poderiam se juntar para calcular o valor do dano causado – como o desmantelamento de esquemas que, em última análise, são prejudiciais à administração pública e são tão complexos que precisam das lenientes para que possam ser integralmente desvendados.

6. Bibliografia

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.

[39] STF. Voto conjunto do Ministro Relator nos Mandados de Segurança nº 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526. Ministro Relator Gilmar Mendes. J. em 26.05.2020

BOTELHO, Ricardo Franco, MACHADO, Luiza Andrade e BACCHI, Fabiana Mesquita. **As principais características e desafios do acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar. São Paulo: LiberArs, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Título IV – Da organização dos poderes. Seção IV – Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

BRASIL. Lei nº 13.844 de 18 de junho de 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Manual de responsabilização administrativa de pessoa jurídica**. Brasília: CGU, 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Estudo Técnico 01/2017** – 5ª CCR. Brasília: set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria 83/2018/TCU**, de 12 de dezembro de 2018.

CADE. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. 3** Edição, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei nº 12.846/2013 São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDEZ, Fernando Andrade. **Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais.** In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003.

GRECO FILHO, Vicente e 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)** – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015.

KAUARK, Fabiana. **Metodologia da pesquisa** : guia prático / Fabiana Kauark, Fernanda Castro Manhães e Carlos Henrique Medeiros. – Itabuna : Via Litterarum, 2010.

MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro**: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MASSUD, Leonardo. **O crime do colarinho branco, numa perspectiva criminológica. Revista dos Tribunais. São Paulo**, v.94, n.833, p. 437-457, mar. 2005.

MELO, Danusio Roriz, FLOR, Sandro Judá Carneiro. A aplicabilidade do acordo de leniência na lei anticorrupção. **Revista Jus Navigandi**. 2019.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107, 2017.

RIBEIRO, Julia Lavigne. **O acordo de leniência da lei anticorrupção e a descoordenação institucional**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

RODAS, João Grandino. **Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações.** Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, pp. 22/33, ago., 2007.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 61;

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n.º 12.846 de 2013. São Paulo: Ed. RT, 2015.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **A Leniência Anticorrupção**: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. Colaboração Premiada. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. Pp. 238-254.

TOZO, Lucas Suárez de Oliveira. SOLON, Ari Marcelo. **Dogmática Jurídica**: **caracterização de um conhecimento jurídico historicamente construído.** Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca. A. 14 n. 19, p. 01-404, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ed. Imprensa Nacional, 1979.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13: elementos e estudo de caso.** Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013 [livro eletrônico] / Aloísio Zimmer. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I : administração pública ; volume 9. (Irene Patrícia Nohara, Fabrício Motta, Marco Praxedes, coordenação).

Reflexões sobre o crime omissivo impróprio e eventual responsabilização penal em virtude da crise do oxigênio no amazonas

Matheus Borges Kauss Vellasco[1]

Resumo: O presente trabalho se propõe a expor os pressupostos de tipicidade objetiva da omissão imprópria, buscando, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, estabelecer suas balizas legais. No passo seguinte, o leitor encontrará breve explicação sobre a intitulada "Crise do Oxigênio", ocorrida no Amazonas em janeiro de 2021, em meio à pandemia do coronavírus, quando houve o desabastecimento de oxigênio em hospitais do estado. Ao final, far-se-á uma análise jurídica das condutas alegadamente praticadas pelo então Ministro da Saúde em meio à aludida crise, a fim de verificar se, sob um aspecto objetivo, estariam presentes elementos aptos a ensejar uma responsabilização penal por omissão imprópria quanto a um ou mais óbitos em tese decorrentes do desabastecimento de oxigênio.

Palavras-Chave: Omissão Imprópria – Crise do Oxigênio – Tipicidade Objetiva

Abstract: This paper proposes an analysis of the objective assumptions which characterize an improper omission as a crime, seeking to establish its legal boundaries. Thus, the reader will find a brief explanation about the "Oxygen Crisis" which occurred in the state of Amazonas, in January 2021, in the midst of the coronavirus pandemic, when there was a shortage of oxygen in several hospitals in the state. At the end, a legal analysis of the allegedly conducts practiced by the former Minister of Health will be made, in order to verify whether, under an objective aspect, there would be present elements capable of giving rise to criminal liability for improper omission as to one or more deaths resulting from the oxygen shortage.

Key-Words: Improper Omission – Oxygen Crisis – Objective Elements

[1] Advogado, graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 2018. Especializado em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidade Castilla-La Mancha, Espanha, 2019. Mestrando em Direito Penal na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

1. Introdução

Em março de 2020, a pandemia mundial causada pelo coronavírus culminou na decretação de diversas medidas restritivas de circulação no Brasil inteiro, iniciando-se, tal como em outros países, uma quarentena. Ao longo daquele ano e adentrando o ano de 2021, houve diversas problemáticas envolvendo os Poderes Executivo e Judiciário nacionais, bem como entre os próprios entes federativos – União, estados e municípios.

O presente artigo pretende se debruçar especificamente sobre um dos episódios vividos pelo país ao longo do combate à pandemia, qual seja, a crise de oxigênio ocorrida em janeiro de 2021 no Amazonas. Assim, almeja-se, ao longo deste trabalho, fazer uma exposição sobre os pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios para, em seguida, a partir de documentos oficiais, delimitar-se um substrato fático de condutas em tese atribuíveis ao então Ministro da Saúde no manejo da situação.

Ao final, verificar-se-á se tais condutas podem preencher os pressupostos de tipicidade objetiva do delito de homicídio na modalidade omissiva imprópria. Como derradeira advertência, frisa-se que o presente trabalho não fará qualquer análise sobre aspectos subjetivos dos comportamentos que serão analisados. Também não se fará qualquer juízo de valor político ou ideológico-partidário. Delineada esta breve introdução, começa-se a tratar sobre o instituto da omissão imprópria.

2. Linhas Gerais sobre a Omissão Imprópria

O crime omissivo impróprio sempre foi uma pauta tortuosa na dogmática penal. Em breve retrospectiva histórica sobre o tema, não se poderia deixar de mencionar a influência da obra de Feuerbach para o desenvolvimento da responsabilização penal por omissão, na medida em que foi o responsável pela formulação da tese que atribui a indivíduos específicos um dever especial de agir para evitar um determinado resultado.

Segundo Feuerbach, leis extrapenais, públicas ou privadas, teriam o condão de tornar esses indivíduos os chamados "garantes" ou "garantidores" de determinado bem jurídico, sendo-lhes, em tese, punível a omissão na salvaguarda do bem jurídico em questão. (ORDEIG, 1997).[2]

[2] Convergindo com esta posição, Jakobs aponta que "Según esta concepción, un deber de realizar actividades que eviten daños, esto es, que conserven el Derecho, presupone algo más que la «obligación originaria», a saber, «un fundamento jurídico especial»; de resaltar es pues que se trata de un fundamento *jurídico*: una

O fundamento desta posição de garantia evoluiu ao longo do tempo[3], caminhando-se até a posição doutrinária atualmente dominante no sentido de que deve haver uma assunção material deste *status* de garantidor (ESTELLITA, 2017).

Sob o aspecto legislativo, o Código Penal prevê, além de crimes omissivos próprios, a omissão imprópria, a teor do disposto em seu art. 13, §2º, que opera uma equiparação valorativa entre ação e omissão em determinadas hipóteses. Ou seja, tanto um "agir" como um "não agir" podem representar uma conduta típica. Não obstante esta equiparação, fato é que os pressupostos de punibilidade das duas modalidades são diferentes (ESTELLITA, 2017).

Com efeito, o aludido dispositivo legal dispõe que serão puníveis aqueles que, podendo e devendo agir para evitar um determinado resultado, omitem-se diante dele. Complementa-se, em suas alíneas, que o dever de agir será oponível àqueles que (i) tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) de outra forma tenham assumido a responsabilidade de impedir o resultado; (iii) ou tenham, com seu comportamento anterior, criado o risco de ocorrência do resultado.

Dessa maneira, Heloisa Estellita, reportando-se a Roxin, Mir Puig e Figueiredo Dias, dentre outros, elenca da seguinte maneira os pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio:

> (a) a situação típica; (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento; (c) a causalidade; (d) a imputação objetiva, e, finalmente, (e), a posição de garantidor. (ESTELLITA, 2017, p. 78)

Já no âmbito da tipicidade subjetiva, tem-se a culpa, quando prevista, e o dolo. No entanto, desde já se assinala que o presente artigo não adentrará aspectos relacionados ao elemento subjetivo. Estabelecido este breve panorama, procede-se ao estudo de cada um dos pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios.

---

obligación con carácter de eticidad no basta. Feuerbach menciona como posibles fundamentos especiales una ley o un contrato. Dicho en otras palabras, las violaciones del Derecho activas se encuentran ya en su conjunto prohibidas según la «obligación originaria», pero en cambio, la conservación del Derecho mendiante acciones salvadoras se manda sólo en situaciones especiales, y entonces, eso sí, el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición." (JAKOBS, 2004, p. 105)

[3] Até os anos 30 do século passado, o entendimento predominante na Alemanha era de que somente um dever jurídico poderia embasar a posição de garantia, especialmente em virtude do princípio da legalidade. Ocorre que, em dado momento, sob o argumento de que o Direito Penal deveria se "libertar" da influência civilista, doutrina e jurisprudência alemãs passaram a admitir uma assunção fática da posição de garantidor, não só consubstanciada em um dever legal, mas também, por exemplo, em um dever moral e/ou social (ORDEIG, 1997).

3. Análise dos pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios

3.1 Situação típica de risco

A situação típica de risco é o fenômeno que, juridicamente, fundamenta o dever de ação. Ou seja, é ela que torna exigível que o agente atue para evitar a ocorrência do resultado típico[4]. Nesse passo, caracteriza-se a situação típica de riscos quando se configura um perigo de ocorrência do resultado típico[5], perigo esse que se concretizará caso o agente que possui o dever específico de evitação do resultado não interfira no curso causal por meio de uma ação determinada (ESTELLITA, 2017).[6]

Outrossim, ressalta-se que não é qualquer situação de risco – "risco" aqui entendido no sentido comum da palavra – que terá o condão de configurar essa situação típica exigida na omissão imprópria, mas apenas uma situação em que o tal risco se verifique para além do permitido. Nesse sentido, uma mera inação, desvinculada de uma efetiva situação típica de risco, não será penalmente relevante. (TAVARES, 2018)

A construção doutrinária sobre a situação típica de risco vem sendo acolhida pelos Tribunais brasileiros. É o que se extrai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando exigiu (dentre outros requisitos) a descrição da "situação de risco enfrentada pelo ofendido"[7] para uma imputação por homicídio doloso praticado por omissão imprópria.[8]

---

[4] No ponto, vale ressaltar que a verificação da situação típica de risco não depende do conhecimento do garantidor para inaugurar o seu dever de ação, uma vez que se trata de aspecto objetivo. A ciência ou não desta situação, pelo garantidor, é uma questão a ser tratada na aferição do aspecto subjetivo. (PARDINI, 2019) Dessa forma, ainda no exemplo do afogamento, o desconhecimento do pai quanto ao fato de o filho estar se afogando não descaracteriza a situação típica de risco. Contudo, é evidente que não se trata de circunstância irrelevante, uma vez que, além de determinante para aferição do aspecto subjetivo, também poderá influenciar diretamente na análise da capacidade de ação do indivíduo.

[5] Ilustrando com um exemplo: se um homem vai à praia com seu filho de seis anos de idade – com quem, evidentemente, possui um dever de proteção – e seu filho mergulha no mar e passa a se afogar, verifica-se uma situação típica de risco, na qual ao pai é imposta a execução de uma determinada ação salvadora.

[6] Em termos semelhantes, Juarez Tavares entende que "a situação típica omissiva engloba todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à inação e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, com vistas ao perigo ou à lesão ao bem jurídico". (TAVARES, 2018, p. 355).

[7] RHC 46.823/MT, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016. No mesmo sentido: HC 94.543/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2009, DJe 13/10/2009.

[8] Convergindo com este entendimento, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgado relacionado a um Habeas Corpus impetrado no bojo da ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822, que julga os fatos relacionados ao rompimento da barragem do Fundão, em Mariana/MG, ocorrido em 5 de novembro de 2015, entendeu que "[O] dever de garantia nos crimes omissivos impróprios somente surge com a identificação objetiva e precisa da situação de risco ou perigo efetivos ao bem jurídico protegido, a ser apontados em termos

Parece, portanto, haver um entendimento consonante entre doutrina e jurisprudência no que se refere ao conceito, contornos e repercussão da situação típica de risco na configuração dos delitos omissivos impróprios.

3.2 A omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento

De antemão, esclarece-se que, ao falar-se dos crimes omissivos, não se está a falar de uma omissão genérica, ou seja, um mero não fazer. A omissão deverá ser quanto à realização de uma determinada conduta ativa (SCHUNEMANN, 2008).[9] Assim, na imputação de um delito omissivo impróprio, é essencial que seja especificamente identificada a conduta que deveria ter sido praticada (GÓMEZ-ALLER, 2012), sob pena de se inviabilizar o exame de causalidade[10], na medida em que não haverá acusação certa dirigida ao possível omitente (ESTELLITA, 2017).

Nesse passo, malgrado o presente trabalho não tenha a pretensão de se aprofundar quanto a aspectos processuais, é inevitável concluir que qualquer denúncia omissa na descrição da exata ação omitida será reputada inepta, pois não atenderá ao comando legal previsto no art. 41 do Código de Processo Penal. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a inépcia formal de uma denúncia falha nesta descrição[11].

Prosseguindo, a teor do que dispõe o art. 13 do Código Penal, a omissão será penalmente relevante somente quando o agente "podia agir para evitar o resultado". Este "podia" insculpido na redação legal deve ser interpretado como a capacidade físico-real do indivíduo de realizar a conduta mandada, devendo-se analisar o caso concreto para apurar se o agente, nos limites das

---

de tempo e circunstâncias, com a indicação do momento em que a providência deveria ser adotada para impedir o resultado, no caso, o rompimento da barragem."

[9] Também nesse sentido: "(...) en Derecho Penal el delito de omisión es un concepto transitivo que consiste no en un mero no-hacer, sino en omitir la ejecución de una acción que podría haber evitado el resultado, y cuya producción aparece como consecuencia de la acción de un tercero (por ejemplo, el padre va a lesionar al bebé, y la madre no evita la conducta punible de aquél) o de un proceso de la naturaleza (por ejemplo: al paciente se le ha diagnosticado una peritonitis, y el cirujano no realiza la acción de intervenirle quirúrgicamente)." (ORDEIG, 2016, p. 249)

[10] É que, se não se sabe precisamente o que o garantidor deveria ter feito para salvaguarda do bem jurídico em apreço, é consectário lógico que a eventual relação de causalidade entre a omissão e o resultado tido como típico não poderá ser aferida, pois não se saberá se a ação seria suficiente para evitar a afetação típica do bem jurídico.

[11] "(...) 3. Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a materialidade do delito, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido. (...)" STJ. RHC nº 39.627/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014, *DJe* 30/04/2014.

suas habilidades, teria condições de realizar a ação exigida para resguardar o bem jurídico. (ESTELLITA, 2017).

Assim, é certo que se não houver uma possibilidade real de atuação[12] por parte do agente, a conduta será considerada atípica. Ou seja, constatando-se que o indivíduo, mesmo atuando da maneira mais diligente possível, não teria evitado o resultado, não lhe será imputável o delito omissivo impróprio[13].

Também é importante ressaltar que a análise desta capacidade não se dá somente sob o aspecto físico, mas também sob um aspecto jurídico/normativo. Apesar de haver alguns casos em que a análise da possibilidade jurídica de ação[14] (ou capacidade normativa[15]) não se revela tão importante, quando se trata de âmbitos regulados este aspecto é essencial, mormente no que toca à definição do conteúdo do dever de ação.

É que, nos âmbitos juridicamente regulados (como uma empresa), pode ser que uma determinada conduta não esteja inserida no raio de atuação normativa de um determinado agente. Demonstra-se com um exemplo, reportando-nos mais uma vez à obra de Heloisa Estellita: se um determinado conselheiro de uma empresa toma conhecimento da iminência da prática de um delito por parte de um empregado, mas não possui a prerrogativa de demiti-lo, apenas de reportar o fato ao Conselho, esta será a conduta exigível, não podendo a ordem jurídica lhe demandar uma conduta em uma seara (penal) vedando-a em outra (societária). (ESTELLITA, 2017, p. 249)

Sendo assim, conclui-se que (i) deve ser identificada uma conduta determinada omitida pelo agente, não sendo cabível a imputação de uma omissão genérica; (ii) a conduta deverá ser possível ao agente, sendo certo que esta possibilidade deverá ser analisada sob um prisma normativo e empírico[16].

---

[12] Ilustra-se tais critérios com o seguinte cenário hipotético: se um pai se depara com uma situação na qual seu filho recém-nascido começa a ter dificuldades para respirar, mas desconhece qual ação de salvamento adotar por se tratar de um problema de saúde complexo, aquém dos conhecimentos básicos de primeiros socorros, não lhe será exigível nenhuma conduta médica específica, mas apenas que busque ajuda, ligando para um telefone de emergência ou procurando uma unidade médica, por exemplo. Se, por outro lado, o próprio pai for médico e tiver condições técnicas de identificar e realizar a ação necessária para ajudar seu filho, deverá fazê-lo, sob pena de ser responsabilizado penalmente pela não evitação de eventual resultado típico.

[13] A contrario sensu, nas palavras de Pierpaolo Bottini, o resultado somente "será imputável à omissão se constatado que a ação esperada normativamente impediria a sua ocorrência". (BOTTINI, 2018, p. 139)

[14] Conceito utilizado por Heloisa Estellita. (ESTELLITA, 2017, p. 246 e seguintes).

[15] Conceito utilizado por Juarez Tavares. (TAVARES, 2018, p. 354)

[16] Segundo Juarez Tavares, "Sem as qualificações normativas, o empírico perde relevância porque ficará atrelado a uma fase pré-típica; ademais, no tocante à omissão, que se vincula a uma conduta devida, portanto a um dever de agir, não pode o empírico ser tomado exclusivamente em face de possibilidade e impossibilidade física,

3.3 Causalidade

No âmbito dos delitos omissivos impróprios, fala-se principalmente em duas teorias da causalidade: (i) a da evitabilidade, segundo a qual a omissão somente poderá ser tida como causa do resultado típico caso a ação omitida tivesse o condão de evitar o aludido resultado com probabilidade em limites próximos ao da certeza e; (ii) da diminuição dos riscos, segundo a qual a causalidade estará demonstrada se a ação omitida pudesse, ao menos, criar uma chance de salvamento do bem jurídico.

Nota-se que, tanto internacional[17] quanto nacionalmente[18], a doutrina majoritária acolheu a teoria da evitabilidade. Em oposição que merece destaque[19], tem-se o posicionamento de Ingeborg Puppe[20].

Ilustrando as diferenças com um exemplo que a própria autora utiliza, imaginemos que um homem está se afogando em um rio e outro indivíduo pode arremessar um colete salva-vidas em sua direção, para que não se afogue. Para Puppe, caso este indivíduo não o faça - ainda que houvesse a possibilidade de que a correnteza do rio impedisse que o colete chegasse até o homem que estava se afogando -, deixará de iniciar um curso causal salvador, sendo possível a responsabilização penal por omissão (PUPPE, 2019). Por outro lado, para a doutrina dominante, *a priori*, o resultado não lhe seria imputável, pois não se poderia garantir, com probabilidade próxima à certeza, que o colete chegaria ao seu destinatário.

---

senão também normativa. Só quando se confronta com o normativo é que a capacidade de agir pode justificar um juízo acerca da idoneidade e necessidade da ação devida." (TAVARES, 2018, p. 354).

[17] Para Enrique Gimbernat, "la doctrina dominante nos oferece uma fórmula de precisión casi matemática para determinar cuándo se le debe imputar al garante el resultado típico sobrevenido, a saber: 'cuando su acción omitida, com uma probabilidade rayana en la seguridad (o en la certeza), hubiera evitado el resultado'"[17] (ORDEIG, 2013, p. 80), entendimento este compartilhado por Schunemann, para quem "sólo se puede hablar de la evitación de la lesión de un bien jurídico si la realización por parte del autor de la acción de salvamento hubiera llevado al rescate del bien jurídico con una probabilidad rayana en la certeza"[17] (SCHUNEMANN, 2008, p. 1614). No ponto, ressalta-se que a jurisprudência alemã igualmente adota a teoria da evitabilidade. (GRECO, 2018, p. 22)

[18] Além do posicionamento de Juarez Tavares, exposto adiante, destaca-se:

"Ressalte-se que do ponto de vista probatório a relação de não impedimento exige que se discuta se a conduta omitida, no caso concreto, teria evitado o resultado. Tratando-se de um juízo hipotético, a resposta positiva somente irá surgir caso se funde em certeza ou em alta probabilidade, próxima da certeza." (SOUZA e JAPIASSÚ, 2018, p. 247)

[19] Igualmente a favor da teoria da diminuição dos riscos é o posicionamento de Luís Greco (GRECO, 2018, p. 24-40).

[20] "Para a doutrina dominante, para a qual a causa é uma condição necessária para a ocorrência do resultado, um curso causal só será salvador quando apto a impedir toda e qualquer possibilidade de causação do resultado. Para nós, o curso já será salvador quando puder evitar o curso causal de um resultado determinado no mundo, para o qual constitui assim uma condição perturbadora" (PUPPE, 2019, p. 45).

Analisando a causalidade no ordenamento jurídico interno, é sabido que se adota a teoria da equivalência das condições. No que tange aos delitos omissivos, contudo, não se pode atribuir causalidade material entre a omissão e o resultado, pois, sob o aspecto naturalístico, uma inação não poderá levar a resultado algum. Assim, a doutrina definiu a causalidade na omissão imprópria a partir de um critério normativo, verificando-se como fator precípuo à responsabilização penal uma causalidade jurídica atinente à não evitação do resultado, e não à sua direta causação (SOUZA e JAPIASSÚ, 2018).

Com efeito, Juarez Tavares opina no sentido de que a mera diminuição de riscos não seria suficiente para se verificar a causalidade na omissão, igualmente filiando-se à corrente que exige a demonstração de que a conduta de salvamento teria evitado o resultado típico com probabilidade nos limites da certeza (TAVARES, 2018)[21].

No ponto, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça ora se posiciona no mesmo sentido da doutrina majoritária, reconhecendo que a causalidade somente se verifica quando a conduta omitida teria o condão de evitar o resultado *com "alto grau de probabilidade"*[22] da evitação do resultado, ora se posiciona de maneira menos precisa, indicando que deve haver apenas *"certo grau de probabilidade"*[23].[24]

3.4 Imputação Objetiva

Em linhas gerais[25], ensina Roxin que, quanto à teoria da imputação objetiva, há alguns pressupostos basilares, quais sejam: (i) criação do risco proibido e (ii) realização deste risco

[21] Para o autor, haveria dois critérios para definição da causalidade na omissão imprópria: um elemento funcional-normativo, vinculado ao conteúdo da norma mandamental; outro elemento empírico, que diz respeito à realidade fática do caso concreto que se analisa. Assim, sugere que "em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inocorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico". (TAVARES, 2018, p. 368 e ss.).

[22] REsp 1438363/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 23/05/2014; RHC 39.627/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 30/04/2014.

[23] RHC 120.187/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021; RHC 35.883/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013

[24] A estipulação numérica do que vem a ser "alto" ou "certo" grau de probabilidade é tormentosa e indefinida, extrapolando o escopo do presente do trabalho, motivo pelo qual nos contentaremos com a conclusão de que a teoria da evitabilidade é, atualmente preponderante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, muito embora, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pareça haver certa imprecisão conceitual em relação ao aspecto da probabilidade.

[25] É sabido que há extensos e variados trabalhos sobre a imputação objetiva e seus desdobramentos na teoria do delito. Desde já, assinala-se que o presente artigo não tem a pretensão de esmiuçar o tema, mas apenas pontuá-lo como um dos pressupostos para a tipicidade objetiva na omissão imprópria.

proibido criado (iii) dentro do alcance normativo do tipo, acrescentando-se, ainda, a exclusão da imputação objetiva nas hipóteses de autocolocação em perigo por parte da vítima (princípio da autorresponsabilidade) (ROXIN, 2002). Outra interessante perspectiva da imputação objetiva é a de Jakobs, para quem a hipótese-base da teoria enuncia que a conduta deverá ser analisada dentro de um contexto social. Dessa maneira, o comportamento ilícito não poderá ser aferido somente a partir de uma observação isolada do indivíduo e da noma, mas sempre deverá levar em conta as regras e o contexto social em torno da conduta. (JAKOBS, 2004)

Esta definição se mostra pertinente ao presente trabalho pois, conforme desenvolve sua premissa, o autor concebe um fundamento comum à imputação objetiva e aos delitos omissivos, qual seja, a responsabilidade em virtude de uma organização[26]. Isto porque, em ambos – imputação objetiva e omissão imprópria –, a responsabilidade não poderá ser extraída apenas com base em dados naturalísticos, mas sim de maneira normativa, de modo que o contexto social em que a conduta é praticada será determinante para a avaliação de tipicidade[27].

Noutro giro, malgrado ainda não se veja uma discussão profunda sobre a teoria da imputação objetiva na jurisprudência brasileira, fato é que o Superior Tribunal de Justiça[28] vem reconhecendo-a como parâmetro para verificação da tipicidade. Sendo assim, crê-se na assertiva de que a imputação objetiva deverá ser considerada um pressuposto de tipicidade na omissão imprópria.[29]

Transformando em exemplos: ainda que uma determinada obra possua inconformidades técnicas que elevem o seu risco além do permitido, não será imputável ao seu engenheiro

---

[26] Nesse sentido, entende o autor que *"las posiciones de garante no son otra cosa sino un caso de imputación objetiva conocido desde hace tiempo"* (JAKOBS, 2004, p. 87).

[27] Nas palavras de Pierpaolo Bottini, "nem sempre a existência de um resultado lesivo e da inatividade do garante significam a responsabilidade desse último." (BOTTINI, 2018, p. 136)

[28] RHC 80.142/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017; AgRg no REsp 1243193/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 31/05/2012; HC 68.871/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 05/10/2009; REsp 822.517/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 697;

[29] Sobre as limitações que a imputação objetiva traz à omissão imprópria, Jakobs entende que "[P]odemos por tanto afirmar que nadie es garante de evitar incluso aquellas consecuencias de una acción (¡!) que se encuentren fuera del campo de lo objetivamente imputable. Todas las posiciones de garante en virtud de una competencia por organización en los delitos de omisión se pueden limitar igualmente mediante la reglas que fueron expuestas de la imputación objetiva en los delitos de comisión. Así, nadie tiene en virtud de ingerencia que impedir daños que se encuentren dentro del riesgo permitido. El paralelismo se extiende todavía más: como consecuencia de la total homogeneidad de ambos ámbitos, de la teoría de la imputación objetiva y de la de las posiciones de garantía, los criterios sobre las posiciones de garante que han sido desarrollados para los delitos de omisión pueden y deben extenderse también al ámbito de la comisión." (JAKOBS, 2004, p. 87)

responsável o desabamento da estrutura que se dê por um terremoto avassalador e imprevisível, que comprovadamente causaria o acidente independentemente das referidas inconformidades.

Por fim, se dois carros trafegam à noite, um atrás do outro, com os faróis desligados em uma rodovia sem iluminação, sobrevindo uma colisão do primeiro carro com um terceiro carro que vem na direção oposta, causada justamente por conta do fato dos dois primeiros veículos não trafegarem com os faróis acesos, os resultados típicos advindos da colisão não poderão ser imputados ao segundo carro, somente ao primeiro[30], já que, quanto ao segundo, o resultado se deu fora do alcance normativo do tipo.

3.5 Posição de Garantidor

Por derradeiro, passa-se à análise da posição de garantidor, ou seja, busca-se constatar se o agente seria destinatário de um dever específico de evitação do resultado. Como visto, o art. 13, §2º, do Código Penal oferece os parâmetros legais para a verificação deste dever, que caberá àqueles que detenham a obrigação legal de evitação do resultado, ou que tenham assumido a responsabilidade de impedi-lo, ou, por fim, que tenham, com sua prévia atuação, criado o risco de ocorrência do resultado.

De antemão, é importante ressaltar que o ordenamento brasileiro não acolheu a teoria dos deveres formais[31], ou seja, a análise deste dever específico de evitação de um resultado deve, necessariamente, ser realizada a partir de uma *fundamentação material*[32], especialmente em virtude dos princípios da legalidade e da igualdade[33].

Reportando-nos a um clássico exemplo, imagine-se o caso de uma babá contratada para cuidados de um recém-nascido. Se, durante o seu expediente, seu contrato é rescindido, e após,

---

[30] Adaptação do exemplo dos ciclistas de Roxin. (ROXIN, 2002, p. 18)

[31] Segundo esta teoria, "qualquer dever extrapenal de salvamento ou de vigilância seria apto a fundamentar uma posição de garantidor, ou, em outras palavras, todo aquele que estivesse formalmente em uma posição à qual são atribuídos deveres de cuidado, proteção ou vigilância, seriam, somente em virtude do dever extrapenal, garantidores" (ESTELLITA, 2017, p. 83). Tal teoria, a toda evidência, não se coaduna com um Direito Penal no qual a responsabilidade deverá ser imputada não só objetiva, mas também subjetivamente.

[32] A necessidade de um conteúdo material da posição de garantidor também é exposta por Juarez Tavares, que se reporta a dois grandes grupos: (a) os garantes em especial posição de defesa de certos bens jurídicos e (b) os garantes em virtude de uma responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo. (TAVARES, 2018)

[33] O primeiro, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, aplica-se aqui como garantia da não configuração da posição de garantidor com base exclusivamente em normas extrapenais, ou seja, a norma incriminadora no caso da omissão imprópria deverá sempre fundamentar-se na interpretação conjunta de um tipo penal e do art. 13, §2º, do Código Penal. Já o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, caput da Constituição Federal, dá ensejo à necessidade de se fundamentar materialmente a posição de garantidor a fim de que a omissão possa, de fato, ser equiparada à ação em termos de gravidade da conduta (ESTELLITA, 2017).

abandona-se o bebê, que, desamparado, vem a óbito, não se poderá alegar que o contrato foi rescindido como argumento para exclusão da posição garantidor. Isto porque, mesmo não havendo uma relação contratual no momento do abandono, a babá ainda exercia controle material sobre a vulnerabilidade do bebê, estando incumbida, como garantidora, de praticar as ações cabíveis para resguardá-lo.

Na jurisprudência, vale destacar julgado do Superior Tribunal de Justiça[34] que, apesar de inicialmente reconhecer a inexistência de um dever de garantidor nos moldes da alínea "a" do art. 13, §2º do Código Penal, entendeu que esta posição teria sido faticamente assumida pela acusada – amoldando-se, nos dizeres do Tribunal, às alíneas "b" e/ou "c" – de modo que a ela foi atribuído o papel de garante.

Finda a exposição dos pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio, passa-se à delimitação dos fatos que serão objeto de posterior análise jurídica.

4. Delimitação Fática

Inicialmente, pontua-se que o acesso aos documentos relacionados ao caso encontra-se consideravelmente restrito. Todavia, alguns documentos foram publicizados, dentre os quais se destaca uma petição apresentada pela Advocacia-Geral da União nos autos da ADPF nº 756, bem como uma representação do Ministério Público Federal ao Supremo Tribunal Federal para instauração de inquérito em desfavor do então Ministro da Saúde. Serão esses os documentos que nortearão a delimitação fática que ora se propõe.

4.1 Contextualização da Crise do Oxigênio em Manaus

Em síntese, a intitulada Crise do Oxigênio consistiu no colapso[35] do sistema de saúde do estado em meio ao combate à pandemia do coronavírus, tendo como ponto mais crítico a

[34] HC 603.195/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020. Sem que se faça juízo de valor sobre a decisão, parece-nos que o Tribunal buscou um substrato material para definir a posição de garantidor no caso, convergindo com o critério estabelecido pela doutrina.

[35] Segundo dados da Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas, divulgados pelo G1, desde o mês de agosto de 2020 o estado vinha registrando um aumento no número de internações por COVID-19. Diante desse cenário, bem como com a aproximação das festividades de final de ano, o Governo do estado chegou a decretar algumas medidas de restrição de circulação no dia 23 daquele mês, flexibilizando-as, todavia, no dia 28 subsequente. O cenário presenciado no mês de dezembro ganhou contornos ainda piores no mês de janeiro de 2021. Dados do "16º Boletim de Situação Epidemiológica de COVID-19 e da Síndrome Respiratória Aguda Grave No Amazonas" apontam para uma significante ascensão no número de internações e de óbitos vinculados ao coronavírus, além de um aumento expressivo na ocupação de leitos clínicos e de UTI nas redes pública e privada.

falta de oxigênio para tratamento da doença, o que possivelmente teria contribuído para a ocorrência de óbitos, segundo noticiado pela imprensa[36] e exposto pelo Ministério Público do Amazonas em uma ação civil pública[37].

Esta situação levou ao ajuizamento de outras ações civis públicas com o fito de garantir o fornecimento de oxigênio e resguardar a vida dos pacientes internados[38], destacando-se a ação[39] conjunta proposta pelo Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público de Contas (MPC), a Defensoria Pública da União (DPU) e a Defensoria Pública do Estado do Amazonas (DPE-AM) em face da União e do estado do Amazonas, cuja causa de pedir remete ao desabastecimento de oxigênio.

Vê-se, então, a partir das diversas ações ajuizadas pelos órgãos competentes, números oficiais e informações veiculadas pela imprensa que, no mês de janeiro de 2021, houve um

---

https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/12/27/manaus-tem-alta-de-28percent-no-numero-de-internacoes-por-covid-19-em-dezembro.ghtml. Acesso em 17/06/2021

https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.234-de-23-de-dezembro-de-2020.pdf. Acesso em 17/06/2021.

https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.236-de-28-de-dezembro-de-2020.pdf. Acesso em 17/06/2021.

https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/boletim_covid_16.pdf. Acesso em 17/06/2021.

https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/01/22/em-21-dias-manaus-tem-mais-enterros-por-covid-19-do-que-todo-o-ano-de-2020. Acesso em 17/06/2021.

[36] https://brasil.elpais.com/brasil/2021-01-15/morrer-sem-oxigenio-em-uma-maca-em-manaus-a-tragedia-que-escancara-a-negligencia-politica-na-pandemia.html. Acesso em 13/06/2021.

Médicos e familiares de pacientes descrevem colapso com falta de oxigênio em Manaus; leia relatos | Amazonas | G1 (globo.com). Acesso em 13/06/2021.

https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/01/hospital-de-manaus-confirma-quatro-vitimas-e-nega-morte-de-ala-inteira-de-pacientes.shtml. Acesso em 18/06/2021.

[37] https://www.mpam.mp.br/attachments/article/13855/Manacapuru%20ACP%20ok.pdf. Acesso em 18/06/21. Trata-se de petição inicial elaborada pelo Ministério Público do Estado do Amazonas para ajuizamento de uma ação civil pública em face do Estado do Amazonas, cujo objeto é "garantir o regular, suficiente e necessário fornecimento de oxigênio às unidades de saúde do Município de Manacapuru, com vistas a resguardar a vida dos pacientes internados, diante da gravidade do segundo pico da pandemia do COVID-19 no Estado do Amazonas". Segundo aduziu o Parquet, reportando-se a um ofício da Prefeitura de Manacapuru, a ausência de oferta do oxigênio em quantidade suficiente "resultou em 07 (sete) óbitos no Município de Manacapuru, no dia 14 de janeiro de 2021."

[38] Cita-se como exemplos: o processo nº 0600043-80.2021.8.04.6300, movido pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público em face do Estado do Amazonas, cujo objeto é "a defesa do direito à vida e à saúde da população de Parintins/AM, devido aos excessos de casos de COVID-19."; ação civil pública ajuizada pelas Promotorias de Justiça de Coari, cuja inicial está disponível no link:

https://www.mpam.mp.br/attachments/article/13879/ACP%20-%20Oxig%C3%AAnio%20-%20Coari.pdf e; ação civil pública ajuizada pela Promotoria de Justiça de Autazes, cuja inicial está disponível no link:

https://www.mpam.mp.br/attachments/article/13850/Ac%CC%A7a%CC%83o%20Civil%20Pu%CC%81blica%20OXIGENIO%20AUTAZES-AM-3.pdf. Acesso em 21/06/2021.

[39] Ação distribuída sob o nº 1000577-61.2021.4.01.3200.

aumento robusto do número de casos identificados, internações e óbitos no estado do Amazonas em decorrência do coronavírus. E foi justamente em meio a este cenário que houve o desabastecimento de oxigênio nos hospitais, um dos insumos mais importantes para o tratamento da doença.

Estabelecido este contexto, passa-se a analisar, com enfoque na atuação do Ministério da Saúde, os fatos que antecederam esta crise.

4.2 Fatos Precedentes à Crise do Oxigênio e a Atuação do Ministério da Saúde

Este tópico destina-se à identificação das informações e fatos que antecederam a Crise do Oxigênio no estado do Amazonas, mormente no que tange às ações (ou omissões) do Ministério da Saúde. Como brevemente adiantado, os documentos utilizados como base principal para esta análise serão uma petição apresentada pela Advocacia-Geral da União nos autos da ADPF nº 756 e uma representação feita pelo *Parquet* Federal para instauração de inquérito em desfavor do então Ministro da Saúde.

4.2.1 Petição Apresentada pela Advocacia-Geral da União (AGU) nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 756

De antemão, é importante contextualizar o procedimento e o momento no qual esta petição foi apresentada pela AGU. A ADPF foi ajuizada em 23 de outubro de 2020 por cinco partidos políticos[40] a fim de que fossem adotadas providências pertinentes à aquisição de doses de vacina. Dentre os andamentos da ação, destaca-se a decisão liminar proferida em 15 de janeiro de 2021, que, considerando a situação de colapso da saúde em curso no estado do Amazonas, determinou a adoção de diversas providências ao Governo Federal, dentre as quais a apresentação de um plano para enfrentamento da situação de emergência vivida no estado do Amazonas.

Foi em atendimento a esta decisão que a AGU protocolizou petição informando sobre as ações até então implementadas pela União. Segundo informado nesta petição, desde a última semana de dezembro de 2020 o Ministério da Saúde estaria ciente do aumento significativo de hospitalizações em Manaus, deliberando pelo envio de uma comitiva à cidade no início de 2021, quando haveria uma análise das providências cabíveis. Esta análise, ainda segundo a petição,

[40] Partido Comunista do Brasil – PcdoB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Socialista Brasileiro – PSB e Cidadania.

foi feita em reuniões realizadas nos dias 03 e 04 de janeiro de 2021, sendo exaradas as seguintes conclusões:

> - há possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, devido à falta de recursos humanos para o funcionamento dos novos leitos;
>
> - há deficiência na resolutividade da atenção primária, por não estarem utilizando as orientações de intervenção precoce para Covid-19, conforme orientações do MS;
>
> - há dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos;
>
> - há dificuldades na contratação de profissionais com habilitação para atuação nas UTIs;
>
> - há necessidade de estruturação de leitos de UTI com celeridade para atendimento aos pacientes que já demandam internação, constatada pela alta ocupação dos leitos dos serviços de urgência e emergência (salas rosas e vermelhas) - taxa de ocupação atual de 89,1%; e
>
> - estima-se um substancial aumento de casos, o que pode provocar aumento da pressão sobre o sistema, entre o período de 11 a 15 de janeiro, em função das festividades de Natal e réveillon.

Prosseguindo, a AGU informa que foi concebido pelo Ministério da Saúde o *"Plano Manaus"*, com diretrizes voltadas à normalização do atendimento à saúde[41]. Na sequência, expõe-se uma informação importantíssima, qual seja, a de *que "o Ministério da Saúde não havia sido informado da crítica situação do esvaziamento de estoque de oxigênio em Manaus, ciência que se operou em 8 de janeiro"*[42]. Logo após, foi apresentada tabela indicando a entrega de oxigênio na cidade a partir do dia 12 de janeiro.

---

[41] Destacou-se as seguintes diretrizes:

"c. Secretaria de Atenção Primária à Saúde (SAPS) - Apoiar o funcionamento adequado e oportuno dos serviços de atenção primária para atendimento ao aumento de contingente de casos de Síndrome Gripal e monitoramento dos pacientes com necessidade de isolamento. - Auxiliar no provimento médico emergencial para a APS por meio do Programa Mais Médicos pelo Brasil. (...) d. Secretaria de Atenção Especializada à Saúde (SAES)

- Apoiar o funcionamento adequado e oportuno da organização da rede de atenção para atendimento ao aumento de contingente de casos de SG, SRAG e da infecção humana por SARS-CoV-2. - Apoiar a ampliação de leitos, reativação de áreas assistenciais obsoletas, ou contratação de leitos com isolamento para o atendimento dos casos de SG, SRAG/Covid-19.
- Orientar a organização da rede de atenção à saúde para disponibilidade de UTI que atenda a demanda de cuidados intensivos para casos graves, garantido adequado isolamento dos pacientes no período da pandemia. - Apoiar os gestores locais na aquisição de medicamentos para intubação orotraqueal de pacientes com quadro de SRAG/Covid-19 graves em situações de desabastecimento."

[42] Em depoimento à intitulada "CPI da Covid", o Sr. Eduardo Pazuello divergiu do quanto alegado pela AGU, informando que tomou conhecimento da crise do oxigênio somente em 10 de janeiro. https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/05/4925537-pazuello-contradiz-agu-sobre-data-que-soube-da-crise-de-oxigenio-em-manaus.html. Acesso em 22/06/2021

Outras depoentes, contudo, alegaram que o então Ministro da Saúde teria tomado ciência em data anterior (07 ou 08 de janeiro), em consonância com a petição apresentada pela AGU.

Desta narrativa, é importante destacar três marcos temporais: (i) o da última semana de dezembro, quando se verificou o *"aumento significativo de hospitalizações"*; (ii) as reuniões realizadas nos dias 03 e 04 de janeiro, nas quais foi constatada a *"possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias"*, bem como as *"dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos"*; (iii) data da alegada ciência do Ministério da Saúde quanto à situação crítica de esvaziamento do estoque de oxigênio em Manaus – dia 08 de janeiro de 2021.

4.2.2 Representação Ministerial para Instauração de Inquérito em desfavor do Sr. Eduardo Pazuello

Após a agremiação política Cidadania protocolizar, em 15 de janeiro de 2021, uma representação[43] em face do, à época, Ministro da Saúde o Ministério Público Federal apresentou petição ao Supremo Tribunal Federal requerendo a instauração de inquérito em desfavor do então Ministro da Saúde. Em resposta à representação, o *Parquet* indica que foi encaminhado ofício à Procuradoria-Geral da República, anexando duas centenas de documentos.

Da análise do material, o *Parquet* federal teceu algumas considerações. Inicialmente, destacou-se que, apesar de informado sobre o aumento de casos desde dezembro, o Ministério da Saúde teria enviado uma comitiva apenas no início de janeiro.

Na sequência, chama-se atenção ao documento intitulado *"Ações Emergenciais Decorrentes do Agravamento dos casos de Covid-19 no Estado do Amazonas – Plano Manaus"*, datado de 06 de janeiro e alegadamente subscrito pelo então Ministro da Saúde, no qual foi constatada a possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde e estimado um aumento substancial dos casos.

O referido documento também menciona que a ciência quanto ao desabastecimento de oxigênio, por parte do Ministério da Saúde, se deu no dia 08 de janeiro, indicando-se que *"aparentemente"* a única ação desencadeada foi a realização de visita às instalações da empresa que fornecia oxigênio em Manaus, bem como *"do reconhecimento, na mesma empresa, das obras onde será instalada uma nova planta"*.

---

https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/25/secretaria-contradiz-pazuello-e-diz-que-ex-ministro-soube-de-crise-do-oxigenio-no-am-dois-dias-antes.ghtml. Acesso em 22/06/2021

https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/06/ex-secretario-manaus-desmente-pazuello-falta-oxigenio/. Acesso em 22/06/2021

[43] Aponta-se na representação a suposta prática do delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, bem como de alegada prática de ato de improbidade administrativa, descrito no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92.

Ainda se reportando ao ofício recebido, o *Parquet* aponta que a entrega de oxigênio começou apenas no dia 12 de janeiro, ou seja, quatro dias depois da alegada ciência do Ministério da Saúde quanto ao desabastecimento de oxigênio.

Ao final, aduz o ilustre Procurador-Geral da República que:

> considerando que a possível intempestividade nas ações do representado, o qual tinha dever legal e possibilidade de agir para mitigar os resultados, pode caracterizar omissão passível de responsabilização cível, administrativa e/ou criminal, mostra-se necessário o aprofundamento das investigações a fim de se obter elementos informativos robustos para a deflagração de eventual ação judicial.

Ao que parece, vislumbrou-se a possibilidade de responsabilização penal por omissão, na medida em que se aventou que o Ministro da Saúde detinha um dever legal de ação, possibilidade de agir e que, mesmo assim, teria agido intempestivamente.

5. Análise Jurídica das Circunstâncias e Condutas Possivelmente Atribuíveis ao Sr. Eduardo Pazuello no bojo da Crise do Oxigênio

Viu-se que a representação do Ministério Público Federal, ao menos a princípio, deixa em aberto a possibilidade de futura responsabilização penal do Ministro da Saúde em virtude de alegada omissão. Igualmente observou-se que durante o mês de janeiro deste ano, e especialmente no ápice da Crise do Oxigênio, houve um aumento no número de internações, identificação de casos e óbitos relacionados à Covid-19 no Amazonas.

Pois bem. A análise jurídica que o presente artigo propõe é a seguinte: das circunstâncias e condutas possivelmente atribuíveis ao então Ministro da Saúde, é possível, em tese, vislumbrar responsabilidade pelos óbitos eventualmente relacionados ao desabastecimento de oxigênio no estado?

Como visto, esta responsabilização demanda requisitos específicos. Passa-se, então, a fazer um cruzamento destes requisitos - explicados no capítulo 02 deste artigo -, com os supostos fatos esposados no capítulo anterior, a fim de verificar se, nas condutas alegadamente praticadas, estariam presentes os pressupostos de tipicidade objetiva para a responsabilização penal por omissão imprópria.

5.1 Verificação da situação típica de risco

Considerando a cronologia feita no capítulo 3.1, não parece haver dificuldades para identificação de uma situação típica de risco. Contudo, um ponto para maior aprofundamento certamente seria o de *quando* esta situação se verificou.

Ao final do item 3.2.1, destacou-se três marcos temporais como importantes para a análise feita no presente trabalho[44]. Inicialmente, aparenta ser evidente que as situações postas nestes três marcos, de alguma forma, relacionam-se com um perigo à vida e à saúde daqueles cidadãos que dependem ou poderiam depender do sistema de saúde do estado do Amazonas para tratamento.

De todo modo, uma mera relação genérica não se mostra suficiente para a verificação da situação típica. Não se pode perder de vista que o risco deve transpor o limite do permitido. Ademais, não se trata de um risco abstrato, mas, ao revés, de risco intrinsecamente relacionado a uma ameaça dirigida a um bem jurídico específico.

Dessa forma, considerar o marco temporal "*a"* como início da situação típica de risco (rememorando que se trata de uma análise atinente ao delito de homicídio), soa, *a priori*, equivocado. Malgrado não se olvide que um aumento expressivo no número de hospitalizações demande providências a quem lhes cabe, a indicação de que haveria uma ameaça concreta à vida, naquele momento, parece inadequada.

Noutro giro, o mesmo não ocorre em relação aos dois marcos temporais posteriores. A indicação de um colapso *iminente* do sistema de saúde, atrelada à previsão de dificuldades para obtenção de insumos hospitalares – isso tudo em meio ao cenário de pandemia – parece, a princípio, suficiente para se verificar uma ameaça concreta à vida de pessoas que certamente necessitariam de tratamento junto à rede de saúde do estado.

Nesse sentido, uma indicação posterior que ainda agrava este cenário, qual seja, a de desabastecimento de oxigênio, insumo essencial ao tratamento de pacientes acometidos pela COVID-19, certamente representa um perigo ainda mais sólido à vida. Esta ameaça concreta

[44] Relembrando: (i) o da última semana de dezembro, quando se verificou o "aumento significativo de hospitalizações"; (ii) as reuniões realizadas nos dias 03 e 04 de janeiro, nas quais foi constatada a "possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias", bem como as "dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos"; (iii) data da alegada ciência do Ministério da Saúde quanto à situação crítica de esvaziamento do estoque de oxigênio em Manaus – dia 08 de janeiro de 2021.

ao bem jurídico, então, é que inaugura para o agente garantidor o dever de praticar uma conduta determinada a fim de resguardá-lo.

Ao final, não parece haver dúvidas de que, com base na documentação analisada no presente artigo, verificou-se uma situação típica de risco a partir da iminência do colapso do sistema de saúde e do desabastecimento de oxigênio.

5.2 Omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento

Diante do cenário fático que configurou a situação típica de risco, soa óbvio que providências deveriam ser adotadas com o intuito de impedir que o risco se concretizasse em lesões a bens jurídicos, especialmente a vida.

Não obstante, como visto previamente, não basta que haja um dever de ação genérico. Deve-se, diante do caso concreto, analisar qual conduta específica seria demandada ao agente a fim de se evitar o resultado. Ademais, também é necessário verificar se este mesmo agente teria a capacidade físico-real de realizar essa conduta, bem como se, sob um aspecto normativo, a conduta estaria ao seu alcance.

De antemão, parece extrapolar os objetivos deste trabalho a identificação desta conduta determinada, cabendo aos órgãos que investigam o fato eventualmente chegar a esta conclusão, por se tratar de matéria essencialmente fática.

De todo modo, *a priori*, parece lícito concluir que havia condutas ao alcance do Ministro da Saúde à época dos fatos, até mesmo porque, como visto, a própria Advocacia-Geral da União atestou que diversas medidas foram adotadas. Não obstante – e aqui, possivelmente, pode residir a omissão –, o ponto a ser aprofundado é se estas medidas foram adotadas *tempestivamente*, ou, ainda, se havia outras medidas que poderiam e deveriam ter sido providenciadas, mas não o foram.

Um exemplo: viu-se que nas reuniões dos dias 03 e 04 de janeiro constatou-se a possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, bem como problemas na aquisição de materiais de consumo hospitalar. Seria possível ao Ministro da Saúde, diante dessa constatação, determinar uma mobilização para envio de itens hospitalares extras, como o oxigênio? Ou, ainda, que determinasse ou pleiteasse junto ao Ministério da Defesa uma preparação logística para eventual necessidade de entrega emergencial de oxigênio?

Sob um aspecto normativo, a resposta positiva soa óbvia, já que se trata de medida intrinsecamente relacionada ao exercício da sua função[45]. Sob um aspecto empírico, a princípio parece razoável concluir que sim, haja vista que, segundo a AGU, o Ministério da Saúde providenciou a entrega de oxigênio em Manaus quatro dias depois de ser informado *"da crítica situação do esvaziamento de estoque de oxigênio".*

Entretanto, é evidente que a verificação deste pressuposto no caso concreto não será simples, devendo haver, frise-se, investigações aprofundadas para delimitação da conduta determinada que em tese foi omitida, uma vez que, sem esta precisa identificação, eventual responsabilização penal por omissão imprópria é inviável.

5.3 Causalidade

Como adiantado no item 2.3, há duas teorias concorrentes para análise da causalidade na omissão: a teoria da evitabilidade e a teoria da diminuição do risco, sendo a primeira atualmente predominante. No entanto, considerando que não há a identificação da conduta determinada e exigida de evitação do resultado no caso em concreto, fica prejudicada a análise de causalidade no presente artigo. Contudo, ainda que a conduta já estivesse delimitada, a análise de causalidade demandaria intensa produção probatória.

É que, inicialmente, deverão ser identificados aquele(s) que alegadamente faleceram em decorrência da possível omissão do então Ministro da Saúde em adotar as devidas providências de maneira tempestiva. Na sequência, em um exercício hipotético, deverá ser inserida no curso causal a conduta tida como omitida para verificar se, caso fosse praticada, os óbitos não teriam ocorrido[46]. Em caso positivo, estará verificado o nexo de causalidade.

Por fim, é importante ressaltar que os resultados típicos deverão ser analisados individualmente, devendo-se estabelecer um nexo causal para cada um dos óbitos. Uma análise genérica de causalidade não será suficiente.

[45] Segundo o Decreto nº 9.795/2019, em seu art. 1º, VI, do anexo I, o Ministério da Saúde tem em sua área de competência os seguintes assuntos: V - insumos críticos para a saúde; VI - ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais, lacustres e aéreos;"

[46] Caso, por outro lado, utilize-se a teoria da diminuição do risco como parâmetro, a existência de uma chance de salvamento será suficiente para verificação do nexo causal.

5.4 Imputação Objetiva

Apresentou-se, no tópico 2.4, os três pressupostos elencados por Roxin para a realização da imputação objetiva no caso concreto[47].

Pois bem. No tópico 4.1, delineou-se a existência de uma situação típica de risco, qual seja, a iminente possibilidade de colapso do sistema de saúde no mês de janeiro, bem como de falta de insumos essenciais aos hospitais. A princípio, sob o ponto de vista criminal, não parece razoável atribuir a situação emergencial vivida pelo estado do Amazonas a uma determinada pessoa. Por outro lado, mostra-se pertinente uma análise sobre um incremento do risco previamente verificado.

Nesse passo, propõe-se o seguinte raciocínio: considerando que o panorama do sistema de saúde do estado do Amazonas mostrou-se crítico, bem como que havia a necessidade premente da adoção de medidas por parte de atores públicos - dentre os quais o então Ministro da Saúde - para normalizar ou ao menos mitigar a situação, é possível concluir que a suposta não adoção tempestiva de medidas é uma conduta omissiva incrementadora do risco proibido.

Com efeito, tendo em vista que se tratava de uma situação que colocava em risco o tratamento de pacientes em meio a uma pandemia, sem o qual poderia haver uma possibilidade real e concreta de morte, também aparenta ser possível, *a priori*, concluir pela criação de um risco proibido à vida. No que tange à realização do risco proibido criado – no caso, incrementado -, deverá restar demonstrado o efetivo colapso do sistema de saúde e falta dos insumos pertinentes (o que já parece estar comprovado), bem como que esta situação (colapso e falta de insumos) deu ensejo ao(s) óbito(s) em análise.

Como exemplo, imagine-se a hipótese de um paciente que tenha falecido em virtude de um ataque cardíaco fulminante, completamente dissociado das condições médicas atinentes ao coronavírus. Muito embora houvesse um risco proibido, neste exemplo hipotético o óbito não se deu em virtude do tal risco, de modo que o resultado, portanto, não seria objetivamente imputável. Se, por outro lado, constata-se a ocorrência de um óbito diretamente relacionado ao risco proibido, não haverá, nesse aspecto, óbice à imputação objetiva do fato.

Por fim, quanto ao terceiro pressuposto, não se vislumbra razões jurídicas para considerar que o resultado não tenha se dado dentro do alcance normativo do tipo. Partindo-se

[47] Relembrando: (i) criação do risco proibido e (ii) realização do risco proibido criado (iii) dentro do alcance normativo do tipo. É sabido, ademais, que se enquadra no primeiro pressuposto não só a criação de um risco proibido, mas também o seu incremento.

de um conceito formal do alcance normativo (ou fim de proteção da norma), como aquele trabalhado por Luís Greco[48], para verificação deste pressuposto basta que o curso causal que culminou na afetação do bem jurídico esteja abrangido pelos cursos causais que a norma em apreço pretenda coibir.

Em outras palavras: da norma presente no art. 121 do Código Penal, extrai-se a proibição do suposto curso causal objeto de análise no presente artigo? Especificamente: se há uma suposta omissão de providências diante da possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde de um estado, e tal omissão dá ensejo a um óbito, há uma afetação de bem jurídico que o crime de homicídio pretende evitar?

Se a resposta for positiva, e vislumbra-se que seja, estará preenchido o terceiro pressuposto que elencamos previamente, concluindo-se então pela possibilidade jurídica de imputação objetiva do resultado. Por fim, passa-se à análise da existência da condição (ou não) de garantidor do então Ministro da Saúde.

5.5 Figura de Garantidor

O *status* de garantidor, como visto, é uma exigência prevista no art. 13 do Código Penal.

Para além deste requisito legal, demonstrou-se que a verificação da posição de garante depende da comprovação de um fundamento material, ou seja, que exista uma situação fática a partir da qual se possa aferir que o agente assumiu o controle de uma fonte de perigo ou assumiu a proteção de um determinado bem jurídico[49].

Pois bem. Desde já, é importante destacar alguns dispositivos legais e constitucionais. Os artigos 196 e 200 da Constituição Federal estabelecem que a saúde deve ser assegurada pelo Estado a todos, atribuindo-se ao Sistema Único de Saúde o controle e fiscalização de produtos e equipamentos pertinentes. Por sua vez, o Decreto nº 9.795/2019, no art. 1º do seu anexo I, define que o Ministério da Saúde tem em sua área de competência a "coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde – SUS", os "insumos críticos para a saúde" e a "ação preventiva

[48] Segundo o autor, o verdadeiro sentido da ideia "fim de proteção da norma" é o de que "a norma proibitiva visa a evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou não foi o risco que se estava a analisar." (GRECO, 2014, pág. 105)

[49] A distinção entre a obrigação do agente garantidor – controle da fonte de perigo ou salvaguarda de um bem jurídico – mostra-se sob um aspecto *funcional*, sendo determinante para a identificação da espécie de garantidor: de proteção ou vigilância. (ESTELLITA, 2017)

em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais, lacustres e aéreos".

Em resumo, pode-se concluir que cabe ao Ministério da Saúde[50], ainda que de maneira concorrente com outros entes da Federação, adotar as providências necessárias para garantir o acesso à saúde, seja por meio de ações de vigilância epidemiológicas, seja por meio do controle e fiscalização dos produtos e insumos necessários, seja, ainda, por meio de medidas preventivas.

Dessa forma, cotejando os dispositivos legais e constitucionais mencionados, bem como considerando que o Ministro da Saúde é a autoridade máxima dentro do seu Ministério, entende-se que, ao menos em tese, atribuições como (i) a adoção das providências necessárias para garantir o acesso à saúde, (ii) a execução de ações de vigilância epidemiológicas, (iii) o controle e fiscalização dos produtos e insumos necessários para a rede de saúde e (iv) a implementação de medidas preventivas, dentre outras, são atribuições exigíveis do Ministro da Saúde.

No ponto, verifica-se esta exigibilidade não só por um aspecto formal, mas também sob um aspecto material, haja vista que o contexto fático permite aferir que o então Ministro da Saúde exercia, efetivamente, um domínio sobre as providências que seriam ou não adotadas pelo Ministério que comandava.

Com efeito, ainda que soe óbvio, esclarece-se que não se está a concluir que o Ministro, *pessoalmente*, deva se ocupar de todas essas e tantas outras funções da pasta que comanda. É evidente que há, no Ministério da Saúde, assim como em quaisquer estruturas complexas, uma delegação de tarefas e funções.

No entanto, o agente que delega funções não se exonera da sua condição de garantidor. O que ocorre, em verdade, é a distribuição da titularidade de deveres entre mais de um agente, que, como efeito prático, poderá conferir outros deveres ao garantidor originário, como, por exemplo, deveres de seleção adequada, emissão de instruções, supervisão e fiscalização, dentre outros. (ESTELLITA, 2017).

Para os fins propostos neste trabalho, não há espaço para as ricas discussões acerca dos efeitos da delegação e seus limites, tampouco às questões afetas ao princípio da confiança. Bastará, por ora, que se possa estabelecer as seguintes premissas:

[50] Especificamente quanto aos Ministros de Estado, incluído, evidentemente, o Ministro da Saúde, o art. 87 da Constituição Federal elenca como aspectos da sua competência "exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência".

(i) Havia uma situação típica de risco relacionada à iminência de colapso do sistema de saúde do Amazonas, mormente quanto à real possibilidade de desabastecimento de insumos necessários para o tratamento de pacientes acometidos pelo coronavírus;

(ii) Considerando o contexto de pandemia e o cenário de risco delineado, a adoção de providências destinadas ao correto funcionamento do sistema de saúde e ao abastecimento dos insumos essenciais à população, a fim de resguardar a saúde e a vida daqueles que dependessem do sistema de saúde para tratamento de enfermidades relacionadas ao coronavírus, tornou-se exigível àqueles que detinham a responsabilidade de executá-las;

(iii) Levando em conta as atribuições legais e constitucionais do Ministro da Saúde, atreladas ao quadro fático, pode-se considerar que a adoção das providências supracitadas constituía um dever que lhe era, em teoria, juridicamente exigível.

A partir destas premissas, vislumbra-se que ao então Ministro da Saúde poderia, em tese, ser oponível um dever especial garantia, especificamente uma garantia de proteção em relação à saúde e à vida dos cidadãos do Amazonas que se encontravam dependentes do sistema de saúde do estado para tratamento relacionado ao coronavírus[51].

6. Conclusão

O estudo da omissão imprópria no âmbito de organizações, públicas ou privadas, mostra-se cada vez mais necessário, na medida em que a complexidade das estruturas de poder, já há algum tempo, vem desafiando o Direito Penal. Todavia, a importância do aprofundamento no tema não deve ser vista como a "descoberta" de uma nova modalidade punitiva, mas como adaptação do Direito Penal "clássico" à atualidade.

É dizer, não se busca com o presente artigo uma ampliação na responsabilização penal por omissão, mas sim o estabelecimento de balizas para que, em caso de vislumbrar-se esta responsabilidade, que somente seja atribuída dentro de parâmetros justos e legais. Não por outro

[51] Sobre a posição de garantia de proteção dos funcionários públicos, menciona-se o seguinte trecho: "Outro subcaso da posição de garantidor de proteção é o dos funcionários públicos, que têm deveres de agir não só em benefício do Estado, como em benefício dos cidadãos. Alguns fundamentam essa posição no contrato social, outros na assunção de funções de proteção, cujos deveres passam a onerar o agente porque assume deveres positivos atrelados a um papel social. (ESTELLITA, 2017, p. 99)

motivo fez-se, inicialmente, uma análise dos pressupostos de tipicidade objetiva da omissão imprópria, para, somente então, iniciar-se a tratar sobre os fatos objeto deste trabalho. Pretendeu-se, com isso, estabelecer um ponto de partida uniforme para a análise de qualquer caso que trate sobre omissão imprópria.

Especificamente quanto aos fatos trabalhados, percebeu-se que não seria irrazoável cogitar, sob um aspecto *objetivo*, eventual possibilidade de responsabilização penal por omissão imprópria em relação aos óbitos decorrentes da crise do oxigênio no Amazonas. Ao revés, viu-se que, a partir de dois documentos e informações de domínio público, alguns pressupostos de tipicidade objetiva, *a priori*, já estariam presentes.

Contudo, é somente até este ponto que podemos nos debruçar. Uma análise conclusiva quanto a todos os requisitos de tipicidade objetiva, como salientado algumas vezes, depende de um exame fático que ultrapassa as possibilidades deste artigo científico. O mesmo, evidentemente, se aplica a uma eventual análise de tipicidade subjetiva.

Sendo assim, encerra-se com a pretensão de contribuir para os estudos da omissão imprópria no Direito Penal e suscitar um debate quanto à sua aplicabilidade em meio à análise dos fatos relacionados à intitulada Crise do Oxigênio no Amazonas.

7. Bibliografia

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria** - 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Comisión por omisón. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Memento práctico. Penal económico y de la empresa**. 1. ed. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2012.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**; tradução Ronan Rocha. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva** – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Gunther. **Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de la Sociedade**. 1. ed. Civitas Ediciones, S.L, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión. In: ARAVENA, Claudia Cárdenas; NIEDMANN, Jorge Ferdman (org.). **El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy**. Santiago: Thomson Reuters, 2016.

_____. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad. In: **Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales**, **VOL. LXVI**, 2013.

_____. La omisión impróprια en la dogmática penal alemana. Una exposición. In. **Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales**, **Tomo 50**, **Fasc/Mes 1-3,** 1997.

PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada** – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PUPPE, Ingeborg. **Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal.** Organização: Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho; tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. In**: Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 39**, julho-setembro/2002.

SCHUNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropria o la comisión por omisión. IN: VALDÉS, Carlos García (coord.), et al. **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal, volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros**.** Breves considerações sobre os delitos omissivos. IN: **Revista Quaestio Iuris - Vol. 2, Nº. 2**. 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

As políticas de *compliance* e a autoregulação regulada como ferramentas de prevenção à lavagem de dinheiro.

Silvia Monique Santos Cezar[1]

Resumo: O presente estudo versa sobre as políticas de *compliance* e a autoregulação regulada como ferramentas de prevenção à lavagem de dinheiro. Tem como objetivo principal verificar, à luz do novo panorama do Direito Penal, no viés da criminalidade econômica transnacional, se as políticas de *compliance* e a autorregulação regulada são ferramentas eficazes de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Nota-se que o Direito Penal está profundamente relacionado com as questões do estudo por proporcionar diretrizes que definem condições viáveis para o desenvolvimento de uma análise mais aprofundada, que por diferentes enfoques e perspectivas, consegue refletir sobre as hipóteses levantadas na pesquisa e a chegar às primeiras reflexões investigadas e considerações finais com segurança.

Palavras-Chave: Lavagem de Dinheiro; *Criminal Compliance*; Autorregulação Regulada

1. Introdução

Este estudo trata da importância das políticas de *compliance* e a autorregulação regulada como ferramenta de prevenção à lavagem de dinheiro, no contorno da criminalidade econômica transnacional sustentada nas novas tecnologias e formas de conexão promovidas pela globalização.

Diante das exigências da Lei de Lavagem de Ativos, o Estado introduziu as políticas de *Compliance*, visando o fortalecimento das medidas de combate à delinquência econômica, criou institutos e instituições jurídicas, que para além de robustecer os dados relativos às transações financeiras, aprimorou as investigações.

[1] Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal); membro do grupo de pesquisa Grupo de Pesquisa em Criminologia Critica na America Latina da UCSal; bacharela em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa; especialista em Ciências Criminais e Sistema Prisional pelo Grupo JusPetrum. Advogada do escritório Barreto e Cezar Advocacia.

Neste sentido, emerge a autorregulação regulada nos *compliance programs,* com as imposições trazidas pela lei à cooperação privada na prevenção dos delitos econômicos, que implica em individualizar uma empresa de acordo com as suas especificidades e a legislação da sua área de atuação a partir da autonomia conferida pelo Estado a sofrer uma autorregulação regulada.

Nessa perspectiva, emerge a indagação que este estudo busca responder: em quais aspectos a autorregulação regulada e as políticas de *criminal compliance* podem auxiliar na prevenção do crime de lavagem de dinheiro numa sociedade globalizada?

O estudo de tal temática, tão vasta e complexa, representa um desafio, como demonstram as diversas investigações multidisciplinares da área, que, sob diferentes enfoques e perspectivas, vêm continuamente tentando avançar a compreensão teórica sobre o assunto.

Por meio do método hipotético-dedutivo, o estudo caracteriza-se pela utilização da metodologia de pesquisa do tipo teórico-bibliográfico, no qual buscou-se, por meio da abordagem qualitativa, o exame de fonte primária bibliográfica, qual seja, a análise documental.

2. Políticas de compliance: a autorregulação regulada e os desdobramentos penais na prevenção à lavagem de capitais

O *compliance* é uma temática jurídica recente no Direito brasileiro. Antes de entender as razões do *compliance* representar uma autorregulação regulada e a sua funcionalidade como ferramenta de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, é elementar conceituar para compreender sua complexidade e aplicabilidade numa empresa[1], verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada, de acordo com a particularidade de cada atividade econômica desenvolvida por cada sociedade empresária.

O *Compliance*, termo advindo do inglês "*to comply*" significa estar em conformidade com o ordenamento. É utilizado para definir as ações com escopo de mitigar riscos a que o empreendedor está vulnerável, e sobre os quais várias teorias fundamentam o direito privado no ordenamento jurídico pátrio, além de propor uma estrutura de prevenção da corrupção e fraude nas organizações, além da garantia na transparência, independentemente do ramo e da

[1] Não olvidando que é possível a aplicação na seara da administração pública, mas que não se revela o foco deste estudo.

natureza da atividade, sem prejuízo das organizações sem fins lucrativos. (SCHRAMM, 2018, p. 317)

Diante da especificidade e ao mesmo tempo da amplitude da ciência jurídica, faz-se necessário um olhar curioso sobre como o *Compliance*, a complexidade do Direito e as mudanças do cenário empresarial podem convergir para a aplicabilidade prática, e em um olhar mais amplo a economia mundial na forma como vem se modificando, de modo que estas mudanças acabam por repercutir nas relações comerciais e jurídicas e, consequentemente desembocam no Poder Judiciário, seja na esfera administrativa, cível ou no Direito Penal, o qual, como ainda carece de disposição, tem como umas das fontes principais a doutrina penal que, segundo Luís Greco, tem que funcionar como espécie de quarto poder, o poder que não tem controle, mas que controla pelos argumentos (SOUZA, 2015).

Nesta era de "Politicamente Correto", há a necessidade que o próprio mercado cria de contínuo incremento e/ou melhoramento das políticas nas organizações. A relevância de que as empresas se atentem e incorporem as medidas também no que se refere às práticas fundadas na ética, ou ainda melhor, no estrito cumprimento, mas também com o olhar voltado à teleologia da norma e o respeito à sua finalidade, sem prejuízo de providências que tratem da melhoria nas estratégias. (VIEIRA, 2016).

A constatação de que os *compliance programs* apresentam, na grande maioria das vezes, uma incidência mais acentuada de controles de origem criminal decorre de um fator extrínseco motivador: a legislação que obriga as organizações privadas a estabelecerem mecanismos típicos de combate à criminalidade econômica.

A visão de que os *compliance programs* são predominantemente de vertente criminal é um ponto de convergência na doutrina brasileira (SILVEIRA, p.114-128). Mas não apenas esse fator extrínseco em específico pode ser considerado, isoladamente, causa para o surgimento de *criminal compliance programs*. Todd Haugh (2016, p. 190) identifica outra, além da legislação, que, ao passo que contribui para o surgimento de *compliance programs*, igualmente influencia um viés criminal. É o fator extrínseco, pois advém extramuros da organização privada: o surgimento de uma investigação pública criminal em face da organização privada e/ou seus empregados tendo em vista indícios de prática de uma ou mais condutas criminosas.

Apesar de o autor atentar-se à necessidade do *compliance* não poder ser unicamente voltado à temática criminal, fato é que ele não nega a evidente importância e até a necessidade de existir um *criminal compliance program*. É essa conclusão que interessa ao presente estudo,

pois deixa claro que um *compliance program* efetivo depende de austeros controles de natureza criminal. (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 88)

Esses controles criminais devem se apresentar, conforme a lei Lei n.º 9.613/98, a lei Lei n. 12.846/2013, e o Decreto nº 8.420/2015, em três momentos distintos: antes (preventivo), durante (detectivo) e depois (remediador).

Nas leis relativas à matéria, é possível encontrar inúmeras disposições de controle que, em última análise, têm como objetivo de prevenir e detectar corrupção no Brasil, mas que se referem, detidamente, a inúmeros outros atos que, normalmente, pairam sobre os crimes de lavagem e corrupção. São outras condutas (também potencialmente criminosas) secundárias ao crime fim, como, por exemplo, controles relacionados a conflito de interesses e transações com partes relacionadas, importância da elaboração de pesquisa reputacional quando da contratação de terceiros (fornecedores, prestadores de serviços), registros contábeis fidedignos de todas as operações, análise de riscos, dentre outros (BRASIL, 2015).

De um lado, o Poder Público passa a partilhar com as organizações privadas a aplicação prática de verdadeiras ferramentas de política criminal, facilitando a essas o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Facilita, pois as organizações privadas não passam mais a responder somente à generalidade e abstração da lei, podendo editar regras internas moldadas de maneira precisa à luz das especificidades de seu nicho de atuação, o que propicia o desenvolvimento da atividade econômica, além de torná-la mais segura e sustentável.

Ao passo que a organização privada tem a liberalidade de moldar um *criminal compliance program* à luz das suas particularidades, mitigando a ocorrência de prisões, de condenações criminais e de multas – transferência de responsabilidade penal – surge o ônus de ter de lidar com uma maior transparência e com a existência de uma efetiva responsabilização penal.

A visão de que o *criminal compliance program* reveste a organização privada com um manto que impede o risco criminal dos empregados e da própria pessoa jurídica é, então, incorreta. Na realidade, diminui-se o risco, mas quando surge uma situação concreta, há grandes chances de a responsabilização penal ser muito mais ágil, segura e precisa, pois o *criminal compliance program* auxilia, e muito, na individualização das condutas.

Repare-se que um *criminal compliance program* tem duas facetas muito marcantes. A primeira, de um sistema (privado) desenhado para prevenir, detectar e remediar condutas criminosas a partir do exercício prático de controles tipicamente criminais, mitigando ao

máximo o risco criminal da organização privada e de seus empregados. A segunda, a transparência no desenvolvimento das atividades empresariais, da qual decorre uma assunção clara de funções, em especial daqueles cargos diretamente designados para operar o sistema. Por fim, vale ter em mente que essas duas características são fortemente presentes em *criminal compliance programs* em razão de estímulos legais, ou seja, de autorregulação regulada; a legislação (sistema anticorrupção) acaba fomentando, tendo em vista o perfil das disposições legais editadas, *criminal compliance programs* que priorizem tais facetas.

Considerando a complexidade na qual as sociedades empresárias e os seus respectivos colaboradores estão, hoje, inseridos, em particular por consequência da globalização, criaram-se os *corporate compliance programs*, que nada mais representam do que uma área, um departamento dentro da sociedade empresarial responsável por fazer valer uma integral observância da legislação aplicável.

Os *compliance programs* são autoimposições voluntárias de *standards* de conduta que, em regra, aplicam-se à sociedade empresária que os editou e aos colaboradores a essa vinculados. Uma vez que esses padrões de condutas esperados estão voltados à temática da criminalidade econômica transnacional, identifica-se o *criminal compliance program*; são exemplos claros: a política de prevenção à lavagem de dinheiro, a política anticorrupção e a política concorrencial, dentre outras.

Todas essas políticas internas são regramentos privados dotados de verdadeira força normativa, que, assim como as legislações aplicáveis à sociedade empresária (aquelas emanadas dos Estados, por meio das autoridades que têm poder para editar a lei), devem ser seguidas por essa e seus colaboradores.

3. O *criminal compliance* como "autorregulação regulada"

Com as exigências advindas da Lei de Lavagem de Ativos, o Estado reagiu às demandas assumidas com outros países e introduziu as políticas de *Compliance*, com vistas ao fortalecimento das medidas de combate à delinquência econômica. Criou institutos e instituições jurídicas, que para além de robustecer os dados relativos às transações financeiras, aprimorou as respectivas investigações.

Neste sentido, emerge a autorregulação regulada nos *compliance programs* com as imposições trazidas pela lei à cooperação privada na prevenção dos delitos econômicos.

A conceituação do termo *compliance program* (em tradução livre, programa de *compliance*) pode ser melhor entendida a partir do momento em que se constata qual a sua meta. Para tanto, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2015, p. 128) [2] interpretam como "particularizar uma empresa, conforme seu porte, as implicações e disciplinas da sua atividade a sofrer uma autorregulação regulada, ademais, é necessária também a ponderação das responsabilidades em caso de descumprimento dos deveres."

A ideia é, diante das peculiaridades de cada empresa, implantar os deveres de vigilância para extinguir, senão evitar ao máximo o descumprimento às normas.

Essa fragilização da compreensão de responsabilidade individual acontece em razão do esmaecimento de juízos morais que correspondem, por exemplo, cultura criminógena encontrada no ambiente empresarial (SILVA SÁNCHEZ E VARELA, 2013, p. 278-286).

Evidencia-se a presença de outros elementos contribuidores, como a limitação para responsabilização jurídica diante da difusão de responsabilidades, haja vista que o ente empresarial é um corpo coletivo (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 171-205).

Nesta esteira, Pastor Muñoz (2006) indica possíveis razões para a proliferação da delinquência econômica: a estrutura da empresa; a subcultura empresarial e os diretores. Neste aspecto, verifica-se um afrouxamento no respeito a determinadas leis pelos seus principais destinatários, obedecendo-as apenas quando convém. Por isso fala-se em cultura empresarial, visto que é neste universo que os membros convivem, com esta lógica e códigos de conduta. (SANLLEHÍ, 2009, p. 7-8)

Por último, quando os próprios diretores dão subsídios para a delinquência econômica, também é necessário remeter à cultura empresarial, oportunidade e conhecimento para delinquir utilizando-se da estrutura da empresa (PASTOR MUÑOZ, 2006, p.5). Para ilustrar, os exemplos são vários, como a imposição de metas aos empregados que só são possíveis de atingir se agir em descontento de alguma norma, ou ainda regimentos internos ou bonificações salariais fingidamente lícitas (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 174).

[2] "A meta de um *compliance program* mostra-se, claramente, que se deve individualizar a complexidade da empresa, verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada. A partir de então, passa-se à pretensão do sopesamento das questões de responsabilidade pelo eventual *non compliance*, ou seja, pelo não cumprimento dos deveres de vigilância."

Outro elemento que corrobora para alimentar a fertilidade para prática delitiva do ambiente negocial é o *risk shifting*, quando a pluralidade de agentes que trabalham na empresa agem com intuito de velar o risco jurídico de suas atribuições: os sócios transferem a responsabilidade aos gestores, que da mesma maneira, transladam aos seus subordinados hierarquicamente (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 175).

Como consequência disto, em razão da divisão do trabalho, as informações não são difundidas na empresa (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 175), haja vista que não há identidade entre o sujeito que detém poder de decisão e o que tem conhecimento. Esta limitação verte-se em outra situação: o parco domínio que promove a existência de oportunidades para conduta criminosa (MONTIEL, 2013, p. 221-242).

Assim, é possível identificar os reflexos no âmbito corporativo de como a globalização direcionou a sociedade para o lucro e o individualismo. Todavia, cumpre enfatizar que não são todas as empresas que terão crimes cometidos em seu interior, mas apresentam condição favorável para prática delitiva.

Um programa de *compliance* criminal, em contrapartida, tem o propósito de elaborar instrumentos preventivos e de identificação da prática de crimes no bojo da atuação empresarial, uma vez que se preocupa com a observância da legislação aplicável (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.115).

A ideia é, em primeiro momento, mapear e reconhecer as ameaças mais significativas da atividade empresarial, para assim, criar e implementar mecanismos de controles preventivos e de detecção àqueles delitos cuja probabilidade de ocorrer é maior. Num segundo momento, direciona-se à execução da correção (se for possível) ou a minoração das falhas verificadas.

A execução desses controles preventivos e de detecção acaba por encontrar barreiras na legislação aplicável, pela pessoa jurídica e/ou de seus empregados (inclusive terceiros), em virtude de esses controles simbolizarem instrumentos de política criminal transferidos ao ente particular pelo poder público (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.115).

Renato de Mello, Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2015, p.116) entendem que o Estado, ao repartir responsabilidades de natureza criminal, empenha-se em ser mais bem-sucedido no combate à criminalidade econômica. O que inevitavelmente implica em aumento da responsabilidade, com novos deveres.

É imperiosa a delimitação à atuação privada, através da legislação, tendo em mente que a política criminal era de uso quase na sua totalidade de poder do Estado. Com mais autonomia, o descumprimento poderá vir com maior rigidez.

Leandro Sarcedo (2016, p.16) aborda a autorregulação regulada em seus estudos. Segundo o autor, a autorregulação não é apenas regulada, mas forçada. Para explicar, fez um paralelo da intervenção do Estado no poder econômico, por um dado tempo da atividade econômica, o Estado de forma coercitiva no que se referia à ilicitude, ao perceber que não era a maneira mais eficiente, relativizou os mecanismos de controle, socializando com o setor privado.

Neste sentido, o termo "forçada" faz referência à necessidade de alteração na forma de atuação do Estado, além do mais, relaciona-se ainda com a condição de processo inacabado, dado que a economia é dinâmica, precisando, desta maneira, ser revisitado constantemente (SARCEDO, 2016, p.16).

A regulação da atividade econômica eficiente representa vantagens ao Estado, pelo viés econômico no sentido de fortalecer e consolidar a economia, mas especialmente na redução na delinquência econômica, vez que quando há equilíbrio a sua incidência é reduzida (RUGGIERO, 2017, p.216).

Aprofundando essa questão da autorregulação regulada, cabe observar aspectos importantes: o primeiro é o reconhecimento de que o Estado sozinho não consegue combater a criminalidade econômica, segundo é que o setor privado, não alcançou sem a intervenção estatal o desenvolvimento econômico esperado, para assim reduzir a incidência de delitos.[3]

Ainda pelo viés da abordagem feita por Leandro Sarcedo (2016, p.28), os atores econômico-financeiros restaram incapazes de autorregular-se, bem como o poder público, na sua atuação exclusiva, não revelou grande êxito na persecução da criminalidade econômica.

Schmidt (2018, p.33-46) converge com o pensamento de Sarcedo, no sentido da ineficiência de ambas as forças (Estado e entes particulares) de antever e evitar os delitos econômicos, ou em ocorrendo, identificar e corrigir, na sua atuação independente.

[3] A fase da autorregulação da Economia representou, como trazido anteriormente, uma atuação repressiva, *post factum*, do Estado no tocante àquelas condutas tidas como desviadas, ou melhor, das condutas caracterizadas como incluídas no gênero criminalidade econômica. Ora, se o Estado atuava a *posteriori* apenas, logo é possível dizer que cabia tão somente aos entes privados o simples dever de estar em conformidade quanto à legislação que lhe é aplicável; surgido um fato *contra legem*, o Estado iria punir.

Schmidt (2018, p.33-37) descreve a autorregulação livre da Economia como uma circunstância na qual o mercado não conteve, isoladamente, prevenir e remediar anomalias (delitos) econômicas. De outro modo, também se revelou insuficiente a heterorregulação planificada da Economia, quando exclusivamente o Estado opta por empenhar-se em prevenir e remediar anomalias econômicas.

Já a heterorregulação autônoma da Economia reflete a avidez em atingir um equilíbrio entre Estado e particulares na prevenção e remediação das transgressões sucedidas da atividade econômica (SCHMIDT, 2018, p.38-41).

Verifica-se que uma flexibilização do poder público que vem ocorrendo numa marcha contínua na elaboração e implantação de políticas criminais. Todavia, definir o *compliance program* tal qual significasse apenas a transmissão da responsabilidade penal do Estado às empresas é equivocado. Portanto, deve-se caminhar em direção a um olhar mais amplo quando for aplicar o conceito de *compliance program*, vislumbrando evitar uma definição simplista ou equivocada, podendo assim desencadear uma aplicação sem a real percepção da nova realidade jurídica imposta pelo *compliance*. Assim, revela-se imprescindível uma compreensão mais integral, no sentido de autorregulação regulada de modo a ter a noção contida na ciência jurídica.

Considerando que o capitalismo promoveu, por meio da globalização, uma ascensão da tecnologia, e com ela o desenvolvimento de alguns setores, bem como as alterações culturais que implicaram para a sociedade, esses e outros são alguns elementos que tornaram excessivamente complexo para o estado o controle adequado das estruturas empresariais (COCA VILA, 2013, p. 43-44).

Neste sentido, a criminalidade também evoluiu, haja vista o que existem aqueles que se beneficiam da ineficiência do estado e ao mesmo tempo outros o que se valem da estrutura das empresas para a prática delituosa.

Ademais disso, não se pode olvidar que independentemente de punição, em muitos casos não é possível retornar ao *status quo ante* do dano social já provocado, de modo que a prevenção ao crime e, ao mesmo tempo, ao dano social é a melhor forma de evitar esta problemática.

Coca Vila (2013, p.45) entende que é irrefutável que compete ao estado regular a atividade empresarial, mas a estratégia de realizar a autorregulação por meio da delegação de

parte do poder à própria empresa e se utilizar dos dados e de parte dos processos já executados para intervir de forma mais rigorosa é muito mais eficaz.

Desta maneira, a ideia é que eu Estado estimule o que as empresas adotem as práticas adequadas (KUHLEN, 2013, p. 51-76), para que assim consiga se tornar mais efetivo com a regulação da economia e promova com eficiência a devida prevenção. (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015, p.250)

Na autorregulação regulada, o Estado, detentor do poder regulatório, delega aos particulares parte desse poder permitindo que elaborem especificamente para as suas empresas um corpo normativo, e à distância consegue redefinir a sua atuação utilizando-se daquilo que a empresa produziu e dos dados por ela fornecidos para cumprir a sua finalidade. (COCA VILA, 2013, p. 43-76)

Cumpre salientar que tecnicamente ao delegar fração da função regulatória para as empresas, o poder público não cede a titularidade da função porque, em última análise, ao se autorregular, a empresa está agindo de acordo com o interesse público (que neste caso foi pré-determinado pelo Estado). (COCA VILA, 2013, p. 43-76)

De forma positiva, o fato de as empresas conhecerem melhor as especificidades da sua área de atuação, bem como estão atentas às necessidades técnicas e tecnológicas mais modernas, elas otimizam e potencializam as regulamentações necessárias, e por consequência tornam a intervenção estatal mas é eficaz; (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015, p.119) b) Autorregulação transferida ou *devolved self-regulation*, nesta modalidade o poder público também transfere parte do seu poder de regulação, como também a supervisão e sanção, mas mantém para si a competência para revisar tais disposições (*enforcement*); c) co-regulação ou *cooperative self-regulation*: nesta modalidade os agentes e equipes das empresas trabalham de maneira coordenada na elaboração dos regimentos especificamente.[4] (COCA VILA, 2013, p. 51-52)

Para Nieto Martín (2008, p.5), este modelo, seria uma forma de controle social mais sofisticado. Alguns autores entendem que o Estado transfere parte do seu dever de prevenir a criminalidade económica, de modo a caracterizar uma privatização, o que reforçaria o controle

[4] Nesse último 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 regulados. No Brasil, atualmente, a autorregulação assume o viés dessa última variante.

social em face da criminalidade ao incentivar que empresas adotem medidas que complementem a função estatal no seu poder de polícia e de sansão.[5]

Outro ponto positivo para a autorregulação regulada, e que a torna ainda mais legítima é o fato de que por não existir ainda um programa de cumprimento legal, cada empresa pode especificamente avaliar os riscos do próprio negócio da atividade (COCA VILA, 2013, p. 61), que possui necessidades diferentes. (MOLINA, 2014, p. 147).

Para Nieto Martín (2008), há quatro características principais na autorregulação regulada. O primeiro é a necessidade de um código de conduta, ou normas de comportamento. O segundo ponto tem relação com mecanismos de armazenamento de dados. A terceira característica seria direcionada especificamente para criação do comitê de auditoria, além de outras pessoas responsáveis pela manutenção do setor de *compliance* na empresa. O quarto elemento seria a necessidade, ou melhor a exigência de uma auditoria externa para certificar e avaliar a integridade do sistema de autorregulação. (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 171-205).

O *Compliance* representa o empenho empreendido pelo setor privado no sentido de prevenir a criminalidade econômica, bem como garantir o cumprimento das normas aplicáveis à atividade desenvolvida, mas principalmente promover a integridade corporativa (MAEDA, 2013, p. 167). Assim, aplicando as normas jurídicas e outras diretivas definidas para a empresa e, por seu intermédio, exerce o direito vigente e afasta os prejuízos (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 176).

Desta maneira, na hipótese do cometimento de delito no ambiente empresarial, a probabilidade de identificação pela própria empresa, pelos *compliance programs* são maiores, viabilizando a investigação e a correção de danos eventualmente gerados. (MAEDA, 2013, p. 192)

Esses métodos precisam vigorar como ferramenta corporativa genuína, segundo Montiel (2013 p. 225), que "i) esclareça e fomente que os colaboradores ajam conforme a lei; ii) identifique as infrações, mas também reconheça e potencialize os comportamentos positivo através de benefícios e promoções; e por fim, iii) penalize as práticas ilícitas".

[5] Desta forma é possível verificar benefícios as duas partes, por um lado o poder público se aproveita do aparato privado de controle para garantir que as suas pretensões de ordem segurança se executem, e por outro lado os agentes privados aproveitam o amparo e o apoio do poder público e do Direito Penal em sua atuação. (MOLINA, 2014, p. 151-152)

Esse método pressupõe que a ausência ou escassez de valores éticos significa o motivo principal da criminalidade empresarial, assim, remodelar a administração corporativa adotando estas diretrizes consiste na forma mais efetiva de combate à criminalidade.[6](PASTOR MUÑOZ, 2015. p. 8).

O autocontrole da organização se revela uma estratégia político-criminal necessária de censura ao delito próprio do âmbito empresarial, haja vista a ineficiência da prevenção geral negativa da norma penal empresarial, bem como da persecução penal do Estado a *posteriori*, mas especialmente por abranger conteúdo direcionado não apenas à prevenção, mas também para mudança de cultura no ambiente corporativo "em um ciclo virtuoso em direção à não tolerância à corrupção" e neutralizar os impactos criminógenos (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 176). De mais a mais, é tão mais vantajoso às corporações editar seu próprio regulamento, diante de uma economia global e complexa pautada no bojo de inúmeras novas especificidades técnicas e seus riscos do que seguir normais genéricas que não se aplicam concretamente à atuação de cada empresa (SIEBER, 2013, p.98-99).

A prevenção acontece por meio da elaboração de um diagnóstico jurídico da atuação da empresa e suas relações internas e externas (BENEDETTI, 2013, p. 303-32), com a intenção de amoldá-la à legislação pertinente[7](SÁNCHEZ RIOS, p. 341-375. p. 351). e afastar práticas transgressoras. (NIETO MARTÍN, 2008. p. 29).

Assim, torna-se praticável delinear precisamente a atuação da empresa, como também verificar riscos (SIEBER, 2013, p. 91) consideráveis da conduta dos colaboradores e definir os limites de cada departamento (SCANDELARI, 2015, p. 184).

Em outras palavras, o objetivo principal do *criminal compliance* revela-se em evitar o acometimento da norma penal (SÁNCHEZ RIOS, 2015, p.351) agindo no controle social (NIETO MARTÍN, 2008, p.29) de forma *ex ante* ao delito.

Assim, o Direito Penal alcança um novo horizonte. Agora o Estado transmite aos agentes privados o dever de prevenir, investigar e informar eventuais ilícitos detectados, por meio de uma legislação reformulada que estimula as políticas de *compliance*, mas também estatui penalidades na hipótese de descumprimentos.

---

[6] "Essas diretrizes funcionam como verdadeiros 'alto-falantes' da legislação penal atinente." (FORIGO, 2017).

[7] Sánchez Rios esclarece 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.

Em que pese aparente que o poder público esteja ausente diante das novas disciplinas, o Estado avança de forma ativa na execução de políticas públicas criminais, de forma mais harmônica no contexto atual em que a globalização demarca os aspectos econômico-financeiros. (RUIVO, 2011, p. 23).

4. *Criminal compliance*: novas perspectivas e desafios

No contexto de possibilidades legais que se mostram capazes de solucionar os conflitos, resultantes de questões divergentes sobre a prevenção e combate aos delitos empresariais, especialmente no âmbito das instituições bancárias, busca-se sugerir modalidades de penalização justa.

4.1 Norma penal incriminadora específica: concepção

Em 1992 a CICAD (Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas) aprovou na assembleia-geral da OEA (Organização dos Estados Americanos) o Regulamento Modelo sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro relacionados com o tráfico ilícito de drogas e outros delitos graves, na ocasião foi recomendada a tipificação da conduta das instituições bancárias, seus funcionários ou representantes, que dolosamente não observem os deveres de *compliance.*

É cediço que o Brasil não atendeu às recomendações do Regulamento Modelo ao deixar de tipificar o descumprimento dos deveres de *compliance* como proposto pela CICAD.

Assim, o transgressor da Lei de Lavagem de Capitais brasileira será responsabilizado apenas administrativamente, na forma prevista em seu art. 12, na hipótese de inobservância dos deveres de *compliance*. A esse respeito, Hassemer (1994, p. 478) observa que muitas das proibições incorporadas ao Direito Penal alemão, a exemplo da disciplina de proteção do meio ambiente e da economia, têm sido provenientes da jurisprudência administrativa. Por outro lado, a ausência de legislação específica, no caso do *Compliance Officer*, não deixa de ensejar a imputação criminal, uma vez que o responsável pelas políticas de *compliance* nas instituições financeiras, aqui no Brasil, assume a posição de garantidor.

O Regulamento Modelo prescreve a incriminação do descumprimento das obrigações de *criminal compliance*. Em princípio, soa como uma tipificação criminal que representa uma conduta, sem qualquer menção ao resultado específico, de modo que caracteriza um delito de perigo abstrato. Neste sentido, se seguida a recomendação da CICAD, a conduta omissiva de

quem colabora para a prática do crime de lavagem estaria descoberta, o que prejudicaria a punição do agente por lavagem de dinheiro, por omissão imprópria.

Por outro lado, ainda, a falta de um tipo penal específico para processar e punir o descumprimento dos deveres de *compliance* provoca consequências inoportunas. A exemplo disso, Barbosa (2010, p. 490), as varas federais especializadas em crimes econômicos e lavagem de dinheiro têm se socorrido dos tipos penais da lei de crimes contra o sistema financeiro para estimular os deveres de colaboração.

Em que pese não exista um dispositivo específico para proteger penalmente a infração às obrigações de *compliance* pelas instituições financeiras que desviem dos contornos do crime omissivo impróprio de lavagem de dinheiro, pode não ser a melhor saída valer-se das disposições da lei dos crimes contra o sistema financeiro, uma vez que os deveres de *compliance* não se reservam à tutela do sistema financeiro.

Numa análise mais aprofundada, a edição de um tipo penal específico revela-se desafiadora diante da recomendação da elaboração de um tipo penal de perigo abstrato para tutela dos interesses dos órgãos de inteligência financeira que fatalmente implicará na falta de alcance da norma incriminadora para imputação do agente por lavagem de dinheiro, por omissão imprópria. (TANGERINO, 2006, p. 159-192)

Cumpre advogar mais uma vez pela aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, visto que a criação de um novo tipo penal que cumpra a demanda pela tipicidade formal, por mais que abrigue a descrição detalhada da conduta que se procura proibir ou impor, bem como a individualização da pena, ambos bem delineados, poderia provocar um excesso de condenações criminais.

A Lei de Lavagem de Dinheiro, em seus arts. 10 e 11, estipulou sanções administrativas àquelas pessoas obrigadas que descumpram as obrigações de *compliance*. Neste aspecto, providências legais têm se revelado eficientes para conter a omissão das instituições financeiras na colaboração com o COAF, o que reforça o argumento sustentado de que o Direito Penal deve ser utilizado apenas quando necessário à solução dos conflitos sociais.

A crítica é feita no sentido de que aquiescer com inchaço do Direito Penal nesse caso pode equivaler com corroborar para a desvalorização da sua atuação, visto que estaria atuando em momentos que outros ramos do direito seriam capazes de elidir a conduta indesejada.

4.2 Norma penal incriminadora da lavagem de ativos na modalidade culposa

O elemento volitivo no crime de lavagem de dinheiro pode ser alcançado na modalidade culposa ou dolosa, mas neste ponto do estudo, debruça-se apenas à primeira modalidade, que consiste no desconhecimento do lavador de que os ativos recebidos eram fruto de delitos e que nas circunstâncias do caso concreto não pudesse cogitar a origem ilícita, segundo a jurisprudência do STF, na AP 470 (BRASIL, 2012).

A doutrina e os Tribunais Superiores têm interpretado a Lei 9.613/98 no sentido de que diante da ausência de previsão legal, a modalidade culposa deve permanecer sem punição (BRASIL, 2012).

Todavia, na prática forense e em alguns casos de grande repercussão, verifica-se a ampliação punitiva que autoriza a tipificação do delito de lavagem de dinheiro também na espécie do dolo eventual tem levado os aplicadores da norma a julgar uma conduta culposa como se fosse dolosa, com fundamento na teoria da cegueira deliberada, caracterizada pela prática de uma conduta negligente de lavagem, que seja duramente reprovada socialmente, (CABRAL, 2018).

É sabido que a existência de erros judiciários ou a necessidade do Judiciário de trazer resposta social à prática de um delito não constitui fundamento necessário à criação de tipos penais.

Em razão disso, no trajeto deste estudo, foi cogitada a sugestão da edição de dispositivo que tipifique o delito na modalidade culposa como forma de evitar os excessos punitivos gerados pela falta de previsão legal. Ou seja, elaboração de um tipo penal culposo que desse cabo aos desafios encontrados pelo judiciário quando da individualização das condutas e, que obstasse o uso desregrado do instituto do dolo eventual como fundamento para imputação da lavagem de dinheiro diante da flexibilização que o tipo penal na modalidade dolosa na prática vem sendo desvirtuada, e cuja tendência é que a ampliação do conceito seja ainda mais relativizada com o passar do tempo.

A tipificação da modalidade culposa seria uma forma de direcionar o tipo penal mais grave (modalidade dolosa) à atuação que proporcionalmente fizesse jus a uma penalização mais severa.

Por outro lado, deve-se considerar as críticas, inclusive, advindas de outros países em que há a referida previsão legal da modalidade culposa (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 328). É imperioso reconhecer que a imputação da lavagem de dinheiro na modalidade culposa

é exceção entre os países que compõem o GAFI, visto que a previsão legal das recomendações por ele emplacadas para a conduta criminosa, restringe-se essencialmente à modalidade dolosa.

Em verdade, ao acrescentar a modalidade culposa ao tipo penal, alastra-se o alcance do poder punitivo. O problema a ser enfrentado não é o incremento da forma culposa, pois o excesso punitivo reside na hipótese de imputação equivocada de um crime na modalidade dolosa ao indivíduo que agiu com culpa.

A inclusão da modalidade culposa não evita o excesso punitivo, uma vez que ele não decorre da ausência de previsão legal, mas da imputação inadequada da prática dolosa quando não houve dolo.

Cumpre acrescentar que, embora o dolo eventual e a culpa consciente sejam conceitos penais limítrofes, no caso concreto, há meios de apuração e verificação motora da prática do crime, o que revela, à luz da individualização das penas, desproporcionais à imputação de conduta mais grave.

Enfim, ao considerar as razões para a criação do novo tipo penal de lavagem de dinheiro culposa, verifica-se que a tendência em ampliar a punição pelo dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, revela-se uma saída perigosa para a ampliação de imputações injustas. Por outro lado, a criação de uma norma penal que abranja a modalidade culposa do delito de lavagem de capitais não se demonstra a via adequada, uma vez que não se revela eficaz no combate ao excesso punitivo, ao revés, amplia-se o leque de punição.

4.3 Atenuante específica: a contextualização e a necessidade da sua instituição

Em linhas gerais, depreende-se da norma e da doutrina que os crimes omissivos decorrem da violação de uma norma mandamental, enquanto os comissivos derivam da transgressão de uma norma proibitiva[8] (JESCHECK, 2002, p. 648).

Boa parte dos autores compreendem da análise do preceito secundário da norma penal que os delitos comissivos importam numa maior reprovabilidade social da conduta, de modo que implicam numa maior restrição da liberdade do sujeito[9] (FARIA COSTA, 1992, p. 392).

[8] Para Jescheck as normas jurídicas são normas de proibição ou preceptivas. As primeiras proíbem uma ação determinada; a infração consiste na realização de uma norma proibida, enquanto que por meio das segundas, é ordenada uma ação concreta; a infração jurídica consiste na omissão desse fazer. "*Todos los delitos omissivos son infracciones de las normas preceptivas*". (JESCHECK, 2002).

[9] Como quer Faria Costa (1992): "Ninguém duvida, ou melhor, para uma quase totalidade da comunidade afigura-se líquido que, por exemplo, o homicídio levado a cabo por acção, se comparado com o perpetrado por omissão, deve ser mais fortemente punido. há no 'facere', um potencial, um transporte de energia e uma

Neste sentido, é possível identificar o porquê do reconhecimento de que o delito omissivo é menos grave do que o comissivo.

Munhoz Netto (1982, p. 8) entende que o juízo de censura pessoal, que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio é menor do que aquele que acomete um criminoso na modalidade comissiva, haja vista o desgaste energético para viabilizar a consumação do que aguardar o seu acontecimento, quando deveria impedi-lo[10]. Por este motivo, no que tange ao delito omissivo impróprio, o menor grau de reprovação sobre o autor do crime deve refletir na medida da pena.

Nesta esteira, o Código Penal Português, em seu art. 10 (FIGUEIREDO DIAS, 2007, apud CARDOSO 2013), e também o Código Penal Espanhol, estabeleceram causa facultativa de atenuação de pena para os crimes omissivos impróprios.

No ordenamento jurídico brasileiro, em que pese não haja respectivamente uma cláusula expressa no mesmo sentido, é possível a aplicação das circunstâncias atenuantes inominadas previstas no art. 66 do Código Penal.

Não obstante a atenuante inominada arrolada no art. 66 do Código Penal seja direito subjetivo do réu, é exígua sua aplicação do ponto de vista jurisprudencial. Desta maneira, sugere-se, com intuito de viabilizar uma dosimetria da pena adequada, ainda que não seja criado o tipo penal de lavagem culposa, a introdução na Lei de Lavagem de Dinheiro de uma atenuante específica para o delito praticado por omissão imprópria.

Esta medida favoreceria a individualização da pena, dado que a atenuante balizaria a dosimetria para o cálculo mais próximo da realidade.

5. A visão dos tribunais sobre o *criminal compliance*

Os Tribunais têm abordado a responsabilização criminal do *compliance officer* em julgamentos importantes. O *leading case* alemão, a decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão, datada de 17 de julho de 2009 (BGH StR 5 394/08), embora não esteja relacionado aos delitos de lavagem de dinheiro ou corrupção, discute a questão do *compliance officer* como

realização que se cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou o desvalor que geram ganhem uma densidade que o 'omittere' não pode beneficiar ou sequer reinvindicar.".

[10] "é, geralmente, menor do que a reprovação sobre o autor do correspondente crime comissivo. Isto porque o produzir o resultado através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que comtemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo". Os crimes omissivos no Brasil. (Munhoz Netto, 1982)

garantidor em caso de ocorrência de crimes no interior da empresa. E nesta condição, é tutor da obrigação de proteção e vigilância do cumprimento da norma (SAAVEDRA, 2011).

Segundo o entendimento esposado na referida decisão, o *compliance officer* foi posto na posição de garante, tendo sido estipuladas as obrigações de prevenção de danos na empresa conforme esperado, mas também no sentido de evitar que danos ocorram a terceiros em razão de atos praticados pela empresa (PLANAS, Apud SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 319).

No Brasil, no julgamento do caso do mensalão (Ação Penal 470), em 2012, o Supremo Tribunal Federal, analogamente condenou três dirigentes do Banco Rural pela conduta omissiva da prática de crimes de evasão de divisas, formação de quadrilha, gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012).

Esse fato representou um dos maiores casos de corrupção política no governo brasileiro, com grande repercussão de forma negativa. De acordo com a fundamentação constante do acórdão, os réus eram os responsáveis pelo departamento de *compliance* da instituição financeira, e como tal, foram omissos no dever de prevenir a consumação de crimes, ou sabendo, deixaram de reportar aos órgãos competentes[11].

Esse importante precedente trouxe a atual compreensão jurisprudencial de que a maior parte dos casos de envolvimento de instituições financeiras nos processos de lavagem de dinheiro acontece na modalidade omissiva, seja pela participação de seus agentes da base da hierarquia funcional, do *compliance officer* ou de seus diretores[12].

---

[11] De acordo com a denúncia, e nos termos do acórdão que conta com vinte e cinco condenações e doze absolvições, o mensalão foi um grande esquema de financiamento ilegal de parlamentares em troca de apoio político ao governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). O núcleo financeiro do Mensalão (que também possuía um núcleo político e um núcleo operacional) na qualidade de garante do dever de evitar a ocorrência de crimes de lavagem de dinheiro no ambiente da instituição financeira, de acordo com a posição assumida pelo STF, foi condenado pela omissão, *verbi gratia*: "Em que pese o esforço argumentativo da defesa, inclusive com novos memoriais, é muito claro nos autos, que *a prática das várias operações de transferências e mútuos não seria possível senão com a deliberada e efetiva participação dos dirigentes do Banco Rural.* A atuação da instituição financeira foi fundamental para a prática do delito. Basta, num simples exercício mental, suprimir na cadeia causal os atos atribuídos aos dirigentes do Banco Rural *para se verificar que o crime imputado não se consumaria. E, como alhures exposto, os dirigentes tinham dever de evitar a prática criminosa (obrigação legal, garante) e, de fato, também eram os responsáveis pela área de combate à lavagem de dinheiro*". Trecho do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa no julgamento do Mensalão, fls. 55.24 a 55.025.

[12] Sob o ponto de vista dos defensores, no julgamento da Ação Penal 470, com relação à condenação de alguns réus por condutas omissivas, teria havido um desvirtuamento pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal da teoria do Domínio do Fato, de criação do doutrinador alemão Claus Roxin, para evitar a absolvição por faltas de provas. Desse modo, diante da hipótese de condenação baseada tão somente em razão do cargo ocupado por certos réus, teria ocorrido por parte do Supremo Tribunal Federal uma distorção das garantias processuais e penais previstas constitucionalmente.

Por outro lado, os crimes processados no mensalão estão na classe dos crimes próprios, logo não são delitos de domínio, mas de violação de dever, de modo que, na condição de Corte Suprema - eminentemente técnica, não deveria sequer ser sugerida a utilização desta teoria. (ROXIN, 2009, p. 89).

Neste sentido, o entendimento do próprio Roxin esposado em entrevista à Folha de São Paulo, quando esteve no Brasil, o Poder Judiciário não deve ficar ao lado do clamor da opinião pública, de maneira a se afastar do Direito ao prolatar suas decisões, especialmente no caso de condenações sem provas, com base apenas em indícios, como ocorreu no mensalão (GRILLO; MENCHEN, 2012). Sob o ponto de vista dos defensores, teria havido um desvirtuamento da teoria do Domínio do Fato, para evitar a absolvição por faltas de provas. Desse modo, diante da hipótese de condenação baseada tão somente em razão do cargo ocupado por certos réus, teria ocorrido por parte do Supremo Tribunal Federal uma distorção das garantias processuais e penais previstas constitucionalmente. (CANÁRIO, 2013)

A conduta consiste na omissão (deixar de fazer) quanto ao dever de fiscalizar ou de comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro imposto pela lei[13].

Tecnicamente todos os bancários submetem-se a esse dever legal, todavia, o *compliance officer* tem o dever de garantidor. Tem o encargo, inclusive, de identificar todos os colaboradores que se omitiram das suas obrigações legais, ou contribuíram para a execução do delito[14].

Assim, diante da análise sobre o *compliance* como um sistema para prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro, a nova perspectiva por ele inaugurada no Brasil

[13] Com relação à omissão destacamos do acórdão da Ação Penal 470 o seguinte trecho: "Em verdade, o julgamento expressamente refere-se aos réus que estruturam o núcleo financeiro como responsáveis pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de *compliance*, contabilidade, jurídica, operacional, comercial e tecnológica da instituição financeira". Segundo a manifestação final da acusação, "as ações dos dirigentes do Banco Rural perpassaram por todas as etapas do esquema ilícito, desde a sua origem (financiamento), passando pela sua operacionalização (distribuição) e, ao final, garantindo a sua impunidade (não comunicação das operações suspeitas)" – Trecho do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa no julgamento do Mensalão (BRASIL, 2013).

[14] Neste aspecto, encontra-se no acórdão da Ação Penal 470 a seguinte menção: "A tese do réu quanto ao seu desconhecimento não merece ser acolhida, na medida em que o Banco Rural possui um sistema de controle e, inclusive, *uma área de compliance que indica consoante bem destacado pelo Sr. Carlos Godinho, a prática de operações suspeitas. Assim, o réu teve a informação disponibilizada pela área de compliance e, em associação com os demais réus do núcleo financeiro, conscientemente desconsiderou os riscos inerentes às operações, a fim de viabilizar a prática de ilícitos criminais.* Não há qualquer prova nos autos de que o réu José Roberto Salgado tenha na qualidade de Diretor ou mesmo de Vice-Presidente de Operações do Banco Rural *praticado qualquer conduta no sentido de fazer cessar as operações ilícitas perpetradas com a SMP&B.* A sua atuação na área de câmbio do Banco Rural não o eximia de responsabilidade quanto à renovação dos empréstimos fraudulentos". (BRASIL, 2013, p. 2.270- 2.271)

tornou menos rígida imputação criminal, porquanto a mera exasperação das penas não significa a melhor forma para obstar a criminalidade organizada e transnacional.

Em outra perspectiva, tem-se observado que as implicações das determinações estabelecidas nas políticas de *compliance* transformaram-se numa ferramenta de prevenção e combate ao crime posta de maneira compulsória às instituições bancárias, visto que seu desatendimento provoca desfechos que podem diferir de sanções administrativas a condenações criminais.

6. Programas de *compliance*: verificação dos efeitos

A esta altura do estudo investigativo, a aferição da efetividade dos programas de *compliance* é uma incumbência desafiadora e complexa, senão impossível. Para elucidar, a Europa é um excelente exemplo, haja vista que está há mais de duas décadas no combate à lavagem de dinheiro. A despeito dos milhões de euros investidos pelas instituições bancárias privadas, segundo Verhage (2009, p. 124), não há precisão ao afirmar se as políticas de *compliance* são exitosas ou não.

A *priori*, o autor argumenta a ausência de ferramentas aptas a mensurar os efeitos dos programas de *compliance* no atual panorama econômico. Além do mais, não há estatísticas ou cálculos conclusivos acerca do volume de ativos que é introduzido informalmente na economia da União Europeia, e menos ainda se tem conhecimento acerca do montante de dinheiro que ingressa ilegalmente.

Em seguida, a outra razão constitui-se no desafio de estabelecer de maneira exata os objetivos buscados pelas políticas de *compliance*, considerando a presença do Estado e do setor privado agindo em função dos seus interesses.

Contudo, um meio de superar essa dificuldade traduz-se em socorrer-se de critérios indiretos[15] (VERHAGE, 2009, p. 125). Neste sentido, com o intuito de tentar aferir os resultados das políticas de *compliance*, considera-se os números de relatórios de transações suspeitas dirigidos às autoridades competentes, o número de acusações por crimes de lavagem de dinheiro, e o número de confiscos de produtos de crime.

[15] "In spite of a continuous global policy of anxiety on money laundering and the strains that are put on the private sector, the net law enforcement results seem rather low. In the end then, who is the actual "window dresser"... the financial sector or the autorithies?"

Por mais que se utilize de critérios complementares para avaliar o impacto da lavagem de dinheiro na economia e a eficiência das políticas de *compliance*, ainda assim revelam-se inconclusivos os estudos, os cálculos e as estimativas em razão da complexa cadeia da ilegalidade dos crimes econômicos, bem como pelos motivos anteriormente citados.

Nos seus estudos, Blanco Cordero (2009, p. 127 a 134) ao investigar sobre a situação espanhola, sugere a utilização das estatísticas indiretas para alcançar uma noção aproximada dos benefícios auferidos pelos programas de *compliance* ao sistema antilavagem de dinheiro.

Verhage compartilha do mesmo entendimento ao asseverar que os resultados dessas políticas não podem ser calculados com precisão, por efeito das diferentes incógnitas qualitativas que devem ser analisadas (BLANCO CORDERO, 2009 p. 135).

No Brasil não existe um sistema unificado de dados sobre a lavagem de dinheiro, assim a Receita Federal, a Polícia Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, além de outros órgãos do Poder Público, dispõem de dados autônomos e setorizados o que torna ainda mais difícil avaliar os resultados da implementação do programa de *compliance* (BARROS; CONTE, 2006, p. 427).

Igualmente à União Europeia, no Brasil inexistem dados precisos acerca da efetividade das políticas de *compliance*, acrescente-se que aqui a implementação dos deveres de governança corporativa encontra-se em fase incipiente, se comparados à Europa e aos EUA.

De toda sorte, o Relatório de atividades do COAF do ano de 2020 informa que foram produzidos e disseminados às autoridades competentes onze mil seiscentos e doze Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs). A base de dados do Coaf reúne mais de 26 milhões de comunicações de operações suspeitas e em espécie. Desse total, aproximadamente 6,2 milhões de comunicações foram recebidas somente em 2020, provenientes dos setores obrigados (COAF, 2020).

Vale a pena ressaltar que uma parte dos relatórios contendo informações financeiras é resultante da análise de comunicações recebidas dos setores obrigados, e a outra, de solicitações de intercâmbios de informações realizadas por autoridades nacionais e unidades de inteligência financeira de outros países.

Além disso, em cumprimento à Recomendação 34 do GAFI, o COAF vem suprindo os bancos de dados com informações sobre os resultados dos relatórios recebidos, com a finalidade de melhorar as medidas internas de combate à lavagem de dinheiro.

Assim, em que pese seja salutar compreender a relevância crescente das políticas antilavagem de dinheiro no cenário global, a ausência de uma demonstração acerca da efetividade destes programas em face dos custos das instituições financeiras para mantê-los, o seu desfazimento não se torna facultativo, haja vista que é obrigatória a condução das atividades das instituições financeiras serem pautadas nas premissas de um sistema de *compliance*.

Frente diante da autorregulação e da colaboração regulada/forçada das instituições financeiras com o Poder Público, na missão de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, verifica-se que o melhor modo de realizá-lo é convergir os interesses públicos e privados de maneira que os programas de *compliance* valham a pena e superem seus custos, configurando uma referência imensurável de segurança jurídica para as instituições financeiras.

Afinal, não restando frutíferos os resultados a uma instituição financeira, ela pode sofrer com as implicações das falhas em seus programas de *compliance*, refletindo-se: na perda de seu ativo financeiro; com o risco de sanções legais ou regulatórias; além de perda financeira ou de reputação.

O *compliance* não pode ser interpretado como uma operação automática de responsabilização jurídico-penal por omissão, nem causar temor aos cidadãos, nem representar a institucionalização de um indivíduo responsável no eventual envolvimento da instituição financeira em crimes de lavagem de dinheiro, uma vez que por mais que seja aceita a posição de garantidor do *compliance officer* a responsabilidade penal sempre deverá ser individualizada (BARKOW, BARKOW, 2011, p.).

7. Conclusão

O *compliance* examinado sobre o ângulo criminal deve ser tratado como *criminal compliance*, termo utilizado para dar forma a essa realidade de Direito Penal a qual o ente privado passou a ser inserido. Nesse sentido, significa a existência, por parte do ente privado, de um programa cuja principal finalidade é a conformidade com a legislação penal aplicável à sociedade empresária e a prevenção e combate aos delitos.

O *criminal compliance* representa uma "autorregulação regulada" na medida em que é visto como um compartilhamento de responsabilidades penais do ente público ao ente privado, em que este último passa a poder editar nos seus regramentos internos conteúdos de natureza fundada no Direito Penal. Todavia a liberdade do ente privado não é ilimitada à elaboração das regras internas, pois a lei impõe parâmetros para o setor privado no tocante à matéria.

A Lei Federal n. 9.613/1998 é o marco legal do surgimento do *compliance* no Brasil por inaugurar a previsão de instrumentos de *compliance* tipicamente penais.

O *criminal compliance* no Brasil descreve a necessária obediência às normas sobre prevenção e combate ao crime de lavagem, e impõe aos sujeitos legalmente obrigados, sob pena de sanções administrativas e criminais, a prevenção, a investigação e a comunicação às autoridades competentes dos delitos praticados em razão da atividade empresarial.

A atividade financeira passou a fazer parte da estratégia político-criminal para combate à internacionalização dos crimes de lavagem de dinheiro, e questões de natureza econômica passaram a ocupar um papel de destaque na justificação da intervenção penal sobre alguns crimes.

Introduzir na Lei de Lavagem de Dinheiro uma atenuante facultativa específica para o crime praticado por omissão imprópria colaboraria para uma justa dosimetria da pena.

Os programas de *compliance* são obrigatórios em algumas atividades empresariais, apesar da impossibilidade de ser comprovada sua efetividade em face dos custos que representam.

8. Referência

AUGUSTIN SANLLEHÍ, José R. Estrategias y limites en la prevención del delito dentro de la empresa: a proposito del control del correo electrónico del trabaljador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP). **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. P; 8. Disponível em http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de *compliance*** . Conceito Editorial. v. 2, 2010, p. 492.

BARKOW, Anthony S.; BARKOW, Rachel E. (Ed.). **Prosecutors in the Boardroom: Using criminal Law to regulate corporate conduct.** New York: New York University Press, 2011.

BARROS, Marco Antonio de; CONTE, Christiany Pergorari. **Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação**. Revista da EMESC, v. 13, n. 19, p. 427-457, 2006.

BENEDETTI, Carla Rahal; BARRILARI, Claudia Cristina. ***Criminal compliance*** **previne responsabilidade penal**. *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/criminal-*compliance*-previne-responsabilidade-penal-pessoa-juri- dica >. Acesso em: 1º mar. 2021.

BLANCO CORDERO. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estúdio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica**. Eguzkilore Cuadernos del Instituto Vasco de Criminologia, San Sebastián, n. 23, p. 117-138, 2009.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras 2020. **COAF**. <www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 15 mar 2021.

BRASIL. E**XPOSIÇÃO DE MOTIVOS LEI Nº 9.613, EM 18.12.1996 nº EM no 692 / MJ, de 18 de dezembro de 1996.** Projeto de lei que criminaliza a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade. [S. l.], 18 dez. 1996. < https://www.legis*compliance*.com.br/legislacao/norma/53#:~:text=Excelent%C3%ADssimo%20Senhor%20Presidente%20da%20Rep%C3%BAblica,determinados%20crimes%20de%especial%20gravidade>. Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal: AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS.** Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Revisor(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 17/12/2012. Publicação: 22/04/2013. p. 8.405. <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf> Acesso em 02 mar 2021.

Cabral sofre nova condenação e penas chegam a quase 198 anos de prisão. [S. l.], 3 dez. 2018. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/12/03/cabral-sofre-nova-condenacao-e-penas-chegam-a-197-anos-de-prisao.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

CANÁRIO, Pedro. **"STF aplicou domínio do fato de forma grotesca".** [S. l.], 28 abr. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado. Acesso em: 22 fev. 2021.

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.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. ***Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação de Informação Legislativa, Brasília, ano 52, n.205, jan.-mar., 2015, p.88

FARIA COSTA, Jorge. ***O perigo no direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**, 1992, p. 392

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal. Parte geral.** 1. ed. brasileira e 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I. In: CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do *compliance* no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro.** Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013. (FIGUEIREDO DIAS, 2007, apud CARDOSO 2013)

GRILLO, Cristina; MENCHEN, Denise. Brasil**: Participação no comando de esquema tem de ser provada, diz jurista**. Folha de São Paulo, Rio de Janeiro, p. 00, 11 nov. 2012. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml. Acesso em: 28 fev 2021.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1994, n. 8, p. 41-51.

HAUGH, Todd. **Cadillac *compliance* breakdown**. Stan. L. Rev. Online, v.69, 2016, p.199.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. corregida y ampliada**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MAEDA, Bruno Carneiro. P**rogramas 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.

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 teoria del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil.** Revista de Direito Penal, 1982, n. 33, p. 5-29.

NIETO MARTÍN, Adán. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulácion: 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. 2020.

PALERMO, Omar; BERMEJO, Mateo G. **La Intervención Delictiva del *Compliance* Officer**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). ***Compliance* y teoria del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 171-205. (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013.

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 mar 2021.

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 teoria del derecho penal.** Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law e-Journal. Ed. Panóptica (em reformulação). v. 4, n. 3, p. 69-94, 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86> Acesso em 05 jul. 2019

RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Delinquency.** Clarendon Studies in Criminology. Published under the auspices of the Institute of Criminology, University of Cambridge; The Mannheim Centre, London School of Economics; and the Centre for Criminology, University of Oxford. First edition published in 2017. Oxford University Press: 2017, p.7

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

SAAVEDRA, Giovani A. ***Compliance* na nova lei de lavagem de dinheiro**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 13, n. 75, ago./set. 2012.p. 27. 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.

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.

SARCEDO, Leandro. ***Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. Diss. Universidade de São Paulo, 2016, p.16

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.

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

SCHRAMM, F. S. **O *Compliance* como Instrumento de Combate à Corrupção no Âmbito das Contratações Públicas.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2018. P. 317. < https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2311080> Acesso em 20 jun 2019.

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

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo Criminal. ***Criminal Compliance*: Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 15, v. 56, p. 293- 335, 2012.

SOUZA, Marcus V. S. Guimarães de**. O Direito como Ciência.** Disponível em: https: //valeriosaavedra.jusbrasil.com.br/noticias/2667165/o-direito-como-ciencia. Acessa do em 27 fev 2021.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da ultima ratio e o direito penal disfuncional**. Revista Ultima Ratio. v. 1, n. 0, 2006. 159-192.

VERHAGE, Antoinette**. *Compliance* and AML in Belgium: a booming sector with growing pains. Journal of Money Laundering Control,** v. 12, n. 2, p. 113-133, 2009.

VIEIRA, Valter Afonso. **Incentivos Extracontratuais e Comportamentos** Ex Post no Relacionamento entre Shopping e Lojista. Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 20, n. 4, p. 477-501, ago. 2016 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552016000400477&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 15 fev. 2021. http://dx.doi.org/10.1590/1982-7849rac2016150013.

Considerações sobre o Projeto de Lei Alemão de Responsabilização por Infrações causadas pela Pessoa Jurídica, pela Gerência e o Direito Sancionatório Empresarial

Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M.[1]

Resumo: Analisa-se aspectos do Projeto de Lei de responsabilidade por infrações empresariais, que foi apreciado e rejeitado no Parlamento Alemão, destacando a previsão do princípio da legalidade (obrigatoriedade) do Ministério Público, bem como os efeitos na quantificação da sanção decorrentes da existência de um programa de compliance válido e eficaz.

Palavras-Chave: Criminalidade empresarial – Ministério Público – Aplicação de Pena – Programa de Compliance

Abstract: This text analyzes aspects of the Corporate Liability Bill for economic infractions, recently considered and rejected by the German Parliament, highlighting the adoption of the mandatory prosecution principle, as well as the effects on the sanction's quantification, arising from the existence of a valid and effective compliance program.

Keywords: Corporate crime – Public Prosecutor's Office – Criminal Sentence – Compliance Program

1. Introdução

Na prática empresarial, o tema *Investigação Interna* vem ganhando cada vez mais atenção, sobretudo no que diz respeito à cooperação do departamento de Compliance com autoridades públicas e as sanções aplicadas por crimes cometidos pela alta gerência, entendidos estes como crimes empresariais. A razão disso está sobretudo relacionada ao fato de não existir um Direito Penal Empresarial alemão. Assim, desde há algum tempo, diversas organizações

[1] A autora é Senior Legal Counsel e Compliance Officer no grupo internacional ams OSRAM em Munique, Alemanha e pode ser encontrada no endereço de e-mail internationalcompliance@gmail.com.

vêm redigindo e apresentando projetos independentes sobre um Direito Sancionatório Empresarial.[1] A versão final do projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça alemão, nasceu com o intuito de responder a algumas questões resultantes do desenvolvimento internacional na persecução sancionatória empresarial da atualidade. Se tivesse entrado em vigor, a realidade dos departamentos de Compliance teria sido massivamente afetada.

Esse artigo pretende discutir alguns dos temas principais do projeto de lei (*VerSanG*)[2], que tentou ampliar o âmbito de aplicação da lei de infrações administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG*), atualmente usada na punição por infrações praticadas por empresas, incluindo nesta edição a eliminação do princípio da oportunidade e o aumento da responsabilidade empresarial pela existência de sistemas falhos de compliance.

2. A Eliminação do Princípio da Oportunidade

O princípio que rege a atual lei de infrações administrativas (*OWiG*) é o da oportunidade, de forma que sua persecução está ao critério das autoridades de acusação.[3] Assim, e ao contrário do que acontece quando do cometimento de crimes, o Ministério Público não está obrigado a instaurar procedimentos que ensejem a punição através do pagamento de multa ou qualquer outro tipo de pena.

Segundo o projeto de lei (*VerSanG*), § 24, Abs. 1 cumulado com o § 152 Abs. 2 do Código Processual Penal alemão (*StPO*), infrações devem ser sempre processadas cumprindo com o princípio da legalidade.[4] Dessa forma, o legislador tentou gerar com a inserção da aludida

---

[1] Dentre os mais significativos podem ser citados o projeto do Estado de *Nordrhein-Westfallen* (NRW) do ano 2013, a sugestão apresentada pelo grupo de estudos de Compliance da Associação Federal dos Advogados de Empresas (*Bundesverband der Unternehmensjuristen*) de 2014, o projeto do grupo de estudos de Direito Penal Empresarial, de Colônia, de 2017, a tese de Frankfurt sobre a responsabilidade empresarial (*Unternehmensverantwortung für Unternehmenskriminalität*) e o projeto de lei *Verbandssanktionsgesetz*, do Ministério da Justiça (*RefE-BMJV Unternehmenskriminalität - VerSanG*), objeto de consideração desse artigo, do ano de 2020.

[2] Projeto de Lei Verbandssanktionsgesetz, de 16 de junho de 2020.

[3] § 47 Abs. 1 OWiG - Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten
(1) Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen.

[4] § 24 Abs. 1 Entwurf-Verbandssanktionsgesetz
Für das Sanktionsverfahren gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, entsprechend.
§ 152 Abs. 2 Strafprozessordnung - Legalitätsgrundsatz Sie (Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

regra, o surgimento de maior homogeneidade na persecução de infrações e crimes cometidos por empresas dentro do país, algo que antes - e apenas no tocante à OWiG - ficava condicionado ao poder discricionário do Promotor de Justiça responsável pela análise do cometimento ilícito em cada estado federado. Assim, tomando conhecimento de um crime, de acordo com o novo projeto de lei (*VerSanG*), o Ministério Público estaria obrigado a atuar. Esse entendimento já fora declarado no contrato de coalizão dos partidos políticos atuantes no governo em 2018: "Ao nos afastarmos do princípio da oportunidade da lei de infração administrativa anteriormente relevante, garantiremos uma aplicação uniforme da lei em todo o país. Através de regulamentos processuais claros, estamos também aumentando a segurança jurídica para as empresas envolvidas. Ao mesmo tempo, criaremos regulamentos específicos sobre a suspensão dos processos, a fim de dar ao judiciário a flexibilidade necessária para o mesmo".[5]

Um dos grandes desafios surgidos com a introduzida mudança do princípio da legalidade e abandono do da oportunidade, teria sido a necessidade de atuação do Ministério Público quando do cometimento de infrações não necessariamente significativas, o que poderia levar ao engessamento da máquina judiciária pelo excessivo acúmulo de trabalho sem grande representação para esse órgão, como também para a Magistratura, e as autoridades de investigação.

Contraditório nos parece o fato de o projeto de lei (*VerSanG*) haver regulado exceções ao cumprimento do princípio da legalidade (§§35-42 *VerSanG*), incluindo a possibilidade de não atuação da autoridade de acusação em casos explícitos. Entre eles incluem-se a possibilidade de sua não-atuação em casos de falência da pessoa jurídica (§39 *VerSanG*), em crimes empresariais relacionados ao Direito da Concorrência (§42 *VerSanG*), em sanções esperadas advindas do exterior (§38 *VerSanG*), tanto quanto em casos em que sejam levadas a cabo investigações internas nas empresas (§41 *VerSanG*).

Segundo a doutrina majoritária, por razões de eficiência e praticidade, faria sentido ater-se à aplicação comprovada do princípio da oportunidade no contexto de processos cuja pena fosse a de multa administrativa.[6]

---

[5] Rotsch/ Mutschler/ Grobe: CCZ 2021, p. 9:“Durch die Abkehr vom Opportunitätsprinzip des bislang einschlägigen Ordnungswidrigkeitenrechts sorgen wir für eine bundesweit einheitliche Rechtsanwendung. Durch klare Verfahrensregelungen erhöhen wir zudem die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen. Zugleich werden wir spezifische Regelungen über Verfahrenseinstellungen schaffen, um der Justizpraxis die notwendige Flexibilität in der Verfolgung einzuräumen.“

[6] Rotsch/ Mutschler/ Grobe: CCZ 2021, p. 10.

3. Aumento da Responsabilidade Empresarial por Falha do Sistema de Compliance

A avaliação do risco de conformidade, também chamada no jargão empresarial de *compliance risk assessment (CRA)* é o cerne de todo sistema de compliance. Através da sua condução, riscos sistemáticos empresariais podem ser identificados, quantificados, avaliados, priorizados e contra-medidas podem sem implementadas, evitando com isso o cometimento de infrações.[7] Os riscos identificados resultam ou do descumprimento de regras empresariais internas, às quais funcionários estão obrigados a cumprir, ou da possível inadequação da sua aplicação, na pior das hipóteses, da direta infração às leis vigentes.

Inexiste atualmente lei que obrigue à condução de avaliações de riscos de conformidade.[8]

Em cumprimento ao princípio da legalidade nasce no entanto para a gerência, a obrigação da condução de *compliance risk assessments*, que se propriamente e bem conduzidos levam em conta critérios geográficos, financeiros internos, de riscos relacionados à comercialização de produtos fabricados, ao tamanho da empresa, este diretamente relacionado ao número de funcionários empregados, à organização interna, às infrações eventualmente cometidas no passado, seus parceiros de negócios, citando apenas alguns. A inexistência de um CRA pode levar à responsabilização civil do diretor ou do gerente geral de uma empresa.[9] O produto desse trabalho deve identificar para a gerência de forma precisa e clara quais os riscos legais que precisam ser mitigados ou, em sendo possível, eliminados.

O acima exposto foi reconhecido pelo legislador do projeto de lei *VerSanG*, que levou em consideração medidas de Compliance preventivas e repressivas no § 15 Abs. 3 Nr. 6 *VerSanG*.[10] Um dos objetivos do projeto foi criar incentivos legalmente seguros para

---

[7] Grunert: CCZ 2020, p. 71.

[8] No Direito Societário Alemão, algumas condições ou exigências básicas nascem da aplicação da regra segundo a qual a diretoria executiva de uma sociedade anônima, bem como o diretor administrativo de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, devem administrar a empresa com a diligência de um gerente prudente e consciente. Consequentemente, esses são obrigados a organizar e controlar a sociedade de tal forma, que não ocorram infrações a leis ou regulamentos internos, em cumprimento ao princípio da legalidade.

[9] § 93 Abs. 1 S. 1 AktG; §43 Abs. 1 GmbH; LG München I BeckRS 2014, 1998 - Neubürger.

[10] *§ 15 Abs. 3 Nr. 6 VerSanG, 2020: Bemessung der Verbandsgeldsanktion*
(3) Bei der Bemessung wägt das Gericht Umstände, insoweit sie für und gegen den Verband sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen insbesondere in Betracht: 6. vorausgegangene Verbandstaten, für die der Verband nach § 3 Absatz 1 verantwortlich ist, sowie vor der Verbandstat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten.

empresas.[11] O legislador pretendia alcançá-los levando em conta as estruturas de Compliance ao avaliar sanções.[12]

Incluídas como medidas de incentivo na redução da pena foram elencadas todas as preventivas implementadas anteriormente ao cometimento da infração com o objetivo de prevenir crimes empresariais, não necessariamente aqueles objeto de sanção. Adicionalmente, o § 15 Abs. 3 Nr. 6 *VerSanG* incluiu como incentivo na redução da pena todas as medidas preventivas aplicadas com o intuito no descobrimento de infrações empresariais. Com isso, sistemas de verificação de riscos implementados anteriormente ao cometimento de crimes teriam o condão de mitigar penas a serem aplicadas, mas apenas se conduzissem à formação de sistemas de compliance eficientes. Do contrário, a pena poderia ser aumentada. Ou seja, não bastaria fazer. Seria preciso fazer direito. Nesse contexto, *compliance risk assessments* ganhariam ainda maior relevância.

De acordo com a exposição de motivos da *VerSanG*, o fato de uma infração ter sido cometida por uma empresa, no entanto, não depõe *a priori* contra a seriedade do esforço para evitar ofensas por parte da mesma, já que nem mesmo o cumprimento ideal pode impedir que líderes individuais cometam crimes.[13] Nesses casos, poder-se-ia fazer uma mitigação substancial das sanções.

Se, por outro lado, houvesse déficits no cumprimento do estabelecido através do sistema de Compliance e a ofensa empresarial tivesse sido impedida ou dificultada significativamente pelo cumprimento adequado, somente a prova do esforço fundamental da empresa para cumprir com o que é legal poderia ser reconhecido em seu favor, podendo a redução das sanções ser menor, na melhor das hipóteses.[14]

Se as alegadas medidas de compliance só servissem para encobrir estruturas delinqüentes, isto poderia ter o efeito de agravar a sanção (por exemplo, sob o aspecto da natureza relacionada à associação do delito). Mesmo quando a administração (por exemplo, a diretoria de uma sociedade anônima) estivesse envolvida em infrações empresariais e, portanto, estaria claro que ela mesma não sustentaria as normas de compliance que estabelece, sua consideração atenuante não seria regularmente levada em consideração.[15]

---

[11] Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 1.
[12] Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 1.
[13] Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 95.
[14] Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 95.
[15] Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 95.

DOI: 10.55689/rcpjm.2021.02.018 | ISSN: 2764-1899

Também medidas repressivas levadas a cabo com o objetivo de ajustamento de sistemas falhos de compliance pela empresa seriam consideradas medidas atenuantes na aplicação da pena, de acordo com o previsto no § 15 Abs. 3 Nr. 7 *VerSanG.*[16] Aqui incluem-se medidas corretivas e que levassem ao melhoramento e desenvolvimento do sistema de conformidade já implementado. Acessoriamente, a empresa também poderia ser beneficiada se auto-comunicasse atos criminosos praticados diretamente à autoridade pública.[17]

4. Conclusões e Perspectivas

Ao legislador foi dado acesso a diversas sugestões de estatutos para a criação de lei que regulasse a responsabilização por infrações e crimes causados pela pessoa jurídica.

No tocante à inserção do princípio da legalidade, a prática das autoridades de acusação seria exercida de maneira diversa em cada estado federado, em virtude da maior ou menor disponibilização de recursos, incluindo o de pessoal.

Embora tenha o legislador tentado garantir segurança à empresas no que tangesse à possibilidade de diminuição na aplicação da pena através da efetiva implementação de um sistema de compliance, a totalidade das mudanças que seriam introduzidas se o projeto tivesse se tornado lei não foi objeto de análise desse artigo, sendo avaliada a aqui redigida como positiva.

Se e até que ponto um regime regulatório comparável será introduzido na Alemanha, ainda pende de decisão, especialmente em vista das próximas eleições federais de 2021 para o Parlamento.

De qualquer modo, o projeto do governo de 16 de junho de 2020 fracassou.

---

[16] *§ 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG, 2020: Bemessung der Verbandsgeldsanktion*
(3) Bei der Bemessung wägt das Gericht Umstände, insoweit sie für und gegen den Verband sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen insbesondere in Betracht: 7. das Bemühen des Verbandes, die Verbandstat aufzudecken und den Schaden wieder- gutzumachen, sowie nach der Verbandstat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten.

[17] Exposição de motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 96.

Resenha ao livro "Dolo como compromisso cognitivo"

Rodrigo Amaral[1]

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar a obra “Dolo como compromisso cognitivo”, de Eduardo Viana. Primeiramente, faz-se um breve panorama sobre como a obra está estruturada. Depois, passa-se à exposição resumida dos principais pontos que o trabalho aponta contra a vontade como elemento do dolo, seguido de um também resumido panorama sobre as principais razões do autor a favor do dolo como conhecimento do perigo. Após, expõe-se os critérios fixados na obra para a identificação do dolo, com, ao fim, uma brevíssima análise da obra.

Palavras-chave: Teoria do Crime; Tipo Subjetivo; Dolo; Conhecimento; Vontade;

Abstract: The present work aims to analyze the book "Dolo como compromisso cognitivo", by Eduardo Viana. First, a brief overview of how the work is structured is made. Then, we move on to the summarized exum of the main points that the work points against the will as an element of *dolus*[1], followed by a summary overview of the author's main reasons for *dolus* as knowledge of the danger. Then, the criteria set in the work for the identification of *dolus* are exposed, with, in the end, a very brief analysis of the work.

Keywords: Crime Theory; *Mens Rea*; *Dolus*; Knowledge; Will;

1. Introdução

O tema da tipicidade subjetiva está em voga no atual debate do direito penal, e isso não é diferente no âmbito da criminalidade econômica. Os debates sobre a temática do dolo

[1] Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

[1] No direito anglo-saxão, não há uma categoria que corresponda exatamente ao dolo da tradição romano-germânica. A categorização do *Model Penal Code* em *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence* como distintas manifestações do *mens rea* torna uma tradução do termo dolo algo complicado para a língua inglesa. Dessa forma, optei pelo termo latino que origina o nosso dolo, “*dolus*”, de forma a tentar dar precisão ao conceito.

normalmente podem ser de duas ordens: (*i*) sobre o conteúdo do dolo e os critérios para a sua aferição; (*ii*) sobre a prova do dolo no processo judicial.

A obra que será analisada pertence ao primeiro dos grupos. Trata-se da tese doutoral que o hoje professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA) apresentou junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ).

A tese situa-se num contexto de recente retomada do debate doutrinário entre voluntaristas – aqueles que entendem que dolo é conhecimento e vontade – e intelectualistas – aqueles que defendem que só o conhecimento é um elemento necessário do dolo –. Se, por um lado, segundo o próprio Viana[2], esse debate ressurgiu com a obra *Vorsatz und Risiko* (Dolo e risco), de Wolfgang Frisch, em 1983, ele só aparece entre os brasileiros na primeira década deste século, com a tradução de uma obra de Puppe[3] em 2004, bem como com os artigos *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, de Humberto Souza Santos[4], em 2008 e *Dolo sem vontade*, de Luís Greco[5], em 2009.

Nesse contexto, o livro *Dolo como compromisso cognitivo* representa um importante marco do direito penal brasileiro sobre a controvérsia, introduzindo ao debate fundadas razões a favor de uma concepção intelectualista de dolo e propondo concretos critérios para definir a fronteira entre dolo e culpa. Como Viana faz isso é algo que será brevemente apresentado ao leitor nas linhas que seguem.

2. Estrutura da obra resenhada

Conforme exposto pelo próprio autor, o livro parte de um método "analítico-teleológico"[6]: analítico, pois o trabalho primeiramente analisa os argumentos empreendidos a favor de cada teoria do dolo; e teleológico, tendo em vista que no momento da própria formulação, elabora-se um modelo orientado à *ratio* da punição a título doloso. Dessa forma, o livro divide-se em cinco partes, além da introdução, da solução de casos e da conclusão.

Na primeira parte, é exposto um panorama sobre o desenvolvimento da categoria jurídica "dolo" no debate doutrinário, com especial foco no cenário alemão, cujos argumentos

[2] VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 29.
[3] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
[4] SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coords.) *Temas de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.
[5] GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.
[6] VIANA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 33.

influenciaram o debate em outros locais da tradição jurídica romano-germânica. Na segunda parte, o autor expõe como tradicionalmente tem sido tratado o elemento volitivo do dolo, bem como expõe as principais teorias voluntaristas, seja pelo viés da disposição de ânimo, seja por uma normatização da vontade. Na terceira parte, analisa-se o tradicional tratamento do elemento cognitivo do dolo e o conteúdo das principais teorias voluntaristas, sejam elas na tradição das teorias da representação ou na das teorias do perigo.

Na quarta parte, o autor parte ao seu próprio posicionamento sobre o tema, tanto no que tange à *ratio* do seu posicionamento por um dolo sem vontade, quanto no estabelecimento de critérios para a identificação do dolo no caso concreto. Por fim, a quinta parte é destinada ao exame do dolo à luz da jurisprudência do BGH[7], com um breve excurso abordando o tratamento do tema pela jurisprudência do STJ e do STF.

3. Críticas à doutrina voluntarista

Conforme dito, a segunda parte da obra é destinada ao escrutínio das teorias voluntaristas, que são majoritariamente objeto de crítica do autor. Essa crítica é realizada tanto em relação a cada teoria exposta, quanto no que tange aos pressupostos gerais da corrente voluntarista e ao próprio conceito de vontade como elemento do dolo. Por economia de espaço e para prestigiar o trabalho do autor, opto aqui por analisar exclusivamente a crítica quanto aos pressupostos gerais da corrente voluntarista e sobre a vontade como elemento do dolo, deixando em aberto a análise das teorias voluntaristas em espécie, como forma de instigar o leitor interessado a recorrer à fonte.

Viana observa que são três os argumentos centrais a favor da manutenção do elemento volitivo do dolo: (i) o comportamento derivado da vontade representa uma maior periculosidade objetiva da conduta; (ii) quem age porque quer é subjetivamente mais perigoso que quem age sem querer; (iii) a manutenção da vontade como elemento do dolo é necessária para a contenção do poder punitivo[8]. Esses argumentos não são defendidos por todos os voluntaristas, mas todo voluntarista defende ao menos um desses argumentos para fundamentar a vontade como elemento do dolo.

Quanto ao argumento da maior periculosidade objetiva do comportamento derivado da vontade, Viana articula duas réplicas: (i) há uma confusão sobre a causa determinante da

[7] *Bundesgerichtshof*, o equivalente alemão do STJ brasileiro.
[8] Cf. VIANA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 149-158.

periculosidade da conduta[9], (ii) essa fundamentação só serviria para o dolo direto de primeiro grau e não para as demais modalidades dolosas[10]. Desse modo, conclui o autor que não há maior periculosidade objetiva do comportamento derivado da vontade e, mesmo se houvesse, isso só fundamentaria os casos de dolo direto de 1º grau.

No que tange à fundamentação da maior periculosidade subjetiva de quem com vontade, Viana observa que dela podem decorrer três tipos de argumentos: (i) uma pena mais intensa seria um imperativo para corrigir o autor doloso; (ii) uma maior pena serviria para neutralizar a vontade do potencial infrator; (iii) a pena mais severa é útil para estabilizar o conteúdo da norma[11]. O autor promove réplicas a todos os argumentos.

O autor apresenta, em resumo, três objeções ao primeiro argumento[12]: (i) a ideia, decorrente de uma teoria preventivo-especial da pena, não tem lugar num Estado de Direito, que não deve interferir mediante coação nas prioridades subjetivas concretas dos cidadãos; (ii) em alguns casos, a prioridade subjetiva do autor do delito pode estar de acordo com a da maioria dos cidadãos; (iii) ocasionalmente, o autor doloso pode ter um prognóstico de reinserção mais favorável que autores culposos, e nem assim o direito penal trata o primeiro de forma mais benigna.

Quanto ao segundo argumento, baseado na ideia de prevenção geral negativa, Viana sustenta que ele não se sustenta pela perspectiva psicológica. Isso porque assevera o autor que desmotivar aquele que tem um claro propósito é muito mais fácil do que em relação a quem age sem propósito nenhum[13]. Em outras palavras, exige-se um esforço muito maior para desfazer o defeito cognitivo do autor culposo do que desmotivar quem atua com vontade, de modo que o maior problema motivacional, portanto, está no aspecto cognitivo, e não volitivo. Assim, a inibição da vontade criminosa é um argumento "absolutamente ingênuo" e, portanto, não serve de fundamento para explicar a drástica diferença de pena entre os delitos doloso e culposo[14].

Já o último possível argumento está fincado numa ideia de prevenção geral positiva, segundo a qual quem age com vontade, viola especialmente a vigência da norma o que, portanto, fundamentaria o maior reproche do delito doloso. Para Viana, o argumento exige uma

[9] *Ibidem*, p. 150.
[10] *Ibidem*, p. 151-152.
[11] *Ibidem*, p. 152.
[12] *Ibidem*, p. 153-154.
[13] *Ibidem*, p. 154.
[14] *Ibidem*, p. 154-155.

lealdade ao direito, o que não poderia se fundamentar numa diretriz de comportamento, pois seria um "fundamento moralizante" que "fere diretamente a autonomia humana"[15].

Conclui o autor, dessa forma, que todos os argumentos a favor da periculosidade subjetiva possuem a mesma razão substancial, "de corte ético-sentimental", aproximando-se "muito perigosamente" de um direito penal do autor[16]. Assim, por priorizarem não o que o autor fez, mas a sua atitude interna quando o fez, tais fundamentos "não se ajustam ao direito penal com vocação democrática".

Por fim, afirma o autor que o fundamento da contenção do poder punitivo comete o erro de pressupor a ilegitimidade da pena, do que deriva o equívoco em entender como positiva toda e qualquer contenção do poder punitivo[17]. Para isso, o autor apresenta alguns exemplos: a ampliação do poder punitivo na época do direito penal do Império, decorrente da consideração dos escravos como sujeitos de direitos; o afastamento da tese da legítima defesa da honra como causa de irresponsabilidade penal; o afastamento da tese da impossibilidade de realização de estupro da esposa em razão da obrigação conjugal; o afastamento, em 2005, nos crimes sexuais, do casamento com a vítima como causa de extinção da punibilidade[18].

Além disso, o autor apresentou um hipotético caso de uma nova lei que determinasse que indivíduos de algum grupo religioso não seriam considerados "alguém" para efeitos do artigo 121, CP. Pelo seu conteúdo discriminatório, tal contenção do poder punitivo não poderia ser considerada positiva[19]. Além disso, mesmo que a tese da contenção do poder punitivo fosse correta, o voluntarista ainda teria o ônus de demonstrar como uma teoria de corte cognitivo sempre ampliaria o poder punitivo, o que dificilmente ocorrerá[20]. Dessas considerações, conclui o autor que o argumento é meramente retórico, pois nem sempre a contenção do poder punitivo pode ser considerada positiva para a manutenção de uma convivência pacífica[21].

Quanto à crítica do elemento volitivo do dolo em si, por economia de espaço, opto por dar um panorama resumido da argumentação de Viana. O percurso escolhido visa a demonstrar que: (i) o "querer" contido no artigo 18, I, CP só pode ser interpretado em sentido atributivo-

[15] *Ibidem*, p. 155.
[16] *Ibidem*, p. 156.
[17] *Ibidem*, p. 156.
[18] *Ibidem*, p. 157-158.
[19] *Ibidem*, p. 158.
[20] *Ibidem*, p. 158.
[21] *Ibidem*, p. 158.

normativo[22]; (ii) como fenômeno psicológico, a vontade é um elemento manipulável, haja vista que um indivíduo, quando realiza uma conduta, possui diversos sentimentos que não podem ser simplesmente resumidos pela falsa dicotomia "fez porque quis x fez sem querer"[23]; (iii) o argumento que conhecimento e vontade seriam elementos psicologicamente dissociáveis é distorcido e circular e, portanto, falso[24]; (iv) para o que interessa ao conceito de dolo, vontade é sempre o que se faz[25]; (v) mesmo que todas as considerações acima estivessem equivocadas, ainda assim, um elemento volitivo em sentido psicológico é algo interno na mente do agente, o que, se levado a sério, conduziria à conclusão que o réu determinaria a própria imputação[26].

Assim, conclui o autor que o elemento volitivo não está apto a resolver o problema da distinção entre dolo e culpa, mas, pelo contrário, só torna o problema mais complicado[27].

4. Fundamentos do dolo como conhecimento

Viana parte da premissa que o direito penal deve orientar-se ao fim de preservação da paz e segurança sociais, na medida em que a convivência pacífica pressupõe a compatibilização entre esferas de liberdade individuais[28]. Ademais, considera também que o direito penal, sendo o mais potente recurso estatal para o fim de manutenção da paz social, só pode ser manejado quando não for possível corrigir a perturbação social por outro meio[29].

Disso deriva que o direito penal trabalha como uma "moeda de duas faces"[30]: por um lado, é instrumento de garantia das esferas de liberdade; por outro, restringe essas mesmas esferas de liberdade[31]. Assim, o emprego da força punitiva só está autorizado quando duas condições estiverem preenchidas: a perturbação da paz social e o exercício da autonomia individual[32]. A lógica seria que o Estado pode exigir do indivíduo, como uma contraprestação

[22] *Ibidem*, p. 160-166.
[23] *Ibidem*, p. 166-169.
[24] *Ibidem*, p. 169.
[25] *Ibidem*, p. 170.
[26] *Ibidem*, p. 170-172.
[27] *Ibidem*, p. 173.
[28] *Ibidem*, p. 180.
[29] *Ibidem*, p. 180.
[30] *Ibidem*, p. 181.
[31] *Ibidem*, p. 180-181.
[32] *Ibidem*, p. 181.

à manutenção da paz social, que ele não aja de modo a perturbá-la e, se opta por agir perturbando-a, isso implica a assunção das consequências derivadas desse comportamento[33].

Em âmbito penal, esse comportamento perturbador da paz social pode ocorrer por duas modalidades: a dolosa, à qual o legislador atribui uma pena mais intensa, e a culposa, tratada menos severamente. Dentro desse contexto, Viana sustenta que a intensidade da pena será proporcional à intensidade em que o agente viola o dever de respeito ao comando normativo[34]. Os crimes culposos, em linhas gerais, são um ataque mediato, na medida em que neles o agente perturba a paz social por meio da violação de um dever de cuidado[35]. Já nos crimes dolosos, em que ocorre um ataque imediato ao bem jurídico, o autor sustenta que a intensidade maior da reprimenda está justificada quando for possível afirmar que o agente representou a periculosidade objetiva de realização do tipo que surge com a sua conduta, estando assim consciente que a sua conduta ataca o bem jurídico[36].

Ademais, Viana sustenta que há três outras razões a favor do dolo como representação do perigo. A primeira: quando o agente representa o perigo que decorre de sua conduta e mesmo assim age, ele viola a norma de comportamento e compromete-se com o perigo de um modo que o autor culposo não o faz[37]. A segunda: quem age com consciência tem domínio sobre a própria conduta de uma forma que quem age inconscientemente não possui e pode, portanto, mais facilmente agir com o fim de evitar a concretização do perigo e, desse modo, age mais gravemente[38]. Por fim, a terceira razão está baseada na ideia de prevenção geral negativa: quem atua conscientemente tem condições superiores de agir conforme a norma e evitar o perigo de realização do tipo penal e, portanto, convém que seja apenado mais intensamente[39]. Dessa forma, sustenta Viana que "*o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado*"[40].

[33] *Ibidem*, p. 181.
[34] *Ibidem*, p. 181.
[35] *Ibidem*, p. 182.
[36] *Ibidem*, p. 183-184.
[37] *Ibidem*, p. 184-186.
[38] *Ibidem*, p. 186-192.
[39] *Ibidem*, p. 192-194.
[40] *Ibidem*, p. 194.

5. Concretização do dolo como compromisso cognitivo: Teoria inferencialista do dolo

Na análise das teorias intelectualistas do dolo – as quais, assim como as teorias voluntaristas, deixo aqui em aberto –, entende Viana que o ponto de partida adequado está na teoria do perigo doloso, de Ingeborg Puppe[41]. Isso porque, apesar de o autor considerar os seus pressupostos corretos, entende que a teoria carece de maior precisão quanto aos critérios de imputação[42].

Para definir os critérios de distinção dos limites entre dolo e culpa, o autor percorre um caminho. Em primeiro lugar, assim como a teoria puppeana, afasta o uso de critérios matemáticos para aferir a probabilidade de ocorrência do resultado[43]. Após, propõe a substituição da noção mais genérica e imprecisa de probabilidade pelo de *inferencialidade*[44].

O conceito de *inferencialidade*, aduz o autor, é o "*juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento*"[45]. Isso significa que sempre que houver um vínculo racionalmente fundado entre conduta perigosa e resultado e as circunstâncias que permitem esse vínculo tiverem sido devidamente conhecidas pelo autor, há uma conduta dolosa. Viana afirma que quando se entende uma justificativa como absurda, entende-se por absurda por faltar-lhe inferencialidade.

Por exemplo: se um indivíduo aponta atira à queima-roupa em direção à cabeça da vítima, que morre na hora, e justifica-se dizendo que não teve a intenção de matar, mas somente de obter a carteira da vítima, entende-se essa justificativa como absurda porque se sabe que entre a conduta de atirar em direção à cabeça de uma pessoa e o resultado morte há um vínculo relacional claro e, portanto, falta inferencialidade à justificativa do agente, visto que ele conhecia todas as circunstâncias fáticas necessárias para a inferência[46]. Assim, conclui: "a determinação da atribuição do dolo não decorrerá de dado único – seja esse numérico ou não –

[41] *Ibidem*, p. 246-248.
[42] "Todavia, também aqui não há um problema de substância do critério, senão um problema de precisão. Assim, é possível concluir que, a princípio, o perigo de dolo pode ser importante aliado na determinação da dolosidade do comportamento desde que a ele sejam agregados outros critérios". *Ibidem*, p. 246-248.
[43] *Ibidem*, p. 257.
[44] *Ibidem*, p. 258.
[45] *Ibidem*, p. 258.
[46] *Ibidem*, p. 258.

senão da valoração de um complexo de dados"[47]. Assim, passa-se aos critérios propostos pelo autor.

A primeira ressalva que ele faz é que a análise do dolo estará sempre limitada à valoração previamente realizada no âmbito do tipo objetivo. Se uma conduta, mesmo que intensamente perigosa, não cria um risco juridicamente desaprovado, não gera imputação nem a nível de tentativa, o que, por consequência lógica, não poderá ser considerada uma ação típica dolosa. Dessa forma, o autor entende que o primeiro indicador da qualidade do risco encontra-se na análise feita previamente no desvalor da conduta[48].

Ultrapassada essa questão, o juízo inferencial deverá considerar três perspectivas: "a que se refere ao autor (*i*); a que se refere à vítima (*ii*); a que se refere ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta (*iii*)"[49]. O primeiro dos parâmetros refere-se à periculosidade da conduta praticada pelo autor, a qual, segundo o seu critério, pode ser dividida em quatro níveis: "perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade"[50]. Os casos de perigo *sui generis* são aqueles que "em razão de sua extraordinária intensidade, permitem a imputação a título de dolo sem maiores considerações". Em outras palavras, são aqueles que não necessitam de qualquer outro nível de análise para afirmar o dolo, isto é, que *per se* já são suficientes para a imputação a título de crime doloso.

Fora desses casos extraordinários de perigo *sui generis*, somente a intensidade do perigo da conduta praticada não será suficiente para afirmar a imputação, sendo necessário recorrer a dados de natureza diversa. E esses dados serão referentes à intensidade desse perigo em relação à condição de vulnerabilidade concreta da vítima, isto é, sobre a sua condição de autossalvação[51]. Viana propõe três níveis de vulnerabilidade da vítima (alto, médio e baixo), que deverão ser analisados, como dito, em conjunto com o nível de periculosidade da conduta.

Em resumo: se a periculosidade da conduta e a vulnerabilidade vítima forem altas, já é possível afirmar, sem outras considerações, a imputação a título de dolo[52]. Os demais casos exigirão a análise de outros critérios. Se a periculosidade da conduta for de baixa intensidade e

---

[47] *Ibidem*, p. 259.
[48] *Ibidem*, p. 260-261.
[49] *Ibidem*, p. 263-264.
[50] *Ibidem*, p. 264.
[51] "Dito de modo mais claro: o critério não deve ser valorado a partir da perspectiva de que a vítima tinha ou não um direito ou um dever de fazer, mas sim se ela tinha condições, ou não, de fazê-lo, isto é, de ativar algum sentido de autossalvação.". *Ibidem*, p. 266.
[52] *Ibidem*, p. 269.

a vulnerabilidade da vítima for média ou baixa ou se a intensidade do perigo for média e a vulnerabilidade da vítima for baixa, há somente *prima facie* uma imputação a título de culpa[53]. Nos demais casos, há *prima facie* um delito doloso[54]. Mas, repito, atenção: nas duas últimas constelações de casos, são somente análises heurísticas, não definitivas, que precisarão ser cotejadas com ulteriores critérios. Isso significa somente qual tendência a imputação terá na última fase da análise: se houver *prima facie* um delito doloso, deverá haver critérios adicionais que excluam a hipótese de dolo; se a análise for *prima facie* pelo delito culposo, o magistrado precisará afirmar quais critérios adicionais afirmam o vínculo relacional da conduta com o resultado de modo a afirmar o dolo[55]. Para esse cotejo de critérios, o autor propõe a seguinte tabela[56]:

	Alto nível de vulnerabilidade da vítima (5)	Baixo nível de vulnerabilidade da vítima (3)	Baixo nível de vulnerabilidade da vítima (1)
Alta intensidade da periculosidade da conduta (5)	10	8	6
Média intensidade da periculosidade da conduta (3)	8	6	4
Baixa intensidade da periculosidade da conduta (1)	6	4	2

Pela análise da tabela, a equação é simples: é somar a intensidade do perigo (1, 3 ou 5) com o nível de vulnerabilidade da vítima (1, 3 ou 5). O resultado 10 significa que há delito doloso sem ulteriores considerações. Nos demais casos há necessidade de analisar outros dados: quando for resultar em 6 ou 8, a tendência é pela imputação a título de dolo; nos casos de soma 2 ou 4, a tendência é pela imputação a título de culpa.

[53] *Ibidem*, p. 269.
[54] *Ibidem*, p. 269.
[55] *Ibidem*, p. 269.
[56] A tabela original está em *Ibidem*, p. 268.

Outro indicador, segundo o autor, será a análise da *marca dominante da conduta*, que é "aquela que *reafirma* um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que *rompe* com esse vínculo relacional"[57]. A marca dominante da conduta será observada concretamente verificando se o agente adotou ou não meios para evitar o resultado[58]. Em caso positivo, se o agente foi cuidadoso com o bem jurídico no momento da conduta, adotando medidas que visavam a reduzir riscos, a marca dominante é pela modalidade culposa; caso contrário, se o agente não tomou cuidados, não adotou meios para reduzir a periculosidade de sua conduta, ele mostra-se, no mínimo, desinteressado pelo bem jurídico, sendo a marca dominante tendente ao dolo[59].

O último conjunto de critérios será o contexto de realização da conduta. Esse contexto deverá ser analisado casuisticamente para que se possa concluir se ele potencializa ou não as chances de ocorrência do resultado. Para ficar mais claro, veja-se dois exemplos citados na obra: no primeiro caso, um indivíduo toma algumas cervejas e, de madrugada, volta para casa dirigindo seu automóvel em velocidade excessivamente acima da permitida, chocando-se com outro carro que vinha em sentido contrário; no segundo caso, um indivíduo totalmente embriagado, conduz seu veículo na hora do *rush* e em velocidade excessivamente acima da permitida, invade a contramão e colide com outro veículo. No primeiro caso, as circunstâncias militam contra o dolo, visto que a conduta foi praticada em contexto de baixíssima quantidade de veículos em pedestres nas ruas, ao contrário do segundo caso, em que o automóvel é conduzido em horário de grande movimentação de indivíduos[60].

6. Síntese reflexiva à obra resenhada

Diante do pouco espaço que disponho, farei poucas considerações, no que tange somente aos argumentos expostos na presente resenha. Em primeiro lugar, gostaria de observar os méritos da obra: trata-se do mais completo trabalho em língua portuguesa sobre o tema de que tenho notícia. A análise das principais teorias sobre o dolo é pormenorizada e considera cada aspecto das teorias e suas especificidades. Além disso, o autor preocupa-se em questionar os pressupostos gerais da teoria voluntarista, críticas essas das quais eu quase que inteiramente

[57] *Ibidem*, p. 271.
[58] *Ibidem*, p. 271.
[59] *Ibidem*, p. 272-274.
[60] *Ibidem*, p. 275.

estou de acordo. A fundamentação para a sua tomada de posição é sólida e seus critérios parecem estar de acordo com os pressupostos do trabalho.

Dito isso, tenho algumas breves considerações. Em primeiro lugar, quando o autor questiona o conceito de vontade contido no artigo 18, I, CP, entendo que ele poderia ir além. Quanto ao que ele concretamente diz, estou de acordo, porém acho que faltou uma consideração que, sendo justo, extrapola o conceito de vontade propriamente dito: à luz do artigo 18, I, CP, a vontade propriamente dita não é um elemento necessário do tipo doloso, visto que a conjunção alternativa "ou" expressa uma ideia de alternância com a ideia de assunção do risco e, portanto, a própria redação do diploma legal admite expressamente hipóteses de dolo sem vontade no sentido psicológico[61]. E é justamente por isso que considero não somente haver abertura para uma leitura normatizada do conceito de vontade, mas que essa leitura é a precisamente a correta à luz do Código Penal.

De resto, tenho algumas ressalvas quanto à formulação concreta dos critérios para a distinção entre dolo e culpa. Em primeiro lugar, tenho dúvidas sobre a adoção de uma espécie de fórmula matemática para definir se há *prima facie* dolo ou culpa. Se a ideia era diminuir a possibilidade de critérios arbitrários, creio que isso não foi possível, e isso sobretudo por três razões.

Em primeiro lugar, não consigo compreender por que na presença de periculosidade da conduta elevada e vulnerabilidade da vítima elevada, há sempre conduta dolosa, sem ulteriores considerações e isso não acontece com o seu extremo inverso. Ou seja: por que, no caso de baixa periculosidade da conduta e baixa vulnerabilidade da vítima não há uma definição pelo delito culposo sem ulteriores considerações? Creio que essa questão não ficou devidamente clara.

E se se considerar que o critério da marca dominante milita a favor da dolosidade simplesmente quando o agente simplesmente não adota meios para diminuir o risco, a questão fica ainda mais delicada. Exemplo: se o contexto for neutro em relação às probabilidades de ocorrência do resultado e a marca dominante da conduta for a favor da dolosidade simplesmente porque o agente não adotou nenhuma medida para diminuir os riscos, mas a periculosidade da conduta é baixa, assim como a vulnerabilidade da vítima, ter-se-ia que afirmar o delito doloso?

[61] Fiz essa consideração em AMARAL, Rodrigo. Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal. *JOTA*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/codigo-penal-criminal-23022021> Acesso em: 20 ago. 2021.

E mais: se a conduta já era de baixa periculosidade e a vítima tinha baixa vulnerabilidade, havia fundadas razões para o agente ter que se preocupar em evitar o resultado de modo a afirmar-se uma conduta dolosa? Intuitivamente, creio que não, sobretudo porque o próprio autor afirma que nem todo perigo fundamenta o dolo. Todavia, parece-me que a questão não fica claramente definida na proposta do autor.

Em segundo lugar, os parâmetros para esse critério matemático também não são taxativos, isto é, não fica claro quando se pode classificar a periculosidade da conduta ou a vulnerabilidade da vítima como alta, média ou baixa. Nos casos óbvios, como são os de bebês ou pessoas vulneráveis, isso é claro; todavia, não ocorre nas demais situações.

Em terceiro lugar, a adoção dos vetores 1, 3 e 5 para representar cada nível de periculosidade da conduta e vulnerabilidade da vítima também carecem de ulteriores fundamentações. Dessa forma, não posso deixar de desconfiar que o critério acaba caindo em certo nível de arbitrariedade.

Entretanto, não acho que a resenha da obra mereça ter críticas como últimas palavras. O trabalho tem muito mais méritos que deméritos e, repito, é a mais completa obra sobre dolo em língua portuguesa de que tenho notícia. O esforço do autor para trazer mais determinação aos critérios para estabelecer a distinção entre dolo ou culpa, apesar de minhas dúvidas, inegavelmente colabora para uma posterior determinação dos critérios. Segundo vejo, basear os critérios na ideia de inferencialidade é um bom ponto de partida para definir os limites entre o dolo e a culpa.

Lógica por via das dúvidas – Entrevista com Desidério Murcho

Resumo: Uma entrevista com o Prof. Desidério Murcho sobre a qualidade dos raciocínios indutivos para a análise de riscos e a deferência epistêmica face o argumento de autoridade. O entrevistado faz a defesa da ciência, contra os obscurantismos místicos, religiosos e políticos, com a aplicação rigorosa de instrumentos matemáticos e lógicos para tentar compreender melhor a própria ciência. E insiste numa ética comunicativa,

Palavras-chave: raciocínios indutivos – deferência e assimetria epistêmicas – ética comunicativa

Abstract: An interview with Prof. Desidério Murcho about inductive reasoning quality for risk analysis and epistemic deference to the authority argument. The interviewee defends science, against mystical, religious and political obscurantism, with the rigorous application of mathematical and logical instruments to try to better understand science itself...And insists on communicative ethics,

Keywords: Inductive reasoning – epistemic deference and asymmetry – communicative ethics

2. Desidério Murcho entrevistado por Guilherme Krueger[1]

Desidério Murcho nasceu em 1965, em Portugal. Estudou filosofia na Universidade de Lisboa e no King's College London e é atualmente professor de Filosofia na Universidade Federal de Ouro Preto, no Brasil. É autor de vários livros, com destaque para *Lógica: O Essencial* (2019), *Lógica Elementar: Raciocínio, Linguagem e Realidade* (2019), *Todos os Sonhos do Mundo e Outros Ensaios* (2016), *Sete Ideias Filosóficas que Toda a Gente Deveria Conhecer* (2011), *Filosofia em Directo* (2011), *Pensar Outra Vez: Filosofia, Valor e Verdade* (2006), *O Lugar da Lógica na Filosofia* (2003) e *Essencialismo Naturalizado: Aspectos da*

[1] Pesquisador do CPJM.

Metafísica da Modalidade (2002). É também o fundador e diretor da revista virtual Crítica (criticanarede.com).

CPJM: O seu livro Lógica Elementar, parece-me, indica que a epistemologia tenha aplicação prática em atividades profissionais de alta complexidade num ambiente empresarial: uma competência de base que evita erros de raciocínio sobre riscos e incertezas numa situação dada. É exagerado inferir que a gestão corporativa de riscos demande um epistemólogo nos quadros de uma organização para prevenir imputações penais, mas quais seriam os cuidados que uma justificação de crenças permitiria evidenciar uma tomada de decisão moralmente defensável, mesmo quando dela decorra alguma consequência danosa a ser reparada?

DM: Eu diria que uma formação adequada em lógica dedutiva e indutiva, ainda que elementar, permitiria reduzir o ruído na tomada de decisões. Estou a usar o termo no sentido do recente livro de Kahneman[2], Sibony[3] e Sunstein[4]: agentes técnicos, ou profissionais com elevada formação, mas que tomam decisões de uma enorme carga subjetiva, no sentido em que diferentes agentes tomam decisões totalmente diferentes, na presença dos mesmos dados, ou até o mesmo agente, em momentos diferentes. A parte da lógica indutiva que conta, contudo, não é apenas a parte matemática, que inclui cálculo de probabilidades, estatística e o teorema de Bayes[5], mas a compreensão dos aspetos epistémicos mais gerais do raciocínio indutivo, alguns dos quais exponho brevemente no meu livro.

CPJM: Dentre os aspectos epistêmicos do raciocínio indutivo expostos no seu livro, pode-se ler que o raciocínio indutivo não seja suficiente para justificar crenças como verdades, mas se presta tão somente a bloquear falsidades. Mesmo que as premissas sejam verdadeiras, num raciocínio indutivo, a conclusão pode ser falsa. Como identificar a cogência de uma indução na justificativa de uma crença a respeito de fatos incontroversos? E como

---

[2] Daniel Kahneman é um dos autores da teoria da perspectiva. Esta teoria colocou em xeque as suposições neoclássicas a respeito do processo decisório - indivíduos dotados de racionalidade substantiva cujo comportamento é consistente na maximização de sua utilidade, dada uma função de preferências estáveis. Num artigo célebre publicado em 1979, ele e Amos Tversky argumentaram que em escolhas com prospectos de risco, os agentes demonstravam padrões de comportamento inconsistentes com os preceitos básicos daquela teoria, e propuseram a teoria da perspectiva como uma teoria alternativa da escolha. Para que a teoria da utilidade esperada possa ser aplicada a escolhas, três princípios precisam ser adicionados: expectativa, integração com ativos e aversão ao risco.

[3] Olivier Sibony é escritor especializado em tomada de decisão estratégica e organização de processos de decisão.

[4] Cass Sunstein lecionou na Universidade de Chicago e em Harvard. Jurista, é autor de textos influentes em Law & Economics; atuou na administração Obama no desenvolvimento dos modelos regulatórios nos EUA.

[5] Thomas Bayes (1701-1761) foi o primeiro matemático a fornecer uma equação que permitiria que novas evidências atualizassem a probabilidade de um evento a partir do conhecimento a priori (ou a crença inicial na ocorrência de um evento). O teorema de Bayes foi mais tarde desenvolvido por Pierre-Simon Laplace e tem ampla aplicação para a análise de riscos.

essa competência ajuda um operador do Direito a lidar com a ausência de invariância das decisões arriscadas e a racionalidade limitada dos agentes econômicos?

DM: A ideia de que o raciocínio indutivo é de algum modo insuficiente, deficiente ou deficitário é um dos grandes mitos da filosofia. Eu pensava que seria claro que no Capítulo 8 do meu livro é precisamente isso que é rejeitado. Nada há de deficitário, insuficiente ou deficiente no raciocínio indutivo; bem pelo contrário. Mas parece mesmo que há porque os filósofos têm insistido que o único raciocínio bom é o raciocínio que torna logicamente impossível que a conclusão seja falsa, caso as premissas sejam todas verdadeiras. Mas isto é dar uma importância injustificada, impensada e deletéria à mera possibilidade lógica. Quando um raciocínio indutivo é bom, sim, continua a haver possibilidades meramente lógicas em que as premissas são todas verdadeiras, mas a conclusão é falsa. Só que, se o raciocínio indutivo for bom, essas possibilidades meramente lógicas são simplesmente irrelevantes.

Porém, como distinguir os bons dos mais raciocínios indutivos? Não é uma questão meramente linguística, lógica (no sentido formal do termo) ou matemática. Mas, isso não significa que seja um caso perdido: as ciências empíricas, como a biologia, a física ou a arqueologia aí estão para o desmentir. Se raciocinarmos indutivamente com cuidado, usando os métodos já estabelecidos e conhecidos, e sobretudo se compreendermos algumas das suas características fundamentais, que explico no meu livro, certamente conseguiremos raciocinar indutivamente muito melhor, seja qual for o domínio de aplicação.

CPJM: O risco é sempre conexão entre mundo atual e mundos possíveis, já que se trata de alguma projeção funcional das possibilidades sistematizadas de um evento futuro que seja indesejável. Existe uma diferença entre possibilidade e o conceito de possibilia, o que permite se notar nuances semânticas ao se afirmar que algo seja ou que algo exista. Qual a pertinência da possibilia para o raciocínio numa análise de riscos?

DM: Rigorosamente falando, eu diria que as meras possibilidades, as possibilidades meramente lógicas, são simplesmente irrelevantes na análise de riscos. O que conta são apenas aquelas possibilidades que têm algum grau de probabilidade muito distantes de zero. Eis um exemplo que torna isto claro: no lançamento de um dado, qual é a probabilidade de sair o número 3? Evidentemente, 1/6, porque o dado tem seis lados. Mas repare-se que acabámos de excluir um número infinito de possibilidades meramente lógicas. Talvez ao lançar o dado este desapareça. Ou talvez se transforme num crocodilo que fala alemão. Ou… Isto nunca mais acaba, e é sempre irrelevante. Contraste-se agora com a possibilidade de o dado estar viciado. Esta não é uma possibilidade meramente lógica; é uma possibilidade realista. Por isso, vamos examinar o dado para ver se mostra indícios de estar viciado. Esta é uma possibilidade que conta, porque a probabilidade de isso acontecer não é zero ou quase zero, como acontece com as possibilidades meramente lógicas.

CPJM: Como a alética pode ajudar o operador de Direito com a deferência e confiança devidas a um argumento de autoridade na área econômica? Como a crença (para as quais a percepção sensorial não exerça um papel decisivo) no que possa acontecer (ou mesmo no que poderia ter sido evitado de acontecer) está garantidamente justificada como conhecimento, e não como opinião no campo das conjecturas?

DM: Quanto mais complexa for uma sociedade humana, mais depende da deferência epistémica, que é o que fazemos quando aceitamos uma conclusão a favor da qual não temos provas, nem temos acesso a essas provas, mas alguém nos disse que há boas provas a favor dessa conclusão, e nós consideramos que essa pessoa sabe do que fala. Isto acontece-nos quando vamos ao médico, mas também quando o carro tem uma avaria — ou quando temos uma epidemia. Dependemos do conhecimento especializado uns dos outros. Isto significa que enfrentamos duas dificuldades. A primeira é como garantir que os profissionais não irão usar esse poder acrescido para enganar os outros; a segunda é como dar às pessoas instrumentos para que consigam, na medida do possível, e ainda que limitadamente, ser epistemicamente deferentes de maneira apropriada, ou seja, para que aceitem afirmações de quem realmente sabe, ao mesmo tempo que rejeitam as afirmações de quem finge saber mas não sabe. Eu diria que este é um dos grandes desafios do nosso tempo.

CPJM: Hoje vemos uma influência de abordagens antifundacionistas, notadamente derivadas dos pós-estruturalistas[6] em argumentações com viés pragmatista. Talvez isso seja uma das fontes intelectuais de fenômenos sociais que estão diretamente relacionados à limitação da racionalidade no mundo da vida: nunca produzimos tantos dados, informações e textos explicativos, mas ficamos reféns de decisões que se pretendem justificados com argumentos manifestamente falaciosos. Poderíamos dizer que o excesso de interpretação e a escassez de verdades no contexto dos debates políticos e jurídicos atuais trazem de volta as preocupações correntes no Círculo de Viena no sentido de voltarmos a atentar para as relações necessárias entre semântica e lógica?

DM: Parece-me que a compreensão da linguagem, e da própria lógica, que emanava do Círculo de Viena[7] era inadequada, em muitos aspetos. Porém, algumas ideias do Círculo

[6] Pós-estruturalismo é uma expressão vaga que alude escritores de filosofia cujas obras se mantinham referenciadas em padrões inconscientes (estruturas) de significação, mas que, de algum modo, colocavam em xeque a tendência de teóricos anteriores dedicados aos estudos desses padrões a estabelecerem alguma sistemática inerente (estruturalismo). Reconhece-se um texto como pós estruturalista pela ênfase dada em experimentações nas padronagens relacionais entre sintaxes e semânticas.

[7] Escritores e cientistas que se encontravam com frequência entre 1922 e 1936 em torno da Universidade de Viena e comungavam da preocupação com os rumos da filosofia alemã, das antinomias para a negatividade. No sentir deles, portanto, não confiável em seu caráter veritístico. E, por isso, emprestavam legitimidade a ideologias políticas cada vez mais agressivas que se apropriavam de suas referências. Davam muita atenção a modos positivos de verificação da verdade, ao tempo em que pretendiam reduzir a filosofia a esses modos, ou ao menos refundá-la com eles. Com a anexação da Austria ao III Reich, a maioria precisou emigrar e muitos

eram meritórias: a defesa da ciência, contra os obscurantismos místicos, religiosos e políticos, a aplicação rigorosa de instrumentos matemáticos e lógicos para tentar compreender melhor a própria ciência, e a insistência numa ética comunicativa que ainda nos faz muita falta: a simplicidade e clareza na expressão escrita do pensamento académico.

CPJM: Poder-se-ia então asseverar que esse grande desafio de nosso tempo, a saber, o uso e abuso das assimetrias de conhecimento está diretamente ligada à ética comunicativa, emergindo aí o que se poderia chamar de uma normatividade própria para a epistemologia social?

DM: As assimetrias epistémicas são inevitáveis na condição humana, porque cada um de nós individualmente sabe diretamente pouquíssimas coisas — quase nada, se excluirmos o conhecimento quotidiano do aqui e agora. A única maneira que tenho de saber como me alimentar apropriadamente é recorrer ao conhecimento científico da nutrição; a única maneira que tenho de saber como se formou o planeta Terra é recorrer ao conhecimento da astronomia e da geofísica. Devido a esta assimetria epistémica, que é também uma dependência epistémica — para usar a designação de John Hardwig —, seria razoável pensar que os seres humanos, e as nossas instituições, seriam intransigentes na exigência de transparência e veracidade na comunicação, tanto pública, como privada. Mas isso infelizmente não acontece. O mais comum é a completa irresponsabilidade comunicativa, em que jornalistas, políticos e pessoas em geral falam do que não sabem, seja para ganhar prestígio, seja para ganhar dinheiro, seja por mera ignorância, que as faz não distinguir entre informação fidedigna com provas robustas e mero "disse que disse". Moralizar a comunicação pública, e privada, é um dos grandes desafios da humanidade. Não acredito, porém, que seja concretizado, enquanto vastos setores da economia e da política continuarem a depender diretamente da informação enganadora.

CPJM: Como evitar que simplicidade e clareza se tornem fatores entrópicos, ou seja, sintomas de engessamento em termos de paradigmas ou convenções cristalizadas social e historicamente numa comunidade intelectual?

DM: As coisas são exatamente ao contrário. Não é a comunicação simples e clara que provocam ruído e confusão, ou entropia, mas a comunicação tóxica e enganadora que temos nos meios de comunicação — e hoje até nas universidades e escolas.

CPJM: Como tornar simplicidade e clareza da escrita fatores determinanentes para um diálogo neguentrópico sobre o que se conhece e o que não se conhece acerca de algo?

---

foram aceitos em universidades inglesas e americanas. O contato com ideias levadas por eles influenciou a evolução dos paradigmas lógico-analíticos nessas universidades.

DM: Sem sanções que desencorajem a comunicação tóxica, não é de prever que esta desapareça por si. A única maneira de tornar a responsabilidade comunicativa uma norma é por via de incentivos e desincentivos apropriados.

CPJM: A Navalha de Ockham[8] e a importância dada por Popper às refutações (falsificacionsimo)[9] seriam então dois modos com os quais poder-se-á cuidar que os raciocínios indutivos não sejam malversados?

DM: Desde o tempo de Popper que a compreensão do raciocínio indutivo cresceu imenso — e deu razão a Bacon[10], e não a Popper nem a Hume. As dúvidas céticas quanto ao raciocínio indutivo são vazias, porque deixam tudo exatamente na mesma. Por mais dúvidas algo vagas que se tenha sobre a fundamentação da indução — e se as temos aqui, também as teremos quanto à fundamentação da dedução, a menos que sejamos terrivelmente ingénuos ou que desconheçamos quase por completo a lógica —, continuaremos a precisar de distinguir entre os melhores e os piores raciocínios indutivos. E precisaremos de aprender a fazer isso cada vez melhor. De maneira que essa conversa cética acerca da indução é vazia; na prática, fica tudo exatamente na mesma: iremos ter de examinar com atenção vários raciocínios indutivos, para distinguir os melhores dos piores, e iremos continuar a raciocinar indutivamente na ciência.

[8] Guilherme de Ockham (1287-1347) foi notável argumentador em percurso à noção moderna da empiria. A Navalha de Ockham foi um postulado analítico em favor de assertivas com condicionantes tão limitadas quanto possíveis para uma explicação suficiente.

[9] O postulado epistêmico de Popper vai em sentido de que uma ciência vá asseverando conjecturas enquanto forem resilientes às refutações testadas.

[10] Francis Bacon (1561-1626) antecipou alguns condicionantes próprios das teorias comportamentais a indiciarem limitada racionalidade dos agentes cognitivos.

Compliance programs: una visión panorámica

Adán Nieto Martín

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Realiza-se uma exposição panóptica do compliance, apresentando suas origens e seu atual desenvolvimento na generalidade dos países. Discorre-se sobre o conteúdo e os pilares dos programas de compliance, os diversos ramos do Direito que impõem obrigações de conformidade às organizações empresariais, bem como os seus elementos gerais e transversais (preventivos, reativos e organizativos). Ademais, são analisadas as relações entre o compliance e a responsabilidade penal de pessoas jurídicas e a responsabilidade penal de dirigentes, bem assim as transformações que as estratégias de conformidade estão trazendo para as administrações públicas (*public compliance*). Ao final, discorre-se sobre o porvir do compliance e a evolução que dele se espera em diversas questões, em especial a confluência entre o cumprimento normativo e a responsabilidade social corporativa.

Palavras-chave: Direito penal empresarial; gestão de riscos; metodologia do compliance; responsabilidade corporativa.

3. Concepto y orígenes.

Los programas de cumplimiento son herramientas de gestión válidas en cualquier tipo de organización, pública o privada, desde empresas, fundaciones, partidos políticos a administraciones públicas o compañías religiosas. Su función es que directivos, empleados e incluso terceros que se relacionan con la organización, como proveedores o socios de negocio, respeten las normas legales que regulan su actividad o los compromisos éticos o autorregulatorios que ésta haya asumido. Así, por ejemplo, en el caso más obvio, una empresa de construcción puede implantar un programa de cumplimiento para evitar la corrupción y un colegio religioso podría hacerlo para evitar abusos sexuales.

La función del cumplimiento normativo se basa en la capacidad de autorregulación que toda organización tiene. En el caso de las empresas, organizaciones donde más arraigo tiene la implantación de programas de cumplimiento, lo que caracteriza a la función de cumplimiento

normativo frente a otras tradicionales como asesoría jurídica, es que se dota de normas propias, de controles, de mecanismos de investigación de las violaciones e incluso de sanciones para asegurar el cumplimiento con la legalidad.

En la cultura empresarial y jurídica de muchos países el cumplimiento normativo viene asociado a la responsabilidad penal *ex crimen* de las personas jurídicas. Sin embargo, son fenómenos diversos. Para entender correctamente el desarrollo de los programas de cumplimiento deben distinguirse dos fases. La primera es aquella en la que aparecen las funciones de cumplimiento. En diversos sectores de la organización empresarial las empresas, por diversas razones, fueron adoptando controles internos y otras medidas de autorregulación y nombrando responsables sectoriales. Los sectores donde aparecen funciones de cumplimiento son muy variados: medio ambiente, protección de los trabajadores, blanqueo de capitales, protección de datos, mercado de valores, planes de igualdad etc. Estos controles internos y medidas de autorregulación están ligados a diferentes formas de intervención administrativa, que generalmente no guardan ninguna relación con el derecho penal. También desde las últimas décadas del siglo XX la responsabilidad corporativa y la ética de empresa comienzan a extenderse e implantarse en muchas organizaciones. Se trata en este caso de una autorregulación voluntaria, pero que también genera sus propios responsables, como los comités o los oficiales de ética.

Los programas de cumplimiento aparecen en una segunda fase, en la que se sistematizan y coordinan todas estas funciones de cumplimiento que estaban desperdigadas en el interior de la organización. En este momento aparecen también los oficiales y, en las empresas más grandes, los departamentos de cumplimiento, cuya función es coordinar y supervisar la correcta ejecución de estas diversas funciones.

En la mayoría de los países, la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido el factor que ha desencadenado el tránsito de las funciones del cumplimiento a los programas. A partir de los años noventa del pasado siglo, pero sobre todo en las primeras décadas del siglo XX, las normas que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas describen los elementos comunes o transversales a las diversas funciones de cumplimiento. El Capítulo 8 de las *Guidelines for sentencing orgnizations* fue paradigmático, pero también lo fue en la UE el art. 6 del Dec.-leg. 231 Italiano o la *Bribery Act*. Todas estas normas han tenido una influencia considerable en la UE y Latinoamérica.

Estas prescripciones, aunque centradas en la prevención de delitos, evidenciaron los elementos básicos y comunes a las diversas funciones de cumplimiento por lo que sirvieron para conectar y coordinar distintas islas del archipiélago preventivo. La descripción que hacen las normas penales, o los estándares y guías ligados a la responsabilidad penal de las empresas, no innovan demasiado. Sin embargo, tienen la virtud de sistematizar elementos comunes que de alguna manera estaban ya "en el aire". La agrupación de las distintas funciones de cumplimiento en un departamento creado *ad hoc* y con un responsable al frente, el oficial de cumplimiento o el *chief compliance officer*, les ha dado mayor peso y visibilidad dentro de las empresas, sobre todo cuando este se sitúa entre los puestos de alta dirección o al menos en estrecha conexión con ellos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha servido también para extender el cumplimiento normativo a nuevas áreas y actividades. A medida que crecen los delitos por los que las personas jurídicas pueden ser hechos responsables, la necesidad de cumplimiento normativo se hace omnipresente en todas las actividades de la empresa y deja de esta focalizada en sectores en los que existían obligaciones administrativas previas. Además, el cumplimiento penal, en muchos ámbitos, no es sino el colofón lógico del cumplimiento en materias como la prevención de riesgos laborales o el medio ambiente.

En lo que sigue se expondré con algo más de detalle esta evolución, que podría describirse como el paso de las funciones al programa.

La aparición de las funciones de cumplimiento está estrechamente ligada a la aparición en los Estados Unidos de las agencias administrativas, durante la época del *Progressivism*, el *New Deal* y posteriormente a partir de la IIGM durante el desarrollo del *Administrative State*. Ya en los años treinta la recién creada SEC impuso a las empresas cotizadas y a los intermediarios financieros el establecimiento de controles internos, con el fin de evitar conductas como el *insider trading*. En esta primera fase las funciones de cumplimiento responden a la capacidad de supervisión de las agencias estatales, que podían, por ejemplo, denegar la licencia para ejercer como intermediario financiero si no existían controles adecuados o imponer sanciones administrativas o *civil penalities*. En este escenario, los contenidos del cumplimiento normativo se fijan con frecuencia por las agencias supervisoras a través de guías o recomendaciones, pero también a través de normas de obligado cumplimiento. En la UE este factor ha tenido un peso diferente. Las agencias independientes tienen una configuración y poder distintos, al menos en términos cuantitativos que a las americanas. No

obstante, y pese a ello, en sectores como el mercado de valores, la normativa antitrust o la protección de datos, se han ido impulsando la implantación de controles modelo, como parte del ejercicio de los poderes de supervisión.

El derecho de la contratación pública utilizó también el cumplimiento normativo, como herramienta para la prevención de los fraudes en la contratación. En la pequeña historia del cumplimiento normativo es particularmente relevante la aparición de la Defense *Industry Initiative on Business Ethics and Conduct*. Se trata de una iniciativa empresarial originada por los fraudes de la industria armamentística en sus contratos con el Departamento de Defensa en los años finales de la guerra fría. El Ministerio de Defensa empezó a exigir que las empresas que participaban en licitaciones públicas contaran con programas de cumplimiento. En el sector sanitario pronto se adoptó también una estrategia similar para prevenir el fraude. El sistema de *debartmen* o listas negras del Banco Mundial responde, en materia de contratación pública, a una idea similar. Las empresas que realizan algún tipo de fraude en contratos financiados con los fondos del banco incluyen en una prohibición temporal o definitiva de volver a contratar, que en el caso de prohibición temporal puede ser levantada si la empresa implanta un problema de cumplimiento y mejora su cultura de control. En la normativa europea de contratación pública los programas de cumplimiento juegan también un papel relevante con el fin de permitir a las empresas cuyos directivos han sido sancionados por delitos relacionados con la corrupción volver a participar en licitaciones públicas.

La legislación sobre blanqueo de capitales fue un detonante importante en la conformación de las funciones de cumplimiento. En Estados Unidos la Ley de Secretos Bancarios enumeraba ya las obligaciones de autorregulación de las empresas de manera muy parecida a lo que representa hoy el estándar común de los programas de cumplimiento. Las primeras reglas sobre las medidas de control de blanqueo de capitales fueron adoptadas a mediados de los 80 por el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea. A partir de 1989, el GAFI (FATF) empieza a emitir sus recomendaciones que después se han ido trasladando a la legislación nacional y europea en esta materia.

En materia de protección de datos o de prevención de riesgos laborales encontramos una forma similar de establecer el cumplimiento normativo. Las normas administrativas en estos sectores establecen con bastante grado de detalle en ocasiones, los controles que las organizaciones y empresas deben disponer.

Esta forma de intervención administrativa es la denominada autorregulación regulada y es también utilizada en otros sectores como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el mercado de valores o el medio ambiente. Los objetivos que persigue la regulación pública se consiguen utilizando la capacidad de autorregulación de las organizaciones. Las normas administrativas contienen metanormas, que describen las líneas generales de las normas que las empresas han de adoptar y es frecuente también que contengan sanciones administrativas, para las organizaciones que no las implementan o lo hacen de manera defectuosa.

Una forma singular y moderna de impulsar la implantación de programas de cumplimiento por parte de agencias o órganos administrativos es el denominado cumplimiento cooperativo. Se trata de una técnica de *enforcement* que altera la relación tradicional que existe entre las empresas y las agencias administrativas o los cuerpos de inspección. En vez de fundamentar la inspección en una estrategia policial, tendente a descubrir irregularidades y sancionar, el cumplimiento cooperativo trata de establecer un clima de confianza entre los supervisores y los sujetos obligados con el fin de que se comuniquen con lealtad los problemas que pueden tener para cumplir con una determinada regulación o las dudas que le surgen al interpretarla. Los programas de cumplimiento normativo dentro de esta nueva estrategia constituyen una herramienta para crear ese clima de confianza, de buena relación, entre la agencia administrativa y las empresas que supervisan. En Estados Unidos esta forma de supervisión fue acogida por la agencia competente en materia de medio ambiente, la famosa EPA. La OCDE recientemente dentro de su política contra el fraude fiscal realizado por las grandes corporaciones está impulsando también una estrategia similar, que ya encuentra reflejo positivo en algunos ordenamientos. El *Tax Compliance* que se ha desarrollado con fuerza en los últimos años es una manifestación más del cumplimiento cooperativo.

Como puede apreciarse tras esta breve historia, las funciones de cumplimiento e incluso los programas de cumplimiento estaban ya presentes en muchas empresas antes de que se vincularan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello tuvo lugar por primera vez, como ya adelanté, con la aprobación en 1992 de las *Guidelines for Sentencing Organizations*, un texto cuya naturaleza jurídica es discutida, pero que consideraba que contar con un programa de cumplimiento eficaz podía implicar una importante rebaja en la pena. El Capítulo 8 de las Directrices se inspiró fundamentalmente en el modelo propuesto por la *Defense Industry Initiative* que estaba ya extendido en muchas empresas norteamericanas. Una parte importante

de la doctrina considera que las *Guidelines* fueron todo un triunfo del lobby empresarial. De hecho, algunos años antes la *Foreing Corrupt Practices Act* de 1977 no consideró oportuno dar relevancia a las medidas de cumplimiento a la hora de establecer o calibrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La implantación de los controles internos que requiere la FCPA no conlleva ningún tipo atenuación, sino que, al contrario, su no implantación da lugar a una sanción independiente.

La aparición de las Directrices marcó un punto de inflexión en la reflexión acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos autores comenzaron a mantener que su responsabilidad derivaba de un hecho propio, de una culpabilidad propia, que se traducía en un defecto de organización o en una mala cultura corporativa. *El D. leg. 231 de 2001* en Italia y después la *Bribery Act* en el Reino Unido se hicieron eco de esta idea. A partir de la primera década del siglo XXI la mayoría de los países que introducen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consideran de algún modo que el epicentro de su responsabilidad consiste en la no implantación o implantación incorrecta de programas de cumplimiento. Este hecho es el que, como explicaba anteriormente, ha llevado a identificar cumplimiento normativo y responsabilidad penal de personas jurídicas como fenómenos paralelos. Hemos comprobado que no es así.

4. Metodología.

Pese a la importancia que hoy tienen los programas de cumplimiento no existe una "ciencia" que determine cómo diseñarlos e implantarlos. Qué funciona y no funciona depende de la práctica, del ensayo y del error. Lo único que sabemos a ciencia cierta es que su confección es multidisciplinar.

En primer término, su elaboración conecta con la ética de empresa. La mayor parte de los programas de cumplimiento parten de que generar una cultura ética o de la legalidad dentro de la organización es la base para la prevención de comportamientos desviados. Sobre esta base deben implementarse los procedimientos y controles elaborados por los departamentos de auditoría, control interno, prevención de riesgos laborales, blanqueo etc.. Aunque existe una conocida dicotomía que distingue entre programas de cumplimiento orientados a la ética y orientados al control, lo que está claro es que ambos elementos – cultura de la legalidad + procedimientos y controles – son necesarios. El modelo COSO de control interno, que es hoy

el paradigma dominante, establece en este sentido que el ambiente ético es en realidad un control interno más, necesario para que el resto de controles sean totalmente eficientes.

Ciencias del comportamiento, como la psicología social o la pedagogía pueden ser de una gran utilidad a la hora de diseñar programas de formación que consigan aumentar el razonamiento moral, elegir adecuadamente el personal que debe actuar en un entorno peligroso o, más en general, entender los factores que llevan al comportamiento desviado. Es lo que hoy se conoce como *behavoural compliance* y que en realidad aproxima la elaboración de programas de cumplimiento al ámbito de las ciencias sobre las que se ha construido la criminología. Esta nueva orientación integra también herramientas como la estadística o la inteligencia artificial, con el fin de crear herramientas predictivas, lo que conecta los programas de cumplimiento con lo que hoy se denomina política criminal actuarial o gerencialismo.

Además de ética empresarial, control interno y ciencias del comportamiento, en determinados sectores los programas de cumplimiento se valen de otras técnicas que provienen por ejemplo de las Ciencias políticas, como especialmente las acciones colectivas. Ocurre por ejemplo para prevenir la corrupción en entornos donde está ampliamente extendida, y ninguna empresa por sí sola puede tener éxito en esta tarea. Pero también son de gran importancia en las materias relacionadas con lo que se denominad “moderna esclavitud” o la erradicación trabajo infantil. Así por ejemplo hay interesantes acciones colectivas en el sector de las empresas textiles o del sector de la alimentación. En ellas se establecen medidas de cumplimiento comunes y en ocasiones también se generan órganos comunes de supervisión, con el fin de asegurar que los compromisos sean efectivamente cumplidos.

5. Marco jurídico.

Los programas de cumplimiento no sólo son metodológicamente pluridisciplinares, sino que también lo es su marco normativo. Son varias las áreas del ordenamiento jurídico que regulan qué es lo que se puede hacer, pero también qué límites existen.

El Derecho del trabajo juega un importante papel a la hora de diseñar aquellas disposiciones de los programas de cumplimiento que se dirigen a los empleados. Los controles sobre los empleados se fundamentan en el poder de supervisión que la normativa laboral concede al empresario. Las sanciones disciplinarias que se imponen en caso de incumplimiento del Código ético o de otras obligaciones que se derivan de los programas de cumplimiento y sus controles encuentran también su marco de referencia normativo en el Derecho del trabajo.

Más también el derecho del trabajo establece límites, por ejemplo, a la hora de utilizar programas de predicción de comportamientos o técnicas como el *profiling*, establecer deberes de denuncia generalizados, reglas de comportamiento presentes en los códigos éticos ajenas a la relación laboral o garantías en la imposición de sanciones disciplinarias. Muchos de estos límites se fundamentan en última instancia en la protección de Derechos constitucionales, como la intimidad y la protección de datos, y más concretamente de la modulación que estos derechos constitucionales experimentan en las relaciones laborales. El derecho del trabajo es también esencial a la hora de regular las investigaciones internas, como posteriormente se indicará.

Del Derecho de sociedades deriva la obligación del consejo de administración de impulsar y supervisar la implantación de programas de cumplimiento. Para el Derecho de sociedades el cumplimiento normativo forma parte de la gestión de riesgos. En las sociedades cotizadas la gestión de riesgos es, en la mayoría de los países, competencia del consejo de administración, quien además no puede delegar esta responsabilidad. En el resto de formas societarias la gestión de riesgos forma parte del deber de diligencia de los administradores. La implantación del programa de cumplimiento supone la forma en que los administradores cumplen con este deber. Por esta razón no implementar y supervisar el programa de cumplimiento da lugar a que se interpongan acciones de responsabilidad social contra administradores. El importante papel que auditoría interna desempeña en la evaluación de los programas de cumplimiento deriva precisamente de la conexión entre el cumplimiento normativo y la gestión de riesgos legales.

El gobierno corporativo, también parte esencial del Derecho de sociedades, sirve para determinar las funciones y responsabilidades de los órganos y encargados de cumplimiento. La función del órgano de administración es, como hemos indicado, impulsar la aprobación del programa y, posteriormente, aprobar sus elementos esenciales. Más a partir de este momento, lo normal es que delegue. La implementación de controles y su ejecución se delega en diversos responsables, los denominados dueños del control, repartidos por toda la organización. Los responsables de los controles en materia de protección de la salud de los trabajadores son diferentes obviamente de los controles medioambientales o los relativos a la corrupción.

La teoría de la delegación de poderes, cuyos contenidos son comunes a muchos países, establece que cuando se delega una función (en nuestro caso, la implementación de un control), surge en el delegante una obligación nueva, la supervisión de su correcto funcionamiento. Como resulta imposible que el órgano de administración ejerza de propia mano esta supervisión

la delega a su vez en un delegado u oficial de cumplimiento. La función principal de esta nueva función es por tanto vigilar que los diversos controles creados por el órgano de administración funcionan correctamente, pero también normalmente al lado de este cometido realiza funciones de coordinación entre los diversos dueños y responsables de los controles e impulsa la mejora del programa.

El ejercicio de estas funciones exige, además de conocimientos técnicos, ocupar un puesto elevado en la jerarquía de la entidad. No resulta sencillo, ni creíble, que quien está situado en un nivel medio/bajo dentro de la organización, pueda supervisar la actuación de sus superiores. Por eso es necesario que en cualquier caso tenga comunicación directa con el órgano de administración o alguno de sus miembros.

En las empresas que cuentan con un departamento de control interno, éste departamento también se encarga de revisar la idoneidad de los controles y su efectiva vigencia. Los departamentos de control interno en las empresas cotizadas dependen de la comisión de auditoría, que se encarga por tanto también de ejercer una supervisión de segundo nivel. Por esta razón algunas comisiones de auditoria se han comenzado a denominar, comisión de auditoría y cumplimiento. La característica principal de esta segunda línea de supervisión es que se realiza desde una posición de cierta independencia dentro de la organización. Las comisiones de auditoria se componen mayoritariamente de consejeros independientes y no dominicales. Se trata por tanto de un control adicional al que se realiza a través del oficial de cumplimiento.

En determinados sectores los programas de cumplimiento tienen una regulación más detallada que, tal como ya se ha indicado, se encuentra en el derecho de protección de datos, de prevención del blanqueo de capitales, de riesgos laborales, el derecho del medio ambiente etc.. Las normas jurídicas en estos casos contienen una meta-regulación en la que se establecen los objetivos y los elementos generales que después cada organización debe desarrollar y concretar a partir de un análisis de riesgos previo y, posteriormente, a partir de revisiones periódicas del sistema. En estas normas administrativas se incorporan también elementos importantes de todo programa de cumplimiento como los flujos de información, la asignación de responsabilidades etc..

Especialmente interesante es el modo en que en ocasiones estas normas diseñan a los responsables del cumplimiento en estos sectores específicos. Ha aparecido en ellas una nueva tipología de responsable de cumplimiento que ocupa una posición institucional dentro de la

organización que lo aproxima más a un representante de intereses públicos que a un delegado de cumplimiento, que ejerce su función a las órdenes del órgano de dirección. En efecto, en blanqueo de capitales, protección de datos o, en algunos países como Alemania, dentro de la legislación del mercado de valores, este responsable de cumplimiento específico tiene la obligación de reportar o denunciar las irregularidades directamente ante la autoridad pública, sin tener que pedir autorización o comunicarlo al órgano de administración.

La regulación de los programas de cumplimiento no solo se realiza por normas jurídicas. También tienen una gran importancia las normas de estandarización que se están elaborando en esta materia. Existen ya normas ISO relativas a los aspectos generales de los programas de cumplimiento (IS0 1600), pero también a aspectos singulares como la prevención de la corrupción (ISO 37001) o el *Tax Compliance* (UNE 19602). Incluso en existe normas de estandarización sobre aspectos singulares de los programas de cumplimiento como es la elaboración de canales de alertas (ISO 37002). Las normas de estandarización están también presentes en algunos sectores de la autorregulación regulada como en medio ambiente (ISO 14001) o la protección de la seguridad en el trabajo (ISO 45001).

Estas normas de estandarización mejoran la autorregulación interna, en cuanto que miden la eficacia del sistema de gestión. Las normas de estandarización no determinan normalmente el contenido de los controles con que deben contar las empresas. Su cometido principal es establecer las competencias de los miembros de la organización, objetivos que deben cumplirse, tareas a realizar, flujos de información etc. La obtención de un certificado incrementa las oportunidades de negocio de la empresa. En determinados sectores pueden ser un factor importante para que la empresa sea elegida como proveedor. Es lo que ocurre por ejemplo en el marco de la prevención de la corrupción, donde contar con la certificación es relevante para enfrentar los procedimientos de diligencia debida, que las empresas realizan para contratar determinados proveedores. Igualmente, y en líneas más generales, contribuye a su *Good Will*.

Las normas de estandarización en materia de cumplimiento normativo no son un conjunto aislado, sino que tienen puntos de intersección con el ordenamiento jurídico. En lo que atañe a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el debate se ha centrado además en su papel como medio de prueba de la eficacia de los programas. La ley chilena de responsabilidad penal de personas jurídicas regula expresamente la certificación de los programas de cumplimiento, aunque no se pronuncia sobre este aspecto. Para parte de la

doctrina, la certificación puede constituir una suerte de prueba pericial anticipada sobre la idoneidad de un sistema de gestión.

6. Contenidos.

Los contenidos de un programa de cumplimiento pueden dividirse en contenidos transversales o generales y contenidos singulares o especiales. Estos últimos atienden a los específicos riesgos que tenga una empresa y suelen expresarse a través de políticas de empresa, como la política anticorrupción, de protección de datos, *tax compliance*, de medio ambiente, protección de la salud de los trabajadores, blanqueo de capitales etc.. Es muy poco frecuente que exista una obligación legal de contar con los elementos generales, mientras que por el contrario sí que existe obligación legal de implantar políticas especiales, lo que conecta con el fenómeno de la autorregulación regulada al que antes se hacía referencia.

En empresas bien organizadas, tal como se indicó anteriormente, los elementos especiales se coordinan a través del programa de cumplimiento, donde se establecen además los elementos transversales de manera común (por ejemplo, la regulación del canal de denuncias, las investigaciones internas, las directrices básicas a la hora de asignar responsabilidades etc..). Esto no impide que existan empresas donde algunos sectores especiales se establezcan de manera separada, por ejemplo, en protección de datos, blanqueo o abuso de mercado. Existen empresas, donde por el contrario se ha creado un programa de cumplimiento específicamente penal desconectado del resto de elementos preventivos.

Los elementos generales o transversales de los programas de cumplimiento pueden dividirse en elementos preventivos, reactivos y organizativos.

El primero de los elementos preventivos es el análisis de riesgos. Consiste básicamente en (1) atender a las distintas actividades que realiza la empresa, (2) analizar en relación a cada una de ellas cómo pueden aparecer diversos hechos ilícitos, (3) estudiar los controles existentes y comprobar su eficacia, (4) determinar la probabilidad de aparición de cada riesgo, con el fin de priorizar las áreas que de manera más urgente necesitan una mejora de los sistemas de control. El análisis de riesgos aporta racionalidad y ahorro de costes. Los controles que se establezcan en la organización deben ser proporcionados al nivel de riesgos. Ello evita que el cumplimiento normativo sea percibido como pura burocracia sin sentido que entorpece la actividad de la empresa.

El código de conducta o ético es la otra parte esencial del cumplimiento normativo. Si el análisis de riesgos es el cerebro, el código de conducta es el corazón. Existe acuerdo generalizado en que los programas de cumplimiento deben partir de la promoción de valores éticos. A mayor introyección de valores éticos, menos procedimientos y controles burocráticos serán necesarios. La existencia de un código ético es parte esencial para conseguir esta tarea y debe servir para orientar a los empleados acerca de como actuar en situaciones en las que les pueda surgir un dilema ético. Pero también el código ético es la base del conjunto de normas de cumplimiento que después se irán fijando de manera más detallada en las políticas de cumplimiento sectoriales. Se dice a menudo que el código ético es la constitución y las políticas sectoriales las leyes que lo desarrollan.

Los códigos tienen un papel esencial en muchos países para la aplicación de las sanciones disciplinarias ligadas al sistema de cumplimiento. Las normas de conducta que establece el código ético deben considerarse órdenes de trabajo que el empleador da sus trabajadores o compromisos con relevancia jurídica que asumen los directivos. Por esta razón, su infracción puede dar lugar a sanciones disciplinarias – despidos - o la revocación del cargo.

Los códigos de conduta establecen como acabamos de ver normas vinculantes en la relación laboral o directiva, pero para que el programa de cumplimiento funcione también es necesario la implantación de controles internos. La naturaleza de los controles depende del riesgo que se quiera prevenir. Unos pueden tener carácter financiero, otros establecerse en el momento de la selección del personal, otros como ocurre en materia medioambiental o de prevención de riesgos laborales son esencialmente técnicos etc.. Muchos controles deben insertarse en los procedimientos de gestión ordinarios que cada empresa, por pequeña que sea suele tener, como la selección de proveedores, la realización de pagos, el control horario etc.. A esto nos referimos cuando señalamos que el cumplimiento normativo debe tener un carácter transversal en la actividad de la empresa.

La formación resulta en cierto modo una forma de control más, es una *conditio sine qua non* para que los controles funcionen. En el modelo ético de cumplimiento normativo resulta esencial para el desarrollo moral de los empleados. Pero también es necesaria para instruir acerca de los riesgos de la empresa y el funcionamiento de los diversos controles existentes. Sin formación los controles no son efectivos.

Al lado de los elementos preventivos, los programas de cumplimiento contienen también elementos reactivos, cuya función es el descubrimiento y la sanción de las

irregularidades e infracciones al programa de cumplimiento. El primero de estos elementos es el canal de alertas. La mayoría de los países no cuentan con normas legales que regulen la figura del alertador y establezcan las medidas de protección y derechos de los que goza. Por esta razón, los programas de cumplimiento a partir de la autorregulación empresarial son los que han acabado estableciendo los sistemas de protección del alertador, con base en el derecho del trabajo, el derecho de protección de datos personales etc. En la UE la Directiva 2019 supone un cambio importante de modelo de regulación, al establecer unos requisitos mínimos de garantías para los alertadores.

Las investigaciones internas representan otro componente imprescindible de la parte reactiva de los programas de cumplimiento. También aquí existe un vacío legal acerca de los requisitos o garantías mínimas de una investigación interna, por ello se realizan a partir de protocolos internos basados en la autorregulación.

Para entender el marco jurídico de las investigaciones internas es imprescindible atender a cuál es el objeto principal de la investigación. Una investigación cuya finalidad sea imponer una sanción disciplinaria tiene un marco jurídico, basado en el derecho del trabajo, diferente a la investigación interna cuya finalidad es poner de manifiesto los defectos y lagunas que puedan existir en el programa de cumplimiento.

Las más complejas de todas son, como antes ya se apuntaba, aquellas que tienen como finalidad colaborar con el proceso penal, aportando pruebas que van a servir para la condena de los responsables individuales del delito. Este tipo de investigaciones, que en algunos países van vinculadas a la práctica de acuerdos procesales (*Deferred Prosecutions Agreements*), pueden suponer un serio peligro para las garantías del proceso penal. El derecho procesal penal tiene un conjunto de garantías, basadas en derechos fundamentales, que establecen las reglas que el estado debe seguir cuando investiga comportamientos delictivos de los ciudadanos. En las investigaciones internas colaborativas estas reglas se sustituyen por otras totalmente distintas: las que regulan la redacción empresario y empleado. Por esta razón, la realización de las investigaciones internas, cuyo objetivo sea aportar pruebas al proceso penal, debe respetar garantías similares a las del proceso justo. En algunos países como Alemania o Francia las asociaciones de abogados han publicado directrices para su realización.

7. Cumplimiento normativo y responsabilidad penal de personas jurídicas.

El breve repaso acerca del origen de los programas de cumplimiento que se realizaba anteriormente muestra como estos son independientes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La idea, por tanto, de que existe un *criminal compliance* lanzada por un sector de la doctrina y que han asumido algunas empresas no resulta correcta. La prevención de ilícitos penales no puede desligarse en modo alguno de la prevención de otros ilícitos administrativos, de la responsabilidad civil o más en general incluso de las obligaciones que ha asumido la empresa a través de su código ético o de conducta o sumándose a una acción colectiva.

La relación de los programas de cumplimiento con la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede adoptar varias formas, situadas unas en el derecho procesal, otras en el derecho material y otras en el marco de la determinación y ejecución de la pena.

En el marco procesal los programas de cumplimiento pueden ser un factor importante que se tenga en cuanta allí donde rige el principio de oportunidad. Poseer un programa de cumplimiento que se considere eficaz puede ser tenido en cuanta por los fiscales para formular una acusación contra la persona jurídica. Igualmente, los programas de cumplimiento desempeñan un papel importante en los acuerdos de suspensión del procedimiento que, a partir del modelo de los Estados Unidos, cada vez se extienden por más países. En el sistema de *debartment* del Banco Mundial existe un sistema de *probation* de características similares. La implantación o la mejora del programa de cumplimiento suele ser un requisito frecuente de estos acuerdos. Es también habitual que el fiscal, como fruto de estos acuerdos se confiera la capacidad de supervisar su implantación, a través del nombramiento de un interventor.

En el ámbito del derecho penal material son cada vez más los países que consideran el programa de cumplimiento y su eficacia como el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta opinión está también muy extendida entre la doctrina, tanto en Europa, como en Latinoamérica. No es sencillo ordenar, el sin fin de opiniones y matices diferentes que existen entre las diversas legislaciones y, mucho más complejo aún, entre los diversos autores. Una clasificación sencilla podría hacerse atendiendo a dos parámetros.

El primero de ellos es la relación que debe existir entre el hecho cometido por la persona física (delito de conexión) y el programa de cumplimiento. De acuerdo con algunos modelos teóricos y legislativos entre el delito conexión y el programa de cumplimiento debe existir una

relación muy estrecha. El programa de cumplimiento sólo evita la responsabilidad de la empresa en cuanto que haya servido para evitar o dificultar considerablemente la comisión del delito de conexión que en concreto se ha cometido. De este modo, sería indiferente para la exculpación de la persona jurídica, el que el canal de alertas de la empresa funcione de manera correcta, la implicación de sus directivos en la implementación del programa, las horas de formación impartidas etc.

Para otros modelos, teóricos y legislativos, el delito cometido por la persona física tiene como función únicamente dar paso al examen del modelo de cumplimiento, con el fin de analizar su idoneidad en relación a delitos de una naturaleza similar al que se ha cometido. Lo importante es que los controles sean razonables, es decir, proporcionales a la luz de un análisis de valoración del riesgo, donde intervienen criterios de costes y beneficios.

En España e Italia, por ejemplo, en relación al delito cometido por miembros de los órganos de administración o alta dirección, se requiere un mayor examen del funcionamiento de los controles en el caso concreto. Es necesario mostrar como el autor individual elude la aplicación de un control específicamente diseñado para impedir su delito. Por el contrario, cuando el delito es cometido por un subordinado, la eficacia del modelo de cumplimiento se mide de manera más global. Lo importante es que los controles que se han diseñado e implementado por la empresa sean considerados suficientes o eficaces.

Las relaciones entre el programa de cumplimiento o, su reverso, el fallo de organización de la empresa, y el comportamiento del autor es también peculiar en el caso de delitos imprudentes. En este ámbito se admite en algunos ordenamientos que la persona jurídica pueda ser castigada con independencia de si existe un comportamiento negligente de una persona física con la suficiente gravedad para ser castigado penalmente. Esta variante es especialmente importante en relación a los accidentes laborales. El *Homicide Manslaughter Act* del Reino Unido ejemplifica esta variante. Lo importante es demostrar que el suceso guarda relación con el "*strategic management of organizational activities*" e igual ocurre en la regulación de los delitos imprudentes en el CP Australiano (*Division 12.4, Criminal Corporate Liability. Negligence*).

Los programas de cumplimiento tienen también relevancia en muchos países en la determinación de la pena. El ejemplo más conocido es el del *Guidelines for sentencing organizations*. En USA el sistema de imputación continúa siendo el sistema vicarial y la eficacia del programa de cumplimiento puede dar lugar a una atenuación muy significativa de la

sanción, dentro de un sistema muy complejo de determinación de la pena. En algunos países, cuando la empresa tiene un programa de cumplimiento antes de la comisión del delito, pero este no se considera totalmente eficaz, puede dar lugar una rebaja de la pena. También la implantación de un programa de cumplimiento con posterioridad a la infracción es relevante en otros ordenamientos para la atenuación de la pena.

Los programas de cumplimiento pueden tener gran importancia no sólo en la determinación de la pena de multa, sino también en la elección de la sanción. Determinadas sanciones (interdicción, supervisión….) sólo pueden ser impuestas si se constata la peligrosidad de la persona jurídica. Debe demostrarse que es probable que en el futuro la organización pueda comentar hechos delictivos similares al realizado. La existencia de un programa de cumplimiento, aunque la empresa lo haya implantado tras la comisión del hecho delictivo, impedirá normalmente que puedan imponerse este tipo de penas que se basan más en la peligrosidad de la organización, que en el hecho cometido.

Finalmente, la implantación de un programa de cumplimiento puede consistir en una sanción que se impone como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. La pena de imposición de un programa de cumplimiento se prevé en el CP francés y se impone a las personas jurídicas responsables penales de delitos de corrupción. En Francia la responsabilidad de la persona jurídica sigue basándose en un sistema vicarial y no se tiene en cuanta la existencia de un programa de cumplimiento.

Los programas de cumplimiento en el marco de la responsabilidad *ex crime* de la persona jurídica plantean fricciones con principio de determinación de la ley penal, que exige una descripción lo más precisa posible del comportamiento prohibido. Esto ocurre en aquellos sistemas en los que la *organizational failure* es el elemento clave a la hora de determinar la responsabilidad. La eficacia del programa de cumplimiento en estos modelos de imputación es el núcleo del injusto realizado por el ente, por lo que aquí las exigencias de taxatividad deben ser máximas. Por el contrario, estas exigencias son menores cuando el programa de cumplimiento es parte del sistema de *probation* o simplemente un factor a tener en cuenta en la determinación de la pena.

Son varios los caminos que se han seguido para solucionar este primer problema. El legislador ha intentado compensar la falta de seguridad jurídica describiendo los elementos esenciales de los programas de cumplimiento. Incluso en algunos países, como Perú, se han aprobado reglamentos detallados regulando de manera pormenorizada sus diversos requisitos.

En el caso del Reino Unido el Ministerio de Justicia ha publicado directrices que sirven para orientar a las empresas. Estas y otras soluciones pueden servir para acomodar la responsabilidad de las personas jurídicas al principio de determinación.

Un segundo problema que también afecta a los sistemas de responsabilidad basados en la *organizational failure* es determinar la carga de la prueba relativa a su eficacia. En países como Italia esta cuestión está ligada a la naturaleza de la sanción. El hecho de que las sanciones contra las personas jurídicas tengan naturaleza administrativa ha permitido invertir la carga de la prueba. Cuando la persona física que cometió el delito fue un administrador o alto directivo (*appicale*), la carga de la prueba recae sobre la persona jurídica. En otros países, la carga de la prueba está relacionada con la función que tenga el programa de cumplimiento dentro de la estructura de la responsabilidad penal. De este modo, si el defecto de autoorganización se entiende como el delito propio cometido por la organización la carga de la prueba recae sobre la acusación, que debe demostrar la inexistencia o ineficacia del modelo de cumplimiento más allá de toda duda razonable.

En aquellos ordenamientos en los que la existencia de un programa de cumplimiento opera en la determinación de la pena, el estándar de prueba es el de la *preponderance of evidence* y además la carga de la prueba recae sobre el acusado. También esta es la tendencia, cuando el programa de cumplimiento se califica como *defense*, como ocurre en el art. 7 de la *Bribery Act* del Reino Unido.

8. Cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas físicas.

Los programas de cumplimiento afectan también a la responsabilidad penal de las personas físicas. En primer término, nada impediría crear una infracción de *organizational failure* cuyos autores fueran las personas responsables en cada organización de implementar programas de cumplimiento. Si se opta por la responsabilidad de la persona jurídica es porque se considera más efectivo situar la sanción en la organización, que en sus responsables individuales.

Las normas de autorregulación en sectores determinados conforman igualmente estándares de diligencia debida en delitos imprudentes. Es lo que ocurre con los planes de prevención de riesgos laborales. En materia de homicidios o lesiones imprudentes de los

trabajadores, el empresario puede ser hecho responsable de contar con un plan de prevención adecuado, mal implementado o por no haber proporcionada una información adecuada

El ámbito más controvertido es la responsabilidad en comisión por omisión de los oficiales de cumplimiento por no impedir los hechos delictivos contemplados en el programa de cumplimiento. La discusión en este punto depende en primer lugar de las funciones del oficial de cumplimiento y del tipo de conducta que realiza. Su responsabilidad no plantea problemas especiales cuando su aportación al delito consiste en un comportamiento activo doloso. Por ejemplo, da una información falsa o incompleta a los administradores, sobre la eficacia del programa, con el fin de facilitar la tarea de quien está defraudando a la entidad.

En el caso de que se trate de una ejecución negligente de su tarea o realice un comportamiento omisivo, debe atenderse exactamente a las funciones que el oficial de cumplimiento desempeña en la empresa. La discusión principal acerca de su responsabilidad se ha producido en aquellos casos en los que el *compliance officer* tolera la realización de hechos delictivos, siendo consciente de que los controles diseñados para impedirlos no funcionan por las causas que sean. Como antes señalábamos el oficial de cumplimiento no es el dueño del control, sino simplemente quien supervisa su correcta ejecución. Por esta razón, la tolerancia de hechos delictivos puede supone una responsabilidad como partícipe del responsable principal. En cualquier caso, y en la práctica, apenas si existen supuestos de responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento.

9. Los programas de cumplimiento en las organizaciones públicas: el *public compliance*.

Los programas de cumplimiento pueden implantarse en cualquier tipo de organización y no sólo en empresas. También pueden implantarse en administraciones públicas, en lo que se ha venido en llamar *public compliance* y que ha adquirido gran importancia en la lucha contra la corrupción y las malas prácticas administrativas. El germen de la *public compliance* se encuentra en el desarrollo de la ética pública en los Estados Unidos y los países anglosajones a partir de los años 80 del siglo XX. A su extensión por otros países ha contribuido la actividad de organizaciones internacionales como la OCDE y, muy especialmente, la Convención de Naciones Unidas para la corrupción.

Esta Convención, que cuenta con un amplio número de ratificaciones, exige que en la administración pública se implanten medidas de prevención de la corrupción similares a las que

existen en las empresas, lo que incluye la realización de análisis de riesgos, aprobación de códigos de conducta, formación de los empleados públicos y el establecimiento de otros controles basados en la capacidad de autorregulación. La similitud de los programas de cumplimiento y las medidas anticorrupción de las administraciones públicas queda de manifiesto por ejemplo en la Ley anticurrupción italiana (*Legge n. 190/2012, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*) donde las medidas de control de la corrupción que obliga a establecer en las organizaciones públicas se inspiran en la regulación de los programas de cumplimiento.

Especialmente importante en el seno del *public compliance* ha sido el desarrollo de la protección de los *whistleblowers*. Mientras que en las empresas su protección de establece en los propios programas de cumplimiento y por tanto proceden de su capacidad de autorregulación, en las administraciones públicas aparecieron pronto normas legales. Los países anglosajones fueron pioneros en su protección. La Unión Europea a través de su Directiva 2019/1937, a la que ya nos hemos referido, ha establecido un marco común para los alertadores, con independencia de que sean de empresas, administraciones públicas o cualquier otro tipo de organización.

En los últimos años en muchos países han proliferado las agencias anticorrupción, cuyos rasgos esenciales se encuentran en los art. 5 y 6 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. Su función básica consiste en ayudar, impulsar y controlar que las administraciones públicas implementen correctamente medidas de prevención de la corrupción. Para ello por ejemplo realizan análisis sectoriales de riesgos, proponen medidas de control a las distintas organizaciones o supervisan los planes de prevención implantados por las administraciones. También suelen establecer canales de alertas externos. En algunos países, las agencias anticorrupción se han conformado como cuerpos especializados en investigar la corrupción administrativa. No obstante, lo habitual es que la actividad de supervisión que efectúan las agencias se encamine a examinar la idoneidad de las medidas de prevención y no al descubrimiento o la investigación de concretos supuestos.

10. Posibles desarrollos del cumplimiento normativo.

Los programas de cumplimiento, en la mayoría de los países, aunque son un fenómeno reciente se están asimilando con rapidez por la cultura empresarial y jurídica. Una mirada retrospectiva pone de manifiesto que cada vez las funciones de cumplimiento tienen una mayor

importancia dentro de la empresa. En los últimos años hemos asistido a una eclosión de los programas de cumplimiento, que se evidencia en la ingente producción académica sobre este tema, muy marginal hace solo una década. Los programas de cumplimiento están por ello lejos de haber alcanzado la edad madura, más bien son aún adolescentes, cuya configuración futura es difícil de predecir. No obstante, y pese a ello, adelantaré

Aunque es difícil predecir cuál serán sus desarrollos, pueden apuntarse algunas líneas de reflexión para el futuro, en general todas apuntan a una confluencia del cumplimiento normativo con la Responsabilidad Social Corporativa.

La primera línea de evolución hace referencia a la institucionalización del cumplimiento normativo en la empresa. Hasta ahora, como se ha explicado, el cumplimiento normativo suele tener dos ramas. Una rama ejecutiva que procede directamente del órgano de administración y en la que se encuentra el oficial de cumplimiento. Y una segunda rama, que realiza una supervisión de segundo nivel, que normalmente desempeña la comisión de auditoría y el control interno. Este segundo nivel debiera evolucionar en el futuro y conformarse como un control específicamente orientado al cumplimiento normativo, independiente y autónomo de las funciones del control interno.

El control interno al igual que las comisiones de auditoria dentro del órgano de administración responden a problemas muy concretos dentro del gobierno corporativo. Se trata de la tensión, la tensión por antonomasia dentro del derecho de sociedades, entre la administración, los socios y los inversores.

El cumplimiento normativo responde, o en realidad debe responder, a una tensión distinta. Cumplir con la legalidad no es solo un objetivo se deba perseguir con el fin de evitar riesgos legales, que puedan impedir que la empresa alcance sus objetivos económicos o estratégicos. La tensión a la que da respuesta el cumplimiento normativo es similar a la que se gestiona a través de la Responsabilidad Social Corporativa, la tensión entre los objetivos de la empresa y los intereses sociales y personales que la rodean o, si se prefiere, la tensión que existe con los *stakeholders*. Por esta razón, el desarrollo del cumplimiento normativo y, más concretamente, su institucionalización dentro de la entidad, debiera vincularse en el futuro al debate relativo a la institucionalización de la responsabilidad social corporativa, profundizando en el *stakeholders capitalism*.

Esta nueva etapa del cumplimiento normativo exigiría la creación de un nuevo tipo de órganos dentro del órgano de administración – comisión de responsabilidad social - y la

aparición de consejeros vinculados a la defensa de los intereses públicos, que la empresa en su funcionamiento pudiera afectar. Esta nueva tipología de comisiones y consejeros de intereses públicos ejercerían un poder de supervisión y control creíble sobre los comportamientos de los órganos de administración y de la alta dirección de la empresa, que ha sido hasta ahora sin duda el Talón de Aquiles de los programas de cumplimiento.

En efecto, salvo excepciones, los programas de cumplimiento actuales son buenos supervisando los comportamientos de los subordinados, pero no lo son a la hora de controlar a la alta dirección de la empresa. La razón es que la autosupervisión siempre resulta difícil (¿Quién vigila al vigilante?). Las comisiones de auditoria y los consejeros independientes no dan una adecuada respuesta a este problema, pues como hemos indicado responden a un problema distinto, por lo que también lo es su cualificación profesional.

En este punto se encuentra la razón última que lleva a muchas legislaciones a no excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la persona física que ha cometido el delito pertenece al órgano de dirección o a la alta dirección. No es creíble que en estos casos pueda existir un programa de cumplimiento eficaz. Sólo el D. leg. 231 en Italia, y en su senda el art. 31 bis del CP en España, han afrontado este problema a través de la creación de un órgano de cumplimiento específico, el denominado órgano de vigilancia. Un desarrollo coherente de este órgano, enmarcado dentro del debate más amplio del gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa, podría dar lugar a una institucionalización del cumplimiento normativo en la línea que aquí se propone.

La segunda línea de evolución de los programas de cumplimiento es el incremento de la transparencia. Se ha superado ya la época en que se consideraba que estos habían de ser secretos. Cada vez los mercados, pero también los consumidores, exigen mayor información sobre su implantación y desarrollo dentro de la empresa. En la Unión Europea, la Directiva 2014/95 sobre información no financiera obliga a las grandes empresas a publicar los “estados no financieros” como parte de sus cuentas anuales. En ellos deben darse cuenta de las medidas de cumplimiento, como mínimo, relacionadas con la corrupción, el medio ambiente y el respeto a los derechos humanos. En el resto de sociedades cotizadas, aunque no de un modo tan visible, también debe informarse normalmente de la evolución de los programas de cumplimiento.

La transparencia de los programas de cumplimiento es una prueba más de su aproximación a la Responsabilidad Social Corporativa. De hecho, la información a que hace referencia la Directiva europea del 2014 ha figurado normalmente en los informes de

Responsabilidad Social Corporativa. El reto que ello plantea es la generación de informes no financieros con información homogénea y comparable y un régimen de auditoria, de revisión externa, del programa de cumplimiento que tenga un nivel de eficacia y seriedad similar a la auditoria financiera. Lógicamente, y en lo que afecta al derecho penal, todo ello abre el debate relativa a la sanción de las informaciones falsas.

En los últimos años hemos asistido a la eclosión de las obligaciones de *due diligence* o cumplimiento de terceros. Bajo este término se analizan las prácticas de cumplimiento normativo que afectan a proveedores, socios de negocio de la empresa o incluso clientes. La *due diligence* jugaba un papel limitado a la evitación de los riesgos de corrupción y sobre todo del blanqueo de capitales. La expansión de la *due diligence* a otros sectores a la que estamos asistiendo descansa en la aparición de la cadena de aprovisionamiento global y la deslocalización de la producción por parte de muchas empresas. En un mundo globalizado, controlar que las empresas respeten estándares de legalidad básicos, como los derechos humanos, el medio ambiente, la no utilización de mano de obra esclava, el trabajo infantil, solo puede conseguirse si se les impone la obligación de asegurar que sus proveedores directos o indirectos no incurren en este tipo de prácticas.

Las prácticas de diligencia debida utilizan la capacidad de influencia de las empresas que dominan las cadenas de suministro con el fin de que a través de diversos controles aseguren de manera razonable que sus proveedores o, en general socios de negocio, también respetan estos niveles básicos y universales de cumplimiento.

En la Unión Europea, pero también en otros lugares como Canadá o Australia, se han promulgado normas de diligencia debida que extienden los programas de cumplimiento más allá del perímetro tradicional de la empresa. Las normas de diligencia debida son de dos tipos. Unas se basan en la transparencia, como la *Modern Slavery Act* en el Reino Unido o la *Suppley Chain Act* de California, y lo que piden a las empresas es que informen de las medidas de diligencia que han implantado para evitar el trabajo infantil o los trabajos forzados. Otras normas en cambio exigen la implantación de medidas de diligencia debida a las empresas en relación a proveedores y filiales, concretando además los aspectos básicos de lo que podríamos denominar el cumplimiento normativo de terceros

Francia con la Ley de vigilancia empresarial en el 2017 fue pionera. Recientemente Alemania ha aprobado también una normativa similar (*Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz*), mientras que la Unión Europea prepara un proyecto de directiva que ha sido presentada por el

Parlamento Europeo y que se sumaría a normas de diligencia debida ya existentes como en el sector de los diamantes (Reglamento (CE) n° 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, DO L 358/28) minerales (Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DO *L 130, 19.5.2017, p. 1*) o la madera (Reglamento (UE) nº 995/2010 de 20 de octubre de 2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DO L 295/23). El fin de todas estas normas reside, precisamente en implementar políticas destinadas a evitar este tipo de riesgos que deben asumir los proveedores y otros socios de negocio, la implantación de estas políticas exige a las empresas a asegurar la trazabilidad de sus cadenas, evaluar los riesgos existentes en ellas, posibilitar que sus canales de alertas sean también utilizados por proveedores o terceros como activistas, realizar formación, auditorias y otro tipo de controles a lo largo de la cadena.

Las consecuencias del incumplimiento del cumplimiento normativo de terceros o *due diligence* está todavía en discusión. En algunas jurisdicciones (Holanda, Reino Unido, Francia) estas normas han permitido fundamentar acciones de responsabilidad civil contra empresas multinacionales por daños cometidos en sus cadenas de suministros, mientras que en otras (Alemania) por el contrario se insiste en que estas obligaciones no son determinantes para la responsabilidad civil. También se han abierto puntualmente procesos penales a empresas textiles por utilización de mano de obra esclava. Pero hasta ahora no se ha aclarado aún la forma en que se sancionará la violación de este tipo de medidas de cumplimiento.

O procedimento investigatório criminal como instrumento administrativo interno do ministério público. Desnecessidade de controle judicial

Airton Pedro Marin Filho[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo busca deixar evidenciado que o Procedimento Investigatório Criminal – PIC, por se tratar de procedimento administrativo próprio e interno no âmbito do Ministério Público, não estará sujeito ao controle judicial sistemático, como condição indispensável de sua validade jurídica, exceto quando existam atos que exijam análise e intervenção do poder judiciário (medidas cautelares, prisões temporárias e preventivas, busca e apreensão, quebras de sigilo bancário, fiscal e das comunicações telefônicas, etc.). Além das garantias constitucionais creditadas ao Ministério Público, servem como base para análise do aqui discutido, dentre outros institutos, a Resolução nº 181/17 do CNMP (com as alterações trazidas pela Resolução nº 183/18), na qual restam especificadas as regras a serem seguidas internamente para a instauração, instrução e conclusão do citado procedimento.

Palavras-chave: Procedimento Investigatório Criminal – PIC. Resolução nº181/2017-CNMP. Abertura. Controle Judicial. Desnecessidade.

Abstract: This article aims to show that the Criminal Investigative Procedure – PIC, because it is its own and internal administrative procedure within the public prosecutor's office, will not be subject to systematic judicial control, as an indispensable condition of its legal validity, except when there are acts that require analysis and intervention of the judiciary (precautionary measures, temporary and preventive arrests, search and seizure, bouts of bank secrecy, tax secrecy and telephone communications, etc.). In addition to the constitutional guarantees credited to the Public Prosecutor's Office, they serve as the basis for the analysis of the discussed here, among other institutes, CNMP Resolution No. 181/17 (with the amendments

[1] Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Ex-Corregedor-Geral e Ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília - UNB. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

brought by Resolution No. 183/18), in which the rules to be followed internally for the establishment, instruction and conclusion of the aforementioned procedure remain specified.

Keywords: Criminal Investigative Procedure - PIC. Resolution No. 181/2017-CNMP. Aperture. Judicial Control. Unnecessity.

1. Introdução

O procedimento investigatório criminal tem como desiderato coligir elementos que elucidem a materialidade e a autoria de um suposto delito ou conjunto de delitos. Para tanto, o procedimento congrega uma série de atos concatenados, de índole investigativa, em um caderno processual que tramita nos átrios do próprio Ministério Público. Como se sabe, essa investigação é presidida pelo membro que instaurou o referido expediente[1].

Certo é que, a esta altura, seria contraproducente apresentar uma farta argumentação favorável à constitucionalidade da investigação criminal levada a cabo pelo Ministério Público, mormente quando essa possibilidade já conta com a chancela do Supremo Tribunal Federal. Sucede que, no Direito, convém preferir a *autoridade do argumento* ao argumento de autoridade. Ademais, dentro do universo de argumentos favoráveis, há um deles, em especial, que se coloca como a *chave da abóbada* no que concerne ao estudo desenvolvido neste trabalho. Sendo assim, sem qualquer pretensão de repisar questões já decididas pela construção pretoriana da mais Alta Corte, é de bom alvitre lembrar a *regra de ouro* que norteará o raciocínio desenvolvido neste ensaio: a doutrina norte-americana dos *implied powers*. Ancorados nessa teoria, podemos inferir que, quando a Constituição Federal confiou ao Ministério Público a tarefa de, privativamente, oferecer a ação penal (art. 129, I), implicitamente, também o muniu dos *meios* para cumprir a contento esse desiderato constitucional (*McCulloch v. Maryland* - 1819).[2]

[1] MARIN FILHO, Airton Pedro. ALVARENGA, Samuel. **Comentário ao artigo 4º da Resolução 181-2017-CNMP.** In Org. FISCHER, Douglas e ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

[2] GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

De resto, é de elementar sabença que ao Ministério Público interessa, na mesma medida, a condenação de culpados e a absolvição de inocentes. Se, ao fim e ao cabo, sua investigação evidencia a inocência da pessoa investigada, o membro promoverá o arquivamento do PIC. Noutra ponta, quando as diligências denotam uma fundada suspeita, o oferecimento da denúncia é a medida civilizada e reclamada pelo Direito para repudiar a indesejada impunidade, caso a instrução confirme aquilo de que se suspeitava. À vista do que eventualmente apurado no procedimento criminal, o *membro* do Ministério Público *amadurece* a sua *opinio delicti* para o oferecimento *responsável* da ação penal ou mesmo para a promoção do arquivamento do procedimento que instaurou. Modernamente, restou superado o vetusto dogma pelo qual a sagrada investigação criminal só poderia ser operacionalizada pela Polícia Civil ou Federal. Hoje, o próprio advogado pode realizar o que a doutrina tem denominado de *investigação defensiva*, à semelhança do que sucede no ordenamento jurídico italiano e norte-americano.

2. A desnecessidade de controle judicial

A necessidade ou não do controle judicial no momento da abertura e instauração do Procedimento Investigatório Criminal pelo Ministério Público, especificamente em face de autoridades com foro por prerrogativa de função, tem sido objeto de debates em alguns Tribunais de Justiça dos Estados. A vulnerabilidade da construção jurisprudencial sobre esse assunto, torna imprescindível uma análise da legalidade e as possíveis consequências desse controle sobre a atuação do Ministério Público brasileiro.

Considerando o teor do voto de lavra do ministro Gilmar Mendes, em recente decisão proferida no HC 201.965[3], que concedeu a ordem para não só declarar a nulidade de relatórios e provas deles decorrentes, como também dizer da imprestabilidade dos elementos probatórios colhidos pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, no âmbito de procedimento investigatório criminal, pensamos ser cabível nova discussão acerca do assunto e de seus fundamentos constitucionais.

Mormente quando o citado ministro, ao concluir seu voto, deixa claro que "a exigência de supervisão judicial se impõe até mesmo em relação aos procedimentos investigativos

[3] HC 201.965. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6177678>. Acesso em: 13 dez. 2021.

instaurados no âmbito do Ministério Público"[4], afirmando que embora reconhecida pelo STF a constitucionalidade dos poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público, isso não os torna irrestritos e absolutos. Reacende-se, assim, mais uma vez, a discussão sobre a dispensabilidade ou não de controle judicial nos procedimentos investigatórios criminais que, *in casu*, apuravam ilícitos em tese praticados por detentores de foro privilegiado.

Fazendo uma retrospectiva da construção jurisprudencial sobre o tema, vale relembrar que o Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem suscitada no Inquérito nº 2.411 QO/MT, decidiu que a autoridade policial não pode abrir de ofício inquérito policial para apurar conduta de pessoa com foro por prerrogativa de função perante o STF, devendo a abertura do inquérito ser condicionada à autorização do ministro-relator na Suprema Corte. Confira-se:

> EMENTA: Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada "Operação Sanguessuga". 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente notitia criminis diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ no 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) no 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.06.2002; PET – AgR – ED no 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.05.2003; PET no 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1o.8.2003; PET (AgR) no 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.02.2004; PET no 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ no 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.03.2006 e PET (AgR) no 2.998/MG, 2a Turma, unânime, DJ 06.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão

[4] Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 201.965. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-anula-relatorios-coaf-flavio.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

> judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei no 8.038/1990, art. 2o e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. (Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe no074, Divulgação em 24/04/2008, Publicação em 25/04/2008. Ementário no 2316-1). (g.n.)[5]

Aplicado no âmbito do STF, esse entendimento deixa evidenciada a impossibilidade de a autoridade policial, de ofício, instaurar inquérito policial para apuração de atos praticados por parlamentares federais, ou ainda do Presidente da República.

No entanto, tal entendimento não serve de paradigma para que eventualmente os Tribunais de Justiça deem interpretação analógica, ou mesmo por simetria, por si só, aos casos investigados pelo Ministério Público, cujos agentes detenham prerrogativa de foro nos Tribunais Estaduais, e que estejam sendo apurados por meio de Procedimento Investigatório Criminal – PIC. Como já salientado anteriormente, referido procedimento é instrumento próprio e interno do *Parquet*, inerente às suas próprias funções institucionais (art. 129, da Constituição Federal).

É bom relembrar que à luz dos fundamentos do sistema acusatório penal brasileiro, que por sua vez se encontram ancorados nas garantias constitucionais de abrangência irrestrita, a distintos entes cabem as funções de acusar (Ministério Público), defender (Defensoria Pública e OAB) e julgar (Poder Judiciário). A cada um deles, de igual forma, tratou a Constituição Federal de conferir poderes, atribuições e limites de atuação, dentro da concepção de estado democrático de direito.

Entretanto, há de se ressaltar que o Procedimento Investigatório Criminal – PIC é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro no Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e

[5] Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe nº 074, Divulgação em 24/04/2008, Publicação em 25/04/2008. Ementário nº 2316-1.

embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal, conforme descrito na nova redação dada ao artigo 1º da Resolução 181/17-CNMP.

Diante dessa definição, constata-se que o procedimento investigatório criminal, embora possua a mesma finalidade do Inquérito Policial, é procedimento diverso, e não pode ser tratado, para estes fins, como se idêntico fosse.

Já o inquérito policial é assim conceituado por Lima[6]:

> Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

O Procedimento Investigatório Criminal - PIC, regulamentado pelo CNMP por meio da Resolução nº 181, é a instrumentalização do exercício do poder de investigação do Ministério Público previsto na Constituição Federal, reconhecido e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral nº 593727, por meio do Tribunal Pleno, que assim restou decidida, conforme informado no acompanhamento processual do STF:

> O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei no 8.906/1994, art. 7o, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante no 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

[6] LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2a ed. v. único, Bahia: Ed. JusPodivm, 2014, p. 107. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 20 ago. 2021.

> Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015.[7]

Detendo o Ministério Público brasileiro o poder de promover privativamente a ação penal pública e exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129 da CF), pode-se afirmar que o Procedimento Investigatório Criminal é um dos instrumentos necessários à eficácia da persecução penal, ainda que o investigado seja autoridade com prerrogativa de função.

Dessa forma, não cabe ao Poder Judiciário adentrar na seara do poder investigatório do MP sem ser provocado (ne procedat judex ex officio). Tal situação viola a essência do sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro. Na verdade, esse controle dar-se-á, apenas, nas questões atinentes à reserva constitucional de jurisdição.

Para melhor compreensão, é imprescindível destacar, por mais exaustivo pareça, as bases sobre as quais se fundam o sistema acusatório brasileiro.

3. Do Sistema Acusatório Brasileiro

Ao analisar as características dos sistemas acusatório e inquisitório, bem como as consequências jurídicas deles advindas, tem-se que o processo penal acusatório possui como aspecto central a identificação de três sujeitos processuais – acusado, acusador e julgador. Portanto, a iniciativa da ação penal fica sob a responsabilidade de sujeito distinto do juiz. Todavia, a caracterização de um processo como acusatório não está unicamente vinculada à fase de iniciativa[8].

Conforme refere PEZZOTTI, quando Abraham Samuel Goldstein estabeleceu distinções entre o modelo adversarial e o modelo acusatório, ainda em 1974, destacou que o princípio acusatório possui vinculação ao princípio da presunção de inocência e a preservação da imparcialidade do julgador. Partindo dessa ideia, "no modelo acusatório caberia ao julgador um papel relativamente passivo ao longo de toda ação penal, especialmente quanto à dilação probatória"[9].

---

[7] Recurso Extraordinário nº 593727. Rel. Min. Cezar Peluso Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697> . Acesso em: 20 ago. 2021.

[8] PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração Premiada. Uma perspectiva de direito comparado**. Cap. 2.8 – A dicotomia acusatório-inquisitivo. São Paulo: Editora Almedina, 2020.

[9] OB. Cit.

Premissa fundamental do sistema acusatório é atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento. Essa premissa o diferencia do sistema processual inquisitório, no qual as funções de acusação e julgamento estariam reunidas em um único órgão.

Atento a esse fundamento, Eugênio Pacelli[10] é incisivo ao defender que é vedada a atuação judicial em substituição ao Ministério Público:

> Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício da função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório.

Nessa mesma linha de raciocínio Choukr[11] também argumenta que a intromissão do juiz na construção do acervo probatório não se justifica nem mesmo a título de proteção da pessoa acusada, porque esta já é acobertada pela presunção de inocência. O processualista é ainda mais incisivo ao concluir:

> Dessa premissa decorrem várias consequências para todo o funcionamento do processo penal. Uma delas exige a revisão conceitual do papel do juiz da fase anterior ao ajuizamento da ação penal para que: (i) esse juiz não tenha atividades ou iniciativas de produção de provas ou meio de provas e (ii) não seja esse juiz interveniente na investigação o mesmo que virá a ter conhecimento da causa (em sua admissibilidade e seu mérito).

Nota-se que o autor adentra no ponto de debate ora proposto, que é a intervenção do judiciário na investigação pré-processual. Ele acertadamente conclui que tal situação viola o sistema processual acusatório, e mais, afirma que o acusado, na verdade investigado, goza da presunção de inocência, portanto, totalmente dispensável o controle judicial nessa fase.

Nesse raciocínio, ainda que o investigado venha a possuir foro por prerrogativa de função, tal fato não implica ou exige, por si só, a intervenção do Poder Judiciário na simples abertura da investigação pré-processual a ser realizada pelo Ministério Público, uma vez que nesse caso ela é iniciada pelo próprio órgão acusador, ou seja, por aquele que possui atribuição

[10] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 13a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

[11] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Modelos Processuais Penais: Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória**. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013, p. 219.

exclusiva para executar a persecução penal estatal. Logo, é dispensável a autorização judicial para a instauração de procedimento investigatório interno.

A dispensabilidade é devida ao fato de que a situação supracitada é diversa daquela em que a investigação é iniciada pela autoridade policial, pois a polícia judiciária não é a destinatária final da investigação, muito menos é a responsável pela formação da *opinio delicti*. Portanto, o Ministério Público e a polícia judiciária possuem funções distintas no sistema jurídico-penal pátrio.

É por essa razão que não se pode admitir a aplicação do princípio da simetria entre a autorização judicial para abertura de inquérito policial perante o STF e a abertura de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público perante o Tribunal de Justiça Estadual. São instrumentos diversos, com finalidades semelhantes, mas distintos, impulsionados por autoridades também distintas e, portanto, não podem ser comparados.

Certamente a exigência que o Supremo impôs à Polícia Federal na questão de ordem do Inquérito 2.411 QO/MT (ementa já citada) não se amolda à hipótese de aplicação por simetria na esfera estadual em relação aos procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministério Público, pois se referem a situações distintas. Além disso, como já asseverado anteriormente, o procedimento investigatório criminal é instrumento próprio e interno do *Parquet*, inerente às suas funções institucionais (art. 129, da Constituição Federal).

A doutrina mais moderna, atenta às atribuições constitucionais do Ministério Público, sustenta a desnecessidade de controle judicial na atividade administrativa e investigativa do MP, até mesmo no momento da realização da promoção de arquivamento do inquérito policial.

Doutrinadores pátrios como Pacelli, Fischer, Moreira e Pêcego há muito vêm sustentando que o arquivamento do inquérito policial deveria ficar restrito ao Ministério Público, sem qualquer participação judicial.

Pêcego[12], assim, resume esse posicionamento:

> Não mais cabe ao judiciário exercer o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, aplicando o art. 28 do CPP quando julgar necessário, uma vez que atualmente descabe a outrem, que não seja o órgão do Ministério Público, privativamente promover a ação penal pública, na forma da lei (CF; art. 129, I), não havendo mais a nefasta figura do Promotor ad hoc de outrora, ou

[12] PÊCEGO, Antonio José F. de S. **A indevida submissão ao controle judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial. Temas Avançados do Ministério Público**. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015, p. 352.

> mesmo do procedimento judicial ex officio com relação às contravenções penais, como consta na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Tal entendimento, calcado na atual doutrina penal e institucional, já havia sido inserido no Projeto de Lei 7.987/2010, propondo a exclusão do artigo 28 do Código de Processo Penal[13], o que foi acolhido pela Lei 13.964/2019, que deu nova redação ao artigo 28 do Código de Processo Penal, deixando exclusivamente ao Ministério Público a atribuição de promover, sem submissão ao judiciário, o arquivamento do inquérito policial, cuja "decisão" haverá de ser comunicada às partes, e sujeita a revisão da instância competente do órgão institucional.[14]

Note-se que a tendência doutrinária foi acolhida pela mudança legislativa, conferindo condições para o Ministério Público executar, de forma ampla, suas funções, nos exatos termos previstos na Constituição Federal.

Assim, conclui-se que não se pode mais admitir a ingerência judicial em esfera administrativa na qual não lhe compete atuar, uma vez que o controle do princípio da obrigação da ação penal pública deve se dar pelas mãos de quem detém legitimidade para fazê-lo.

Dessa forma, admitir essa intromissão na esfera administrativa do *Parquet*, no momento da abertura de procedimento investigatório criminal, seria um verdadeiro retrocesso ao *status* adquirido pelo Ministério Público na Constituição Federal de 1988.

Como bem salientado pelo Ministro Roberto Barroso em julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *"a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil".*[15] E não foi por outro motivo que a síntese desse julgamento consta como uma das inúmeras considerações inaugurais da Resolução 181/2017 – CNMP, que regulamenta o procedimento investigatório criminal.

---

[13] Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01qpjmoci16fez118baw2ycvg6h31732201.node0?codteor=1271828&filename=PL+7987/2010>. Acesso em: 13 dez. 2021.

[14] Lei 13.964/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 11 jan. 2022.

[15] ADI 5104 MC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 21/5/2014, publicação em 30/10/2014.

4. Autonomia do MP: Poder Investigatório

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Repercussão Geral 593727, reconheceu de forma incontestável a autonomia do Ministério Público para promover investigações criminais, conforme acórdão assim publicado em 08.09.2015:[16]

> Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador- Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1o), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5o, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4o, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei no 8.906/1994, artigo 7o, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição". Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1o, inciso XIV, do Decreto-Lei no 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em

[16] RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, **ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175** DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015.

> 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a relevância do poder investigativo do Ministério Público está inserida na sua natureza institucional, ou seja, na própria função que a Constituição lhe atribuiu. Por consequência, a instauração de investigação penal pelo Ministério Público - ferramenta imprescindível para o cumprimento de seu mister, assume madura e inatacável legitimidade constitucional.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello adere à teoria dos poderes implícitos, partindo do pressuposto de que o poder investigatório do Ministério Público está implícito na sua própria função constitucional, uma vez que a outorga de competência exclusiva para propositura da ação penal pública importa necessariamente e implicitamente na outorga dos meios necessários à integral realização daquela competência.

Nesse diapasão, é imprescindível prestigiar a força normativa da Constituição, sendo inviável compreender as funções ministeriais apartadas das transformações operadas pelo sistema constitucional vigente. Sobre esse aspecto, Clève[17] assevera que:

> as normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um sistema, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes.

Assim, para dar consistência ao texto constitucional no que tange à finalidade do Ministério Público, o STF, na repercussão geral supracitada, reconheceu a autonomia da instituição para promover investigações criminais, especialmente porque essa atuação do *Parquet* não se confunde com a atuação da polícia judiciária, conforme explicou o Min. Gilmar Mendes em seu voto:

> **E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida que não está imune ao controle judicial simultâneo ou posterior.** (g.n.)

[17] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Sobre o Ministério Público: Considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. Temas Avançados do Ministério Público.** Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015, p. 45 e 46.

O posicionamento adotado pelo Min. Gilmar Mendes, naquele momento, é de extrema relevância e oportunidade em razão da distinção adotada entre procedimento investigatório do MP e inquérito policial, e da delimitação que ele estabelece para o controle judicial sobre o procedimento investigatório do MP, que pode ser simultâneo ou posterior.

Note-se, nesse caso, que referido Ministro não se refere a controle prévio ou pré-processual. Certamente, porque esse controle somente é indispensável em face do inquérito policial, o qual é promovido exclusivamente pela polícia judiciária. Além disso, eventuais abusos estarão sujeitos normalmente ao controle judicial.

Não resta dúvida de que o poder de investigação do MP está no contexto constitucional, em razão da autonomia conferida pela própria Constituição Federal, não sendo viável suprimir do Ministério Público os meios adequados para o exercício das suas funções. Daí o reconhecimento pelo próprio Supremo da sua autonomia investigativa na seara criminal.

Ademais, a investigação criminal realizada pelo Ministério Público nem de longe afeta a garantia do contraditório da pessoa investigada, pois ainda não sujeita ao crivo do judiciário durante a fase da persecução penal, seja ela possuidora de prerrogativa de foro ou não.

Em caso de eventuais violações, o sistema processual brasileiro contempla mecanismos para atacar ato estatal em desconformidade com a ordem jurídica, como, por exemplo, o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Importante pontuar, ainda, que a investigação penal, enquanto procedimento extrajudicial, "não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância do postulado da bilateralidade da instrução criminal contraditória".[18]

Assim, considerando que o sistema jurídico acusatório possui diversos meios de controle judicial simultâneo e posterior; e, considerando ainda a autonomia investigativa do Ministério Público, não se mostra razoável o controle judicial pré-investigatório, em face do autor privativo da ação penal pública, motivado exclusivamente pela condição da pessoa investigada, sem que, para tanto, haja previsão legal.

[18] Revista Trimestral de Jurisprudência nº 143/306-307, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://livrariasupremo.stf.jus.br/produto.action?grupoId=produtoRTJ >. Acesso em: 28 set. 2021.

5. Violação do Princípio da Legalidade

Prerrogativas processuais destinadas a determinadas pessoas decorrem exclusivamente de previsão legal, seja constitucional ou infraconstitucional. O sistema de prerrogativas processuais na esfera penal encontra-se sedimentado na Constituição Federal, quando se trata da competência dos Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Diante disso, a CF/88 prevê prerrogativa de função aos ocupantes de determinados cargos e funções públicas perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102. CF), o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, CF), os Tribunais Regionais Federais (art. 108, CF) e os Tribunais de Justiça dos Estados (CF: art. 29, X; art. 31; art. 96, III), e esses últimos também possuem competências para processarem e julgarem originariamente determinadas pessoas, conforme previsto nas Constituições Estaduais.

A doutrina de Lima[19] ensina que "a prerrogativa de função tem como finalidade resguardar a função exercida pelo agente, em razão do "interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude".

Como dito anteriormente, o resguardo constitucional, a proteção da prerrogativa de função, socorre antes de tudo a sociedade, e não pode servir de escudo protetivo para quem contra ela age.

Além disso, o processamento de ações penais perante os Tribunais supracitados está disciplinado pelos seus respectivos Regimentos Internos, destacando-se que, perante o STF e o STJ, a regulamentação é feita também pela Lei Federal nº 8.038/1990.

Em relação ao Procedimento Investigatório Criminal, por se tratar de procedimento próprio e interno dos Ministérios Públicos, encontra-se regulamentado pela Resolução nº 181/2017- CNMP, razão pela qual não faz sentido exigir-se controle prévio judicial para a sua instauração.

De mais a mais, o princípio da legalidade é de extrema relevância no Estado Democrático de Direito, sendo inclusive cláusula pétrea na Constituição Federal (art. 5º, II).

No que tange ao princípio da legalidade na esfera penal, Leonardo de Paula[20] ensina que *"*a partir do princípio da legalidade, o Direito na verdade se faz assumir pela proibição, ou seja, aquilo que não é direito, a proibição, é o que está previsto através da normal geral inclusiva".

---

[19] Ob. cit. p. 452.

[20] De PAULA, Leonardo Costa. **A Nova Roupa do Rei, o Princípio da Legalidade no Processo Penal e o Direito. Temas de Direito Penal e Processual Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto.**

O autor analisa as nulidades do processo penal à luz do princípio da legalidade e conclui que o *"Devido Processo Legal deverá preservar o princípio da estrita legalidade: os representantes do Estado devem fazer tudo o que está previsto e como está previsto em lei, caso contrário, não há forma, não há proteção, não há Estado, o Rei está nu".*[21] *(g.n.)*

Seguindo esse raciocínio jurídico consentâneo com o texto constitucional, a ausência de previsão legal desse controle judicial em face do Ministério Público, por ocasião da abertura de procedimento investigatório criminal instaurado contra autoridade com prerrogativa de foro, dispensa o titular da ação penal de comunicar ou solicitar previamente a abertura da referida investigação e, portanto, afasta qualquer nulidade eventualmente arguida.

Dessa forma, a função do Ministério Público de investigar e promover a ação penal, caso haja elementos suficientes, não pode ser condicionada, em hipótese alguma, ao controle preventivo do Poder Judiciário, sob pena de ofensa à Constituição Federal no que tange às competências previstas ao *Parquet* e, consequentemente, ao princípio da legalidade.

6. Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que cabe exclusivamente ao membro do Ministério Público a abertura, de ofício, do procedimento investigatório criminal, ainda que instaurado em face de autoridade com prerrogativa de foro, devendo serem observadas as regras internas de distribuição de serviços de cada Ministério Público e as contidas Resolução nº 181/2017-CNMP, inclusive, no tocante a prazos e eventuais prorrogações.

Por fim, ao procedimento investigatório criminal, por se tratar de procedimento administrativo próprio e interno dos Ministérios Públicos, somente haverá obrigatoriedade de controle do judiciário, exclusivamente, quanto aos atos necessários à reserva constitucional de jurisdição (medidas cautelares penais, prisões preventivas e temporárias, busca e apreensão, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, etc.) e não na abertura, dilação de prazo e condução das investigações.

Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Föppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013, p. 363 e 369.

[21] Ob. Cit. p. 364

7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593727-MG**. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 20 ago. 2021.

_____Revista Trimestral de Jurisprudência nº 143/306-307, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://livrariasupremo.stf.jus.br/produto.action?grupoId=produtoRTJ >. Acesso em: 28 set. 2021.

_____Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe no 074, divulgação em 24/04/2008, publicação em 25/04/2008. Ementário no 2316-1. Disponível em: www.stf.jus.br.

CHOUKR. Fauzi Hassan. **Modelos Processuais Penais: Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. Temas de Direito Penal e Processual Penal – Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Sobre o Ministério Público: Considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. Temas Avançados do Ministério Público**. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2a ed. v. único, Bahia: Ed. JusPodivm, 2014.

MARIN FILHO, Airton Pedro. ALVARENGA, Samuel. **Comentário ao artigo 4º da Resolução 181-2017-CNMP**. In Org. FISCHER, Douglas e ANDRADE, Mauro Fonseca.

Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 13a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAULA, Leonardo Costa de. **A Nova Roupa do Rei, o Princípio da Legalidade no Processo Penal e o Direito. Temas de Direito Penal e Processual Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Föppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013.

PÊCEGO, Antonio José F. de S. **A indevida submissão ao controle judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial. Temas Avançados do Ministério Público**. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração Premiada. Uma perspectiva de direito comparado**. Cap.2.8 – A dicotomia acusatório-inquisitivo. São Paulo: Editora Almedina, 2020.

Public compliance e prevenção da corrupção

Anabela Miranda Rodrigues[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre as estratégias de autorregulação regulada, nomeadamente o *compliance* empresarial, analisando de que maneira elas se fazem úteis e necessárias para a prevenção e a repressão da corrupção na administração pública da generalidade dos países, em especial por intermédio das agências anticorrupção.

Palavras-chave: corrupção público-privada; administração pública; aplicação da lei.

Abstract: It discusses self-regulation strategies, in particular corporate compliance, analyzing how they are useful and necessary for the prevention and repression of corruption in the public administration of several countries, especially through anti-corruption agencies.

Keywords: public-private corruption; public administration; law enforcement.

1. Introdução

Reconhece-se, hoje em dia, a necessidade de uma política estadual de intervenção integrada – preventiva e sancionatória ou repressiva – em certas áreas de atividade, quer dominadas por empresas, quer do setor público. Este tipo de intervenção pode inscrever-se num movimento de autorregulação regulada, que faz uso crescente da estratégia de *compliance*. Que é, essencialmente, no setor privado, um instrumento de controlo do comportamento empresarial desviado para garantir a aplicação de múltiplas disposições que regulam a sua atividade.

Com este novo modelo de intervencionismo público, «à distância»[1], trata-se precisamente de assegurar a presença eficaz do Estado no controlo de atividades económicas

[1] Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[1] Sobre isto: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma Política Criminal na Era Compliance*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 2020. p.83s.

«em sentido amplo» e com impacto, não só económico como social, na comunidade. Entre as razões que propiciam o surgimento do *compliance*, pretende destacar-se, no contexto das presentes considerações, o universo exponencialmente complexo, do ponto de vista da regulação, em que as empresas desenvolvem a sua atividade e que, numa larga medida, se prende com o ambiente de risco em que atuam. Associado a isto, está o facto de elas quererem evitar problemas na justiça, devido aos custos aí envolvidos, também reputacionais, que, como é sabido, no atual mundo tecnológico e transparente, assumem um pendor económico. Assim, logo a partir daqui as empresas estão, elas próprias, interessadas em que uma cultura de cumprimento impregne toda a estrutura organizacional, tendo em vista a mitigação de riscos associados à sua atividade. O Estado, por sua vez tem interesse em fomentar esta estratégia autorreguladora de cumprimento: por um lado, tem de lidar com estruturas de organização empresarial, por vezes, altamente complexas; depois, com a diluição de responsabilidades que essa complexidade favorece. O controlo da atividade empresarial, por parte do Estado, e, assim, a prevenção, investigação, perseguição e sancionamento ou repressão de condutas ilícitas, também da prática de crimes, está, então, muito mais dificultado. Torna-se particularmente atrativo a transferência para as empresas desta competência de controlo que cabia aos Estados e que estes agora terceirizam. Emerge, pois, uma certa confluência de interesses no objetivo de as entidades privadas procederem à regulação da sua atividade, que o Estado incentiva, sem abrir totalmente mão dessa regulação.

Entretanto, importa ir um pouco mais fundo na compreensão desta estratégia de *compliance.*

1.1 *Compliance* e direito penal: o direito penal «não falta» ...

Um aspeto a destacar prende-se com o facto de ser o Estado que define as regras da nova forma de regulação, que incluem diversas possibilidades normativas de pressão, entre as quais se inclui o direito penal: este pode ser «o último convidado», mas não falta!

Isto é muito claro no âmbito da luta contra a corrupção. A cooperação público-privada que está na génese dos programas anticorrupção pensados para o setor privado conta, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, com a lei penal. Mas, o que se quer evidenciar aqui, é que a responsabilidade penal não é apenas das pessoas físicas, mas configura-se em um sistema em que inclui também a responsabilidade penal das pessoas *coletivas.* Toca-se, com isto, um aspeto muito importante ligado à estratégia de *compliance*, que é o do incentivo e motivação para a adoção de programas de cumprimento na governação empresarial. Assim, a

eventualidade de aplicação de sanções penais às empresas funciona como um incentivo para os seus dirigentes estabelecerem mecanismos de controlo eficazes dirigidos à prevenção do cometimento em geral de ilícitos e, mais especificamente, penais. A motivação para assegurar o cumprimento devido das regras de controlo resulta, depois, de uma técnica simples, mas eficaz, conhecida como «da cenoura e do pau», em que as empresas valorizam de sobremaneira as possibilidades de não perseguição ou suspensão da perseguição penal e do estabelecimento de acordos ou ainda de isenção ou atenuação da pena. Sendo que, a este propósito, é ainda relevante destacar que os programas de *compliance* têm mais relevo para efeitos de responsabilidade penal das empresas, se se estiver perante um modelo de autorresponsabilidade empresarial, isto é, um modelo que procura construir a responsabilidade penal da empresa em pressupostos próprios e distintos da responsabilidade individual.

Neste contexto, assinala-se, assim, que a moderna estratégia de política criminal que é o *compliance* empresarial teve na luta contra a corrupção um dos seus motores. Nos Estados Unidos, logo em 1977, um dos traços inovadores da *Foreign Corrupt Practices Act* na política anticorrupção foi exatamente comprometer ativamente o setor empresarial privado na política criminal contra a corrupção[2]. lado europeu, o paradigma é, no Reino Unido, a *Bribery Act*, de 2010, que fez assentar a responsabilidade penal empresarial pela prática de crimes de corrupção da empresa na falta de medidas de organização eficazes para a prevenir.

1.2 ... Mas o direito penal é «o último convidado»

Outro aspeto que importa assinalar é o de, tal como se apontou, esta estratégia de *compliance* fazer jus ao facto de que o direito penal é «o último convidado». Com efeito e desde logo, está agora em causa olhar para o *compliance* como uma instância de socialização – a socialização dos tempos atuais[3]. Isto significa reconhecer que o *compliance* é uma estratégia de aplicação da lei em que na atuação estadual se introduz um (novo) nível de aplicação da lei entre a (violação da) norma e a (aplicação da) pena. A atuação estadual não está, portanto, tão dirigida a punir, quanto a buscar a cooperação e a participação dos infratores (as empresas) com a finalidade de corrigir os defeitos que levaram à violação da norma. No fundo, através do

[2] Sobre o significado da *Foreign Corrupt Practices Act*: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico*, *cit*., p.48s; sobre o tema, especificamente: NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra corrupción*. *In* El derecho Penal económico en la era *compliance*. Luiz Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín (Directores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 191s.

[3] Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda: *Direito Penal Económico*, *cit*., p. 98s.

compliance, trata-se de os (as) tornar capazes de evitar, no futuro, comportamentos semelhantes. A eficácia do *compliance* assim compreendido assenta na consideração de que o cumprimento das normas, no contexto de risco e complexidade em que as empresas atuam, pode envolver dificuldades reais. O *compliance*, para ser eficaz, deve obedecer assim a um processo em três fases: envolve o compromisso da administração da empresa com o cumprimento; carece de aprendizagem, que apela ao desenvolvimento de conhecimentos e competências que permitem respeitar as disposições legais e as normas éticas; e, finalmente, da institucionalização do cumprimento, que o programa de cumprimento representa.

De acordo com esta compreensão das coisas, há ainda que lembrar, precisamente no domínio da luta anticorrupção, que pode contar-se, no plano normativo, com outros domínios, para além do penal, de onde procede a pressão de cumprimento, como sejam o direito das sociedades, o administrativo ou contraordenacional. Efeito similar que se alcança ainda com os procedimentos de *due diligence*, em que as empresas exigem aos seus fornecedores ou parceiros de negócios que disponham de programas de cumprimento como condição para estabelecerem relações negociais entre si, e que é também tido em vista com as *collective actions*, em que várias empresas que operam num mesmo sector de atividade, adotam determinados níveis equivalentes anticorrupção e exercem o devido controlo das medidas tomadas para este efeito através de organismos de supervisão comuns[4]. Nem deve esquecer-se o mecanismo das «listas negras» para excluir de concurso ou licitação empresas que tenham sido condenadas por corrupção, desenvolvido pelo Banco Mundial para as empresas privadas, no domínio da contratação pública - cuja dinâmica está também a ser utilizada na União Europeia[5] -, segundo o qual contar com um programa de cumprimento permite às empresas encurtar o seu prazo de permanência na lista[6].

[4] Cf. PIETH, Mark. *Harmonizing Anti-Corruption Compliance*. *In* The OECD Good Practice Guidance 2010, Dike Publishers,2011, p.57 s.

[5] O pacote de Diretivas, que, entre nós, estiveram na base do Código de Contratos Públicos: Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos; e Diretiva 2014/25/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, energia, transportes e serviços postais.

[6] Sobre o tema, cf. SELVAGGI, Nicola. *Las listas negras del Banco Mundial: Hacia un sistema global de sanciones?*. *In Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos,* Adán Nieto Martín, Manuel Maroto Calatayud (directores), Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 115s (p.120s); e FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Corrupción y public compliance. In* , LEJISTER.com, ponto 7., 7.4.

2. A corrupção e o seu controlo no setor público

Não é de estranhar, entretanto, que se tenha verificado, no setor público, um movimento crescente de preocupação com a luta contra a corrupção. Que, de acordo a perspetiva integrada que vimos assinalando, diversas Convenções – como é o caso, no âmbito das Nações Unidas, da Convenção contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 2003; ou, no espaço do Conselho da Europa, da Convenção Penal contra a Corrupção, de 2002[7] - e distintos documentos da OCDE sobre ética pública e boas práticas na contratação pública[8] procuram enquadrar, dispondo sobre medidas de prevenção da corrupção.

Historicamente, a corrupção foi sempre encarada como um problema do setor *público* - uma questão de funcionários e de políticos ímprobos - e de *ética* pública. Em alguns tempos e em alguns lugares encarada como um problema congénito e até benéfico para os países em desenvolvimento - no tempo da Guerra Fria e nos territórios marcados pela origem colonial -, foram a globalização, a abertura económica, os processos de democratização e os fenómenos de integração regional e internacional, aliados à era da informação e aos desenvolvimentos tecnológicos, que expuseram os malefícios da corrupção.

Com efeito, se o fenómeno era encarado como um problema típico das sociedades periféricas, as transformações mundiais verificadas, por um lado, vieram tornar impossível continuar a alimentá-lo na opacidade de regimes cleptocráticos, num jogo de branqueamento da corrupção que interessava aos países do bloco ocidental, e, por outro lado, fizeram emergir a corrupção nos vários continentes e disseminaram o seu conhecimento e visibilidade. Não foi só o caso dos escândalos que envolviam muitos países europeus, como a França, a Alemanha, a Itália ou o Reino Unido, e asiáticos - o Japão, designadamente -, mas, também, no continente americano, eclodia o caso *Watergate*, nos Estados-Unidos, com ampla repercussão mundial. Ao mesmo tempo que em lugares mais remotos a corrupção passa a ser encarada como uma ameaça em países que se abriam aos processos de democratização, a preocupação que suscitava generalizou-se, não só ocupando o espaço das democracias modernas mas também tornando-

[7] Cf., também, Protocolo Adicional à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº1/2015, DR I, nº1, de 02/01/2015. Uma referência expressa cabe ainda fazer à Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, adotada no âmbito da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº19/2000, de 31/03.

[8] De referir é a *Recommendation of the Council on Public Integrity, Recommendation C* (2017)5, 26 January 2017, OCDE. Public Governance, objeto de uma Nota do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), de 02 de maio de 2018.

se, nos diferentes azimutes, uma questão de desenvolvimento económico[9]. Se, com a *Foreign Corrupt Practices Act*, o aspeto a destacar desta regulação é que ela se aplica unicamente à corrupção praticada por empresários, mas não por funcionários públicos, já de acordo com a feição pública ligada às suas origens, exatamente na mesma altura e na sequência de *Watergate*, reclamava-se a regeneração da vida económica e política - a que respondeu a *Ethics in Government Act*, aprovada em 1978, assinalando o nascimento da ética pública.

É neste contexto que a questão do controlo da corrupção passa a ser um dos grandes temas de discussão mundial, que diz respeito a todos os países. As investigações levadas a efeito relacionam-na com baixo crescimento económico, evasão fiscal e receitas deficitárias, despesas públicas desnecessárias e inúteis, distorções da concorrência na contratação pública, decréscimo de investimento estrangeiro ou diminuição da confiança pública na democracia.

Os organismos internacionais mobilizaram-se na prevenção e combate à corrupção, que se torna uma *responsabilidade* dos Estados de direito democráticos. Que estes, confrontados com a exigência e a necessidade de se protegerem contra o fenómeno - que mina a cidadania e a confiança dos cidadãos nas instituições, desencadeia prejuízos vultuosos ao nível económico e de justiça social e socava a democracia -, são chamados a assumir nos vários planos em que exercem as suas funções: legislativo, executivo e jurisdicional. Paradigmaticamente, a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* estabelece, no seu Artigo 5-1, que cada Estado Parte «formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a transparência e a obrigação de render contas».

Neste contexto, a aplicação de políticas públicas de *transparência* e de mecanismos de *accountability* passaram a ser imprescindíveis à governação pública íntegra. Nas democracias modernas, a exigência de que o controlo devia ser inerente à atividade de administração pública teve expressão na separação de poderes**.** As propostas de *Montesquieu* e *Tocqueville* confortam

[9] Sobre esta evolução, cf. FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O.. *Agências anticorrupção e administração pública: uma perspetiva comparada entre Brasil e outros países*. *In Questio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.08, nº3, 2015, p. 1583s (p. 1585 e 1586); NASCIMEMTO, Fillipi Lúcio. *A institucionalização de agências anticorrupção no Brasil: potencialidades e desafios*. *In Rev. Cadernos de Campo*, Araraquara, n.25, jul./dez. 2018, p.87s (p. 90s.). *Vide*, também, SCHLOSS, Miguel J. *Experiencias internacionales para fortalecer a gobernabilidad*. *In* Revista Globalización, Competetividad y Gobernabilidad, vol. 4, nº1, 2010, p. 16s. Entre nós, SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto. A evolução das incriminações, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada,* Coimbra: Almedina, 2018, p.8 s.

precisamente a ideia de que nenhum Poder do Estado deve assumir atribuições que não possam ser controladas por outro Poder. Como muito justamente a este propósito se destaca,[10] a sociedade humana, «sendo necessariamente incompleta, precisa de se organizar preservando o equilíbrio entre poderes, salvaguardando as iniciativas da sociedade e dos cidadãos, protegendo-se da apropriação ilegítima do bem comum por interesses egoístas».

Atualmente há mesmo a realçar que se agudizou a perceção e a consciência do significado da corrupção. Vive-se um tempo em que o fenómeno assume uma relevância particular, com expressão no tratamento do tema por especialistas nas mais diversas áreas científicas, mas, sobretudo, na vida do cidadão comum, que a reflete na opinião pública. Alimentada pela recente crise financeira e económica de 2008 e pela crise pandémica que estamos a viver do Covid-19, os cidadãos de todo o mundo, e designadamente europeus, perante a austeridade que lhes anda associada, colocam uma pressão adicional sobre os seus governos e esperam deles maior atenção na defesa e proteção de uma economia lícita face aos diferentes tipos de fraudes, aí incluída com especial ênfase a corrupção. Perante os sobressaltos económico-financeiros e de saúde pública, tornam-se necessárias mais garantias de integridade na vida e gastos públicos. Em tempos em que os cidadãos se voltam para os Estados e necessitam de segurança em vários domínios vitais para as suas vidas, a perceção é muito aguda de que os recursos públicos não são infinitos ou inesgotáveis, devendo ser escrupulosamente aplicados e escrutinados e protegidos de quem os queira desperdiçar e delapidar.

Cabe notar que todos os indicadores, tanto de perceção como empíricos, de corrupção apontam no sentido de que tem havido muito poucos avanços no seu combate, diferentemente com o que se verifica ao nível do aumento dos índices de consciencialização pública sobre a sua existência e seus efeitos perniciosos. O que, numa parte não despicienda, pode ficar a dever-se ao facto de que, sobretudo na Europa, a abordagem desta fenomenologia tem sido tradicional, levada a efeito através de intervenções legislativas, sucessivamente sujeitas a alterações - mas que nem por isso deixam de ser lentas e burocráticas -, que não têm demonstrado possuir da flexibilidade adequada para fazer frente à versatilidade, destreza e imaginação dos agentes de práticas de corrupção. Nesta denúncia situa-se, mais recentemente, a União Europeia que,

[10] MARTINS, Guilherme d'Oliveira. Discurso proferido na Sessão de Abertura da Conferência «Estado, Administração pública e Prevenção da Corrupção», Lisboa, 18 de outubro de 2011.

através da *Comissão*[11] salientou que a execução do direito da União continua a ser um desafio e enunciou o seu compromisso de colocar «maior ênfase na execução, a fim de servir o interesse geral». Em particular, realçou que «muitas vezes, quando um assunto é discutido – testes das emissões de automóveis, poluição da água, aterros ilegais, segurança e proteção dos transportes – o problema não é a ausência de legislação da UE, mas sim o facto de essa legislação não ser aplicada de forma eficaz (…)».

A questão da corrupção e o desenvolvimento que ela conhece exigem uma estratégia diferente de controlo da administração pública[12]. Que passa, essencialmente, pela sua corresponsabilização na prevenção do fenómeno. Como não deixa de se fazer notar, é incoerente[13] que o Estado tenha feito este caminho quando se trata do setor privado, através de uma crescente orientação no sentido da adoção, por parte das empresas, de programas e medidas de prevenção da corrupção e mostre menos empenho nesta via quando se trata da própria administração pública. Sabido que um dos motores da implantação de programas de *compliance* nas empresas foi a luta contra a corrupção, na mesma linha, defende-se que a nova estratégia anticorrupção pública passa por enriquecer a ética pública com os contributos colhidos das novas orientações de autorregulação. Assinala-se como *chocante*[14] que o Estado, que em certos casos obriga mesmo as empresas a adotarem programas de cumprimento, no que vem sendo apontado como uma privatização da luta contra a corrupção, não adote, como organização, possibilidades similares. Aponta-se a menor pressão reguladora dos governos sobre a administração pública, muito forte sobre as empresas, sobretudo através de incentivos poderosos que resultam, no âmbito penal, da responsabilidade das pessoas coletivas, que se pretende afastar. Basta lembrar a técnica do «pau e da cenoura», a que já nos referimos, de obtenção de benefícios penais para as empresas que adotem medidas de prevenção eficazes em relação a determinados crimes. Sem que se deixe de se fazer notar, todavia, que a lógica que preside à responsabilização penal das empresas não é transponível, sem mais, para as entidades públicas onde a sua responsabilização penal como organizações não é uma aquisição

[11] Comunicação de 2016, intitulada «Direito da UE: Melhores resultados através de uma melhor aplicação» (C/2016/8600, JO C 18, p.10).
[12] Nesta via, NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas*. *In Public Compliance*. *cit.*, p. 17s.
[13] Assim, NIETO MARTÍN, Adán. *Public Compliance*,cit., p. 18.
[14] NIETO MARTÍN, Adán, *op. cit., loc. cit.*

indiscutível[15]. Chama-se a atenção, com efeito, para que seria necessário admitir a responsabilidade penal do Estado para que possa funcionar eficazmente um programa de prevenção de riscos penais no domínio público. O que estes programas visam, no setor privado, é afastar ou atenuar a responsabilidade penal de pessoas coletivas por crimes cometidos por pessoas físicas a favor daquelas. O que raramente acontecerá no setor público, onde os crimes cometidos por funcionários, designadamente, serão cometidos no seu próprio interesse e responsabilizam-nos a eles próprios penalmente. Não serão muitos os casos de corrupção para beneficiar o Estado. Mesmo no sistema anglo-americano, por referência aos Estados Unidos e ao Reino Unido, onde se parte da admissibilidade da responsabilidade penal das entidades públicas, observa-se que existem casos de exclusão desta responsabilidade, na base da doutrina da «imunidade dos soberanos» (*sovereign immunity*), fundada na premissa histórica de que «*The King can do no wrong*». Dito de outro modo, a ética institucional do Estado pressupõe-se. A analogia que se queira estabelecer entre *compliance* privada e *compliance* pública é, pois, uma «analogia não análoga»[16]. Acresce que não se pode perder de vista que a «autorregulação regulada», em que se inscrevem os programas de *compliance*, apresenta caraterísticas específicas no setor público[17]. À ampla margem de liberdade regulatória na conformação dos programas que cabe às empresas – que podem desenhar a sua estratégia de cumprimento normativo desde que cumpram as normas -, corresponde uma liberdade regulatória «oficial e estrita», que as entidades públicas se autoatribuem no âmbito das suas competências, de acordo com um quadro normativo, com cujo aval têm de contar. No setor público, a definição de um programa de gestão de riscos anticorrupção parte, por definição, do respeito rigoroso da Constituição e das leis, sendo que a liberdade da sua conformação - mais limitada do que no setor privado – sobressai quando se confrontam aspetos concretos do seu conteúdo, como alguns a que faremos referência adiante.

Nada disto invalida que se progrida e invista na promoção da ética pública.

Foi no mundo anglo-saxónico que surgiu com vigor a ideia de ética pública como mecanismo de controlo da corrupção na administração pública. Já em 1995, no Reino Unido, o

---

[15] Veja-se a evolução legislativa verificada entre nós quanto à exclusão da responsabilidade penal das entidades públicas (cf. Artigo 11º, nº2, do Código Penal, na sua redação atual, cujo nº3 foi revogado em 2015, pela Lei nº 30/2015, de 22 de abril). Saliente-se, a este respeito, que a pressão regulatória não tem de proceder necessariamente, na administração pública, apenas do direito penal.

[16] Assim, FERRÉ OLIVÉ, *legister.com, cit*., ponto 1.

[17] Neste contexto, refere-se a uma «regulação regulada», no setor publico, por contraposição à «autorregulação regulada», no setor privados, onde se inscrevem os programas de *compliance*, FERRÉ OLIVÉ, ponto 2.

Relatório Nolan[18] destacou o ponto de partida da nova estratégia. Acentuava-se, assim, que a introdução de melhoramentos na legislação não funciona, por si só, como um antídoto suficiente para prevenir as práticas de corrupção, sendo necessário potenciar medidas de autorregulação que potenciam e incrementam os controlos internos de cada organização. A tónica coloca-se, pois, na circunstância de que, considerados isoladamente, certos mecanismos não são suficientes, embora não se desvalorize a necessidade de dispor de uma infraestrutura ética, dotada de controlos externos à própria organização, como, por exemplo, um poder judicial independente, uma imprensa livre ou legislação contraordenacional, administrativa ou penal adequada. A experiência tem demonstrado que, no domínio empresarial, as reformas anticorrupção mais eficazes não têm tanto a ver com o nível legislativo, mas com novas estratégias de controlo que visam melhorar a aplicação da lei e a sua eficácia. E esta orientação para o *law enforcement* no reforço da ética pública não tem porque não ser prosseguida na administração pública, com as devidas especificidades.

Neste contexto, destaca-se, em Portugal, a recente adoção da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção//2020-2024, que, «assumindo o princípio de que a intervenção penal se deve prefigurar como ultima ratio e que a capacidade repressiva do Estado nunca será suficiente se não houver uma intervenção a montante que enfrente as raízes do problema», se centra essencialmente «na prevenção dos fenómenos corruptivos». Sendo que a «resposta identificada para assegurar a efetividade da prevenção» é – acrescenta-se – a criação de um «regime geral de prevenção da corrupção», que envolva obrigações para os setores público e privado, estabelecendo consequências para o incumprimento[19]. O estabelecimento do regime geral de prevenção «permitirá retirar do domínio da soft law, em termos gerais, a implementação de instrumentos como os planos de prevenção ou gestão de riscos, os códigos de ética e de conduta, os canais de denúncia e a designação de um responsável pelo cumprimento normativo», para o que se deverão prever «sanções, nomeadamente contraordenacionais,, aplicáveis quer ao setor público, quer aos setor privado»[20].

[18] Cf. *Committe on Standards in Public Life*, *First Report on the Committe on Standards in Public Life, Chairman Lord Nolan,* May, 1995. Sobre o assunto, NIETO MARTÍN, Adán. *Public Compliance.* cit., p.21.
[19] Cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, p. 15.
[20] Cf., Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, p. 40.

3. Public *compliance* e luta contra a corrupção

As medidas de autorregulação anticorrupção a adotar no setor público, para além de colherem inspiração nos modelos de programas de cumprimento desenhados para o setor privado, devem *fazer jus* às orientações contidas nos instrumentos internacionais, designadamente na *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, quando, no âmbito da promoção da integridade, honestidade e responsabilidade entre os funcionários públicos[21], cada Estado Parte deve procurar a aplicação, nos seus ordenamentos institucionais e jurídicos, de «códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas»[22] ou considerar a possibilidade de «estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo o ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento dele no exercício das suas funções»[23] ou de adotar «medidas disciplinares ou de outra índole contra todo o funcionário público que transgrida os códigos ou normas» éticos[24].

Trata-se, desta forma, desde logo, de colocar ênfase na necessidade da administração pública dispor, como eixo central dos programas de cumprimento das várias entidades, de códigos éticos ou normas de conduta[25]. Tal como no caso das empresas[26], para além de serem a pedra angular do cumprimento normativo, também estes devem partir dos valores a serem cultivados na organização e não fazerem-se radicar prioritariamente em mecanismos de vigilância e controlo. E não só a participação na sua elaboração das pessoas mais afetadas pelas suas disposições bem como a sua adaptação e adequação a cada entidade (*tailor made*) podem, também no domínio público, ser vistas como chaves da sua legitimidade, aceitação e eficácia. É assim que, segundo a metodologia anglo-saxónica, se prescrevem regras cada vez mais

[21] Cf. Artigo 8, nº1, Convenção.
[22] Cf. Artigo 8, nº2, Convenção.
[23] Cf. Artigo 8, nº4, Convenção.
[24] Cf. Artigo 8, nº6, Convenção.
[25] Como se sublinha (NIETO MARTÍN, *Public Compliance*, cit., p.21), existem padrões elaborados por organizações internacionais, designadamente, as Nações Unidas (Código Internacional de Conduta para os Titulares de Altos Cargos Públicos; Resolução 51/59 da Assembleia Geral, de 12 de dezembro de 1996), o Conselho da Europa (Model Code of Conduct for Public Officials, publicado em 2000) ou a OCDE (Principles for Managing Ethics in Public Services) e, atualmente, praticamente todos as instituições internacionais contam com códigos éticos (por exemplo, a Comissão Europeia fez aprovar o seu Código de Conduta em 13 de setembro de 2000; e as Nações Unidas, para além de um Código de Conduta, dispõem de um Escritório de Ética Pública).
[26] Sobre os códigos de conduta, como códigos éticos, no âmbito empresarial, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico*, cit., p. 103s.

detalhadas que concretizam princípios e valores fundamentais que devem reger a vida pública[27]. Nesta linha, em Portugal, os programas de cumprimento normativo preconizados para o setor público na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção[28] devem incluir «códigos de ética ou de conduta», em cujo processo de elaboração se recomenda que estejam envolvidos todos os interessados, e, paralelamente, devem ser desenvolvidos manuais de boas práticas e medidas de controlo de conflitos de interesses[29].

A formação surge, então, como crucial para o cumprimento dos códigos ou normas de conduta, no contexto da criação de uma mentalidade do funcionário público que deve estar preparado para responder a conflitos éticos e não se limitar apenas a cumprir as leis e as ordens dos superiores e, assim, para ser motor do desenvolvimento da ética pública[30].

É sabido, entretanto, que outro pilar da autorregulação, para além do *compliance*, é a gestão de riscos. Um dos aspetos mais relevantes da ética pública tem a ver, precisamente, com a ênfase que deve ser colocada na análise de riscos da corrupção, fundamental para o estabelecimento de procedimentos de controlo internos[31] que contribuem para o cumprimento de normas e de regras de conduta. O *public compliance* deve contrariar a tendência para confiar apenas na legislação que, de uma forma geral, dispõe sobre incompatibilidades, conflitos de

[27] Está aqui em causa, designadamente, prevenir conflitos de interesses, a que também alude a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Artigo 7, nº4). Neste sentido, as administrações públicas são chamadas a regular, por exemplo, durante quanto tempo deve ser impedida a contratação de pessoas que tenham ocupado altos cargos na administração pública ou no setor privado. A este propósito, refere-se como a mobilidade laboral entre os setores público e privado é importante para o funcionamento de uma sociedade moderna e pode trazer vantagens de monta para ambos os setores; no entanto, como também se sublinha, isto implica um risco potencial de que antigos funcionários públicos revelem informação sobre as suas funções anteriores que não devem ser tornadas públicas ou que antigo pessoal do setor privado assuma funções públicas que deem lugar a conflitos de interesses com o seu antigo empregador.

[28] Cf. Estratégia Nacional, cit., p. 39.

[29] Designadamente, da mesma forma que as empresas regulam cada vez com mais pormenor quando é que um funcionário público pode ser convidado para almoçar ou que ofertas lhe podem ser feitas, também os organismos públicos devem ter normas semelhantes.

[30] Neste sentido, dispõe a alínea d), do nº1, do Artigo 7, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que devem ser promovidos «programas de formação e capacitação» dos funcionários públicos «que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido das suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e adequada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho das suas funções», acrescentando-se que «tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes».

[31] Aponta neste sentido o nº2, do Artigo 5, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Note-se que, nos termos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, cit, p. 39, também se incluem na estratégia de *compliance* a análise de «riscos de corrupção e suborno» associados ao «tipo de atividades» que os organismos do Estado desenvolvem, à «natureza dos serviços que prestam» e «ao contexto em que esses serviços são prestados» e a elaboração de «planos de prevenção ou gestão de riscos», que identificam «os serviços ou atos mais permeáveis ao suborno, ao aproveitamento ou desvio de fundos e ao favorecimento pessoal ou de terceiros» e «as medidas a adotar para reduzir os riscos», para além, ainda, das «formas de reação face a práticas ilícitas».

interesses ou transparência, e investir e incrementar os controlos internos[32]. A este respeito, o problema que se suscita tem a ver com saber a quem deve ser atribuída a responsabilidade da gestão de riscos anticorrupção, argumentando-se, de um lado, que a maior parte do setor público não dispõe de pessoal capacitado para fazer a análise pertinente de riscos e elaborar o respetivo plano de controlo – sendo, por isso, necessário recorrer a pessoal externo - e, de outro lado, que por aqui passa a opção de valorização do próprio setor público[33], abrindo a porta ao investimento para o qualificar. Cremos que a questão não se apresenta de forma dilemática. Acompanha-se a opinião do *Committe on Standards in Public Life*, cuja última publicação é de 2020[34], que sempre considerou a necessidade da intervenção de «estranhos» à organização para que a autorregulação seja efetiva. O que pode significar o apoio de pessoal de agências públicas de prevenção para o efeito[35] – no caso, para proceder a análise de riscos, elaboração do plano de prevenção e ainda sua revisão. Nada disto faz esquecer - acrescente-se, noutra linha - que, na administração pública, a auditoria pública assume um papel essencial no controlo dos gastos públicos. Revela-se, neste ponto, essencial a discussão em torno da função de controlo do Tribunal de Contas[36].

Entretanto, constituem elemento comum aos programas de cumprimento em organizações públicas e privadas a existência de mecanismos de deteção do incumprimento, designadamente por via da institucionalização de canais de denúncia[37]. A doutrina lembra que

---

[32] Em concreto, os exemplos são múltiplos e podem significar instaurar procedimentos para controlar gastos com cartões de crédito em entidades onde haja um grande número de funcionários a dispor deles; ou, noutra linha, criação de normas internas sobre a composição de júris de seleção de pessoal ou, na contratação pública, sobre a difusão pública de informação relativa a procedimentos (cf., a este propósito, os Artigos 7 e 9, da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção).

[33] FERRÉ OLIVÉ, *legister.com, cit*. ponto 4., 4.1., p.7, coloca o problema em termos de se estar aqui perante uma oportunidade de ouro para «enriquecer» as organizações públicas ou as empresas privadas de consultoria.

[34] *Committee on Standards in Public Life*, *Standards Matter 2*, 22 September 2020.

[35] Sobre isto, cf. infra.

[36] Sobre o tema, *vide* ONRUBIA FERNÁNDEZ, Jorge. *La lucha contra la corrupción en el sector público: fiscalización, intervención y control económico-financiero*. *In Public Compliance., cit.*, p. 221s (*passim*).

[37] Neste sentido, entre nós, para o setor público, no âmbito da política anticorrupção, referindo-se à criação de canais de denúncia internos, cf. Estratégia Nacional, cit., p. 38 e 40, onde se dispõe que «os serviços e organismos públicos devem criar canais para denúncia interna para incumprimentos normativos ou atos de corrupção». Vide, também, Convenção das Nações Unidas, artigo 8, nº4. Atente-se, entretanto, no âmbito da Diretiva da União Europeia relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao Direito da União, que as pessoas - quer as que trabalham no setor público, quer no setor privado, que tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional - que comunicam irregularidades são, como regra, obrigadas a utilizar primeiro os canais internos; e, apenas nos casos em que os canais internos e/ou externos não funcionem ou em que não seja razoável esperar que funcionem corretamente, se proporciona a flexibilidade necessária para que a pessoa que comunica irregularidades escolha o canal mais adequado em função das circunstâncias específicas do caso e, assim, comuniquem as informações às autoridades competentes. A este propósito, cf. *Proposta de*

a legislação sobre *whistleblowers*, nos países anglo-saxónicos, surge, em grande medida, para potenciar a criação destes canais na administração pública[38], podendo as denúncias proceder de funcionários ou particulares. O aspeto central a ter aqui em atenção é o de saber se a denúncia é um dever por parte do funcionário público que resulte da sua relação com a administração pública, designadamente do seu dever de lealdade[39]. Questão que não se confunde com o dever de denúncia que recai sobre qualquer funcionário de denunciar a prática de crimes de que tome conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas às entidades judiciárias competentes – que decorre, entre nós, do Código de Processo Penal[40] -, cuja violação e respetivo sancionamento deveriam merecer atenção[41]. Em qualquer caso – e independentemente da resposta que se dê à referida questão do eventual dever geral de denúncia, no setor público, de irregularidades em matéria de corrupção -, existe acordo sobre a necessidade de assegurar uma proteção eficaz do funcionário público denunciante, para garantir que «quem cumpre a lei não se torna alvo de retaliações»[42]. A recente *Diretiva da União Europeia, relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União*[43], quer particulares quer funcionários públicos, satisfaz aquele propósito, o que faz em nome da salvaguarda do interesse público[44]. A importância que assume esta proteção ressalta quando se atenta na redução do número de comunicações sempre que os potenciais denunciantes não se sentem seguros para apresentar as informações de que dispõem. Da «perda de oportunidades» de deteção e prevenção de infrações ao direito da União dá-se conta na *Exposição de Motivos* da *Proposta* da referida *Diretiva*, ao referir que «a partir de inquéritos como o Euro-barómetro Especial sobre a Corrupção, de 2017, é possível extrair indicações sobre a amplitude da subnotificação dos denunciantes: 81% dos

Diretiva relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao Direito da União, Bruxelas, 23.4.2018 COM (2018) 218 final, ponto 5.

[38] Cf. NIETO MARTÍN, *Public Compliance*, cit., p. 28.

[39] Sobre a questão, GARCIA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública*. *In Public Compliance.*, cit., p.43s (*passim*).

[40] Cf. Artigo 242º, nº1, alínea b), do Código de Processo Penal Português.

[41] Não deve deixar de se sinalizar que o sancionamento da violação do dever decorrente do disposto no Código de Processo Penal (cf. nota anterior) não está esclarecida. Outro aspeto a merecer também atenção é o do tratamento das denúncias anónimas (cf., entre nós, o disposto no Artigo 246ª, nº 5, 6 e 7, do Código de Processo Penal).

[42] Assim, na expressão feliz da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, cit., p. 40, onde, para além disso, se refere a necessidade de garantir uma adequada proteção dos denunciantes de violações dos planos de cumprimento normativo como «essencial».

[43] Diretiva (UE) 2019/1937, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União.

[44] Cf., a este propósito, Proposta COM (2018) 218 final, cit., ponto 1. Cf., também, Diretiva 2019/1937, cit., Considerandos 1 e 3., no mesmo sentido.

europeus referiram que não comunicaram casos de corrupção de que terão sido alvo ou testemunhado»; e ainda que um estudo, também de 2017, realizado para a Comissão, «estimou que, só no âmbito dos contratos públicos, as perdas anuais de potenciais benefícios para o conjunto da UE devido à falta de proteção dos denunciantes seriam da ordem de 5,8 a 9,6 mil milhões de euros, ilustrando os seus impactos negativos no bom funcionamento do mercado único»[45]. De qualquer modo, não é despiciendo lembrar que o incentivo que se procura por esta via - da proteção dos denunciantes - proporcionar às organizações públicas para detetar e investigar as atividades ilícitas praticadas no seu seio, designadamente a prática de crimes de corrupção, não é acompanhado por benefícios equivalentes aos que podem resultar para o setor privado, em que a empresa é passível de ser responsabilizada penalmente e podem, por isso, os seus administradores ter interesse em cooperar com a administração da justiça, em ordem a obter uma atenuação ou mesmo não punição, nos sistemas jurídicos em que tal seja possível. Na verdade, neste contexto, as empresas e os seus dirigentes têm mais a perder se forem «maus polícias» do que as entidades públicas e seus dirigentes quando são «bons polícias». O que, em última análise, pode não motivar tanto ao cumprimento normativo quanto uma estratégia de *public compliance* tem em vista. E que deve, por isso, merecer atenção quando se tem em vista incentivar a autorregulação no setor público.

Merece atenção, neste âmbito de considerações, o sistema que vigora nos Estados Unidos, em matéria de contratação pública, de recompensas dos denunciantes particulares de atos de corrupção contra a administração pública, previstas já desde a *False Claims Act* de 1863. E segundo a qual um denunciante podia obter um benefício económico equivalente a uma percentagem elevada dos montantes recuperados pelo Estado. Este é um modelo vigente atualmente, que, dados os altíssimos valores em jogo, geraram a criação de um sistema quase profissionalizado de denúncias – há referências, designadamente, à existência, naquele país, de escritórios de advogados especializados em fazer a gestão de denúncias e proteger os whistleblowers de possíveis perseguições. Perante a possibilidade da sua eventual expansão a sistemas jurídicos continentais, deve afastar-se, do nosso ponto de vista, a hipótese de recompensas monetárias[46].

Cabe ainda uma última nota quanto às sanções para o incumprimento em sede de *public compliance* anticorrupção[47], em que as diferenças em relação ao setor privado são evidentes. Não é

[45] Assim, cf. Proposta COM (2018) 218 final, cit., ponto 1.
[46] Sobre o tema, NIETO MARTIM, Public *Compliance*, cit., p. 29; e FERRÉ OLIVÉ, LEGISTER.com, cit., p. 12.
[47] São referidas na Estratégia Nacional, cit., p. 38, sem qualquer explicação adicional.

comparável o mecanismo de sanções internas optativas que pode criar uma empresa no seu programa de *compliance* anticorrupção com o regime normativo sancionatório disciplinar que vale obrigatoriamente para todas as administrações públicas e relativamente ao qual um programa de *compliance* nada pode acrescentar. Subsistindo, além do mais, a questão de ser possível sancionar disciplinarmente as violações aos códigos de conduta[48]. A questão que aqui perpassa exige uma reflexão sobre a função do direito disciplinar dos funcionários públicos, designadamente neste domínio da luta contra a corrupção. Se se quer implantar, neste âmbito, uma estratégia que promove e potencia a capacidade de autorregulação de cada organização, é contraditório privá-las de uma parte essencial dos programas que se querem ver instituídos, como é a que diz respeito à capacidade de sancionar os incumprimentos.

Resta acrescentar que não se vislumbra qualquer inconveniente ou dificuldade em aceitar a existência de um *Public Compliance Officer*[49], que, tal como nas empresas privadas vale para o *Chief Compliance Officer*, seja a figura central de um órgão de *compliance* nos organismos e serviços públicos. Que, também aqui, deve ser criado no âmbito de um sistema de delegações que estabelece claras responsabilidades de *controlo dos comportamentos* e de *controlo do controlo dos comportamentos* para evitar a prática de irregularidades, de ilícitos da mais variada ordem, também criminais. Com este tipo de órgão de prevenção – que deve ser funcionalmente independente e dotado de poderes autónomos de iniciativa (decisão) e controlo -, está em causa o estabelecimento de uma responsabilidade de controlo que é de coordenação, assessoramento e de supervisão por parte dos responsáveis pelos programas de cumprimento normativo.[50]

4. Agências anticorrupção

Nas últimas décadas, as políticas públicas de *compliance*, no domínio da corrupção, passaram a ser geridas, em muitos países, por organismos especializados, dotados do

[48] A este propósito, deve referir-se a solução do ordenamento jurídico italiano que, na *Legge 6 novembre 2012,* n.190, inciso 14 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalita nella pubblica amministrazione*), consagra que a violação das disposições relativas ao controlo da corrupção consagradas no plano de prevenção por parte dos funcionários constitui ilícito disciplinar.

[49] Neste sentido, NIETO MARTÍN, *Public compliance*, cit., p. 35 e 36; e FERRÉ OLIVÉ, *lejister.com, cit.*, ponto 5. Sobre a Administração de *Compliance*, o Administrador de *Compliance* e a responsabilidade penal deste, no âmbito empresarial, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico, cit.*, p.116s.

[50] Vai nesta linha a Estratégia Nacional de luta contra a Corrupção, cit., p. 40, que, além disso, aponta exemplificativamente ao responsável pelo cumprimento normativo, nos vários serviços e organismos públicos, o exercício das funções – paralelas às que se identificam no caso do Administrador de *Compliance* no setor privado - de «participar na definição dos planos de prevenção ou gestão de riscos» e de «emitir parecer prévio sobre eles, zelando pela sua contínua adequação, suficiência e atualização»; de «participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação ministrada aos dirigentes e funcionários»; e de «assegurar a centralização de toda a informação que diga respeito à construção, implementação e revisão dos programas de prevenção ou de gestão de riscos, incluindo as denúncias de práticas desconformes aos planos».

conhecimento necessário e de autonomia para promoverem a prevenção e o controlo do fenómeno. As agências anticorrupção podem ser conceptualizadas como órgãos «(de financiamento) público e de natureza durável, com uma missão específica de combate à corrupção e de redução das estruturas de oportunidade propícias para a sua ocorrência através de estratégias de prevenção e repressão"[51].

A sua origem[52] remonta ao processo de descolonização do pós-Segunda Guerra Mundial, no continente asiático. O Reino Unido, com histórica presença na região, promoveu a criação destas instituições em algumas de suas ex-colónias, numa tentativa de limpar a reputação das antigas administrações coloniais, conhecidas pelo elevadíssimo grau de corrupção, e apoiar os novos governos recém-independentes, num contexto de autodeterminação livre de antigos hábitos. As primeiras agências foram criadas em 1952 em Singapura– o *Corruption Practices Investigation Bureau* – e na Malásia – a *Anti-Corruption Agency* - e, em 1974, em Hong Kong – a *Independent Comission Against Corruption* (ICAC).

Embora a institucionalização de agências anticorrupção não possa ser considerada uma panaceia para o problema[53], é uma via para o desenvolvimento e a aplicação de estratégias de luta contra a corrupção assumida como uma política pública. Um aspeto diretamente ligado à utilidade da criação de agências reside em estas poderem constituir uma fonte de conhecimento, apoio e acompanhamento da implantação de uma cultura de *compliance* pelas administrações públicas, residindo a sua vantagem na especialização das suas funções, dirigidas expressamente à prevenção e combate da corrupção[54]. Nesta linha, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabeleceu a necessidade de os Estados Parte garantirem «a existência de um ou mais órgãos (…) encarregados de prevenir a corrupção (…)»[55].

É também nesta via que, nos termos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, se prevê a criação de um «mecanismo (ou agência) de prevenção da corrupção»[56], autónomo,

---

[51] SOUSA, Luís de. *As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade*. Revista da Controladoria-Geral da União, Ano III – Nº4, junho/2008, p. 20s (p.23).

[52] Cf. SOUSA, Luís de. *Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance*. *In Crime Law and Social Change*, February 2010, p. 5s (p.6).

[53] Cf. SOUSA, Luís de. *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 23, que se refere às agências como «bastante apelativas do ponto de vista simbólico», que «carregam às costas o ónus do sucesso como um fardo»; id, *Crime Law and Social Change*, cit., p.11.

[54] Confirmando este movimento de especialização em todo o mundo, FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O. *Questio Iuris*, cit., p. 1589.

[55] Cf. Artigo 6, nº 1. No mesmo sentido, cf. Artigo III, 9, da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

[56] Cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, cit., p. 41. No âmbito das suas funções, destaca-se, no contexto das presentes considerações, que o mecanismo (ou agência) deverá ser «responsável pelo controlo da

com poderes de iniciativa, de controlo e de sancionamento. Deverá ser uma entidade independente, cuja função é garantir a efetividade das políticas de prevenção da corrupção. Sendo que o nosso país conta já hoje com a ação muito relevante, mas de alcance mais limitado do que o que agora se propõe para o mecanismo, do Conselho de Prevenção da Corrupção[57], que, na concretização das suas funções de prevenção, emite regularmente Recomendações incidindo sobre planos de prevenção da corrupção e ferramentas conexas.

4.1 Modelos e configuração

Em relação a organismos anticorrupção em sentido amplo, são referenciados não só vários modelos[58], consoante as funções que exercem, mas também quanto à sua configuração as soluções são variadas, obedecendo a uma perspetiva mais centralizadora ou descentralizadora.

Com uma vocação eminentemente *repressiva*, dirigindo a sua atividade para a investigação dos casos de corrupção, tendo em vista a sua perseguição penal, existem várias entidades[59], entre as quais podem apontar-se, entre nós, o *Departamento Central de Investigação da Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, da Polícia Judiciária*, ou, em Espanha, a *Fiscalia Anticorrupción*, na Noruega, a *National Authority for Investigation and Prosecution of Economic and Environmental Crime*, na Bélgica, o *Central Office for the Repression of Corruption* e, na Roménia, a *National Anti-Corruption Directorate.* Por sua vez, o *Conselho de Prevenção da Corrupção* (CPC) português configura um exemplo de agência anticorrupção propriamente dita com funções exclusivamente *preventivas*[60]. Tal como as agências francesa, da Macedónia, da Albânia, de Malta, da Bulgária ou o *Office of Government Ethics* norte-americano e o *Committee on Standards in Public Life* do Reino-Unido[61] não têm qualquer poder de investigação de práticas de corrupção e limitam-se apenas a realizar estudos

implementação do regime geral de prevenção da corrupção, pela verificação das respetivas infrações, processamento das contraordenações e aplicação das correspondentes coimas» (id, ibidem).

[57] Sobre isto, cf., infra, sob 4.1.

[58] Apesar de, em nosso entender, ser difícil identificar, em muitos casos concretos, o modelo seguido. De qualquer modo, concorda-se com Luis de Sousa (*Revista da Controladoria-Geral da União,* cit., p. 24) quando afirma que se tem assistido «a um crescente mimetismo e isomorfismo».

[59] Segue-se a classificação feita pela OCDE, no Relatório Specialized Anti-Corruption Institutions: Review of Models (2007), cit. in SOUSA, Luís de, *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p.24.

[60] De salientar, no presente contexto, a função de colaboração que o CPC é chamado a desempenhar, a solicitação das entidades públicas interessadas, na «adoção de medidas internas suscetíveis de prevenir a corrupção», tais como a elaboração de códigos de conduta ou a promoção de ações de formação (Artigo 2º, da Lei nº54/2008).

[61] Cf. Relatório da OCDE, *cit.*

e a recolher e organizar informações sobre a corrupção, de maneira a identificar áreas de risco, aconselhar o poder público no estabelecimento de estratégias, acompanhar a aplicação dos diferentes instrumentos jurídicos e avaliar da respetiva eficácia. São ainda classificadas como *instituições especializadas com múltiplas competências* as agências anticorrupção que congregam uma atuação preventiva e repressiva. Podem, em certos casos, utilizar medidas sancionatórios de natureza administrativa. No entanto[62], é comum, nesta modalidade, que a função de acusação seja atribuída a uma entidade externa, como o Ministério Público, «de modo a evitar a concentração excessiva de poderes num só organismo». Experiências deste tipo podem ser encontradas em Singapura, Hong Kong, Austrália, Botswana, Lituânia e Letónia.

Deve dizer-se que, atualmente, já não se pode falar de uma configuração típica, centralizada numa única agência, do lado europeu, e de soluções de natureza descentralizada nos países de tradição anglo-americana.

Em Singapura, o *Corruption Practices Investigation Bureau*, a agência responsável pela prevenção e combate à corrupção, é o único órgão competente para investigar atos de corrupção[63]. As suas funções consistem em receber e investigar queixas de corrupção, tanto no setor público quanto no setor privado; investigar condutas desviantes e ilegais de agentes públicos; e examinar as práticas e procedimentos no serviço público, de modo a reduzir as oportunidades de atos de corrupção. Destacam-se os seus poderes de investigação, que têm vindo a ser incrementados pela legislação anticorrupção. O *Bureau* goza de forte apoio político e, organicamente, integra o Gabinete do Primeiro Ministro. Este aspeto conjuga-se com uma estratégia dissuasiva em relação a todas as práticas de corrupção, independentemente das suas formas ou dimensão, e com a aplicação de penas pecuniárias e de prisão de elevada gravidade, e é acompanhado, ainda, com a sistemática melhoria dos salários e condições de trabalho de determinadas categorias de funcionários públicos. A combinação da aplicação de medidas que visam a redução de oportunidades da prática de atos de corrupção e a repressão de todas as condutas ilícitas são apontadas como a chave do sucesso da política anticorrupção desenvolvida.

Apesar de a primeira agência anticorrupção ter sido a de Singapura, a maioria das iniciativas mais atuais sofreu uma forte influência da experiência de Hong Kong, que obteve resultados surpreendentes.

---

[62] Cf. *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p.24 e 25.
[63] Segue-se NASCIMENTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 99 s.

A *Independent Comission Against Corruption* (*ICAC*) foi criada[64] quando o território ainda estava sob administração britânica e surgiu como resposta a um quadro de corrupção sistémica e na sequência de um escândalo que envolveu um quadro superior da força policial. A *ICAC* foi dotada e ainda hoje mantem competências que abarcam funções preventivas, pedagógicas e de investigação, que podem envolver a realização de detenções, buscas ou apreensões. De qualquer modo, para evitar a concentração e o abuso de poder, a dedução de acusações, tendo em vista a introdução dos factos em juízo, não é da sua competência, mas de outra entidade. Do ponto de vista orgânico, a Comissão é dirigida por um Comissário, nomeado pelo Chefe do Poder Executivo de Hong Kong, e dividida em três Departamentos: o Departamento de Operações, responsável por receber, avaliar e investigar casos de corrupção; o Departamento de Prevenção da Corrupção, que não só examina práticas e procedimentos de organismos públicos, tendo em vista a redução de oportunidades da ocorrência de práticas de corrupção, como também presta consultoria gratuita a entidades privadas que a requeiram; e o Departamento de Relações com a Comunidade, cuja função é a de pôr no terreno políticas de educação da comunidade.

Uma política anticorrupção sustentada no tripé «investigação-prevenção e educação» é apontada como um dos maiores legados da agência de Hong Kong. De acordo com os dados da *Transparência Internacional*, em 2018[65], Hong Kong ocupa a 14ª posição no índice de perceção da corrupção, com 76 pontos. Trata-se, ao lado do Japão, na 18ª posição, com 73 pontos, do segundo «país» asiático mais bem colocado no ranking, atrás apenas de Singapura, na terceira posição, com 85 pontos.

Neste contexto de influência, o Reino Unido dispõe do *Serious Fraud Office* (*SFO*), criado em 1988. Trata-se[66] de um órgão especializado em casos graves de fraude e corrupção, com atuação na Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. O *SFO* representou uma novidade no sistema jurídico britânico, ao centralizar, no mesmo órgão, os poderes de investigação e acusação. O *SFO* é independente e responde apenas ao Procurador-Geral (*Attorney General*), que é responsável por indicar o seu diretor e fiscalizar as suas atividades. Nos últimos anos, tem sido o órgão responsável por aplicar a *Bribery Act*, a legislação anticorrupção britânica a que já

[64] Segue-se NASCIMEMTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 98 s., e FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1590 e 1591.

[65] Transparency International, Corruption perceptions índex 2018. A título de comparação, observe-se que Portugal ocupa a 30ª posição, com 64 pontos.

[66] Segue-se FERREIRA; L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1591 e 1592.

fizemos referência. O Reino Unido ocupa a 11ª posição no Índice de Perceção da Corrupção que vimos referindo, com 80 pontos, situando-se, pois, atrás de Singapura, mas à frente de Hong Kong.

Já os Estados Unidos da América possuem um sistema de controlo da corrupção descentralizado e fragmentado, próprio da sua estrutura federativa[67]. Dele fazem parte órgãos de distintas naturezas - o *Federal Bureau of Investigations,* (*FBI*), o *Office of Government Ethics* (*OGE*) e o *Government Accountability Office* (GAO) -, cada um atuando nos seus respetivos âmbitos de competências na prevenção e combate da corrupção. O *OGE*, que foi criado apenas em 1978, possui um pendor preventivo, elaborando orientações sobre ética pública para os funcionários federais, e exerce uma função consultiva e pedagógica, com competências na qualificação dos quadros de funcionários do Estado e na fiscalização dos códigos éticos dos serviços públicos; o *GAO*, ligado ao Congresso, exerce o controlo externo das atividades do Poder Executivo; já o *FBI* atua essencialmente ao nível da repressão, no caso, dos crimes de corrupção. De referir é a considerável liberdade que os Estados Federados detêm para organizar os seus próprios sistemas anticorrupção. A este nível, o exemplo mais próximo de uma agência anticorrupção é o *Department of Investigations* (*DOI*), da cidade de Nova Iorque, que possui funções de investigação e encaminha para o ministério público os casos suspeitos de práticas de corrupção levadas a efeito pelos seus funcionários públicos e atores privados que mantêm negócios no âmbito da cidade.

4.2. Condições de funcionamento das agências

Os Autores indicam, em geral, quatro condições para assegurar o êxito da atividade das agências anticorrupção: independência, especialização, competências amplas e poderes especiais e durabilidade (sustentabilidade a longo prazo)[68]. Não sendo o caso de abordar aqui em detalhe o tema, imprescindível é lembrar, entretanto – sobretudo tendo em conta as funções sensíveis que exercem -, o suporte e apoio políticos que devem enquadrar a sua criação e o desenvolvimento da sua atividade por forma a responderem aos requisitos enunciados.

[67] Segue-se NASCIMEMTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 101 e FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1591.

[68] Assim, SOUSA, Luís de, *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 26s.Vide, também, do Autor, *Crime Law and Social Change*, cit., p. 13s. Cf., ainda, NASCIMEMTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 103s. e FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1593s.

Emerge, assim, uma primeira consideração, para realçar a necessidade de independência do órgão para executar as suas funções. Não se trata[69] de «irresponsabilidade ou ausência de reporte ou controle externo à sua atuação», mas da «capacidade de poder exercer a sua missão sem interferência e intervencionismo político». Esta independência implica autonomia, administrativa e orçamental, com a garantia de recursos necessários para a realização de suas tarefas. Em segundo lugar, a crescente complexidade que assumem as práticas de corrupção exige que as agências, organismos com a missão específica de as combater, encontrem formas de especialização adequadas para as enfrentar. Não existindo uma solução universal para satisfazer esta questão, uma resposta pode passar pela captação de recursos humanos especializados e interdisciplinares. Neste contexto, por um lado, o procedimento de escolha do diretor da agência deve ser transparente, evitando-se, designadamente, que sua indicação seja realizada por uma entidade política de maneira solitária e, por outro lado, devem existir mecanismos de proteção quanto à sua exoneração ou à exoneração da direção por motivos meramente políticos. Em terceiro lugar, atribuir às agências competências de investigar casos complexos e de grande magnitude, como aqueles que envolvem políticos ou funcionários de alta hierarquia, incrementa a sua visibilidade institucional e o apoio público, elementos importantes para sustentar o funcionamento destas agências; mas, como de outra perspetiva se alerta[70], o enfoque em casos de «grande corrupção» pode «tornar-se fatal ao organismo, na sua fase inicial de institucionalização, quer pelo facto da sua capacidade de resposta ainda não ser proporcional aos objetivos fixados estatutariamente e esperados pela opinião pública, quer pelo facto de gerar um braço de ferro com o poder político que lhe pode ser desfavorável a vários níveis, em particular, no que toca a nomeação dos seus dirigentes e a orçamentação». Esta é uma questão que se prende com as suas competências, que podem ser muito amplas – de prevenção e de repressão – e ainda alargar-se para além do que é apenas o controlo do cumprimento de normas, designadamente de caráter penal. Estarão aqui em causa, designadamente, códigos éticos, e não administrativos ou penais. Por último, uma agência anticorrupção deve ser um projeto duradouro e não ocasional. A vontade política de criar uma agência deve ser sustentada e não precipitada apenas pelo calor de escândalos. A «sustentabilidade a longo prazo», aliada aos resultados práticos atingidos por estas instituições

[69] SOUSA, Luís de, *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 26.
[70] *Id*, *ibidem*, p. 28.

no decurso do tempo, podem servir como antídoto ao desgaste ocasionado por uma ineficiência ocasional.

5. A concluir

A corrupção pública é geralmente associada a situações específicas, surgindo como uma consequência da interligação entre interesses públicos e privados. Nesta linha, é caraterizada como o abuso do cargo público para obter benefícios privados.[71] Uma classificação útil é a que distingue entre "corrupção burocrática" e "corrupção política"[72]. A corrupção burocrática nasce da interação entre funcionários públicos de escala inferior e os cidadãos em geral. No caso da corrupção política, estamos perante ações realizadas na alta hierarquia do governo que distorcem políticas públicas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que esses atores obtenham benefícios à custa do património público.

Destaca-se[73] que as práticas de corrupção encontram um ambiente propício ao sucesso sempre que uma autoridade pública exerce um poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um custo no setor privado. Refere-se, assim, que, de um lado, o Estado possui o poder de comprar e vender bens e serviços, oferecer concessões e distribuir subsídios (benefícios), bem como arrecadar impostos, impor regulamentações e exigir autorizações (custos). Do outro lado, existe um setor privado dotado de poder económico e disposto a pagar para ter acesso a esses benefícios ou reduzir os custos que foram impostos. Como todas estas atividades são inerentes ao funcionamento dos estados contemporâneos, a criação de incentivos para a corrupção é um fato inevitável.

A dinâmica da corrupção pode ser compreendida através do modelo «dirigente-agente-cliente»[74]. O "dirigente" é representado como o funcionário de hierarquia superior dentro da

---

[71] Esta conceptualização não desconhece um sentido sistémico e amplo de corrupção, em que qualquer sobreposição de lógica sistémica significa corrupção. Assim, por exemplo, quando as decisões políticas deixam de funcionar segundo uma lógica de «situação-oposição» que lhes é própria, de acordo com as expetativas generalizadas da sociedade, e passam a funcionar segundo uma lógica binária, típica, designadamente, da economia, fundada na contraposição entre «pagamento-não pagamento». Sobre o sentido sistémico da corrupção, cf. NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo,* São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 42s; vide, também, FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, 2015, cit., p. 1583 e 1584.

[72] Sobre a classificação, cf. ELLIOT, Kimberly Ann, *A corrupção como um problema de legislação internacional: recapitulação e recomendações*, *In* A corrupção e a economia global, Kimberley Ann Elliot (Org.), Brasília, Universidade de Brasília, 2002, p. 255s (p. 260).

[73] Assim, ACKERMAN, Susan-Rose. *A economia política da corrupção*. *In* A corrupção e a economia global, *cit.*, p. 59s (p.59).

[74] Cf. L. V. FERREIRA/M. D. O. FORNASIER, *Questio Iuris*, 2015, cit., p. 1587, por referência a Robert Klitgaard, *A corrupção sob controlo,* Rio de janeiro, Korge Zahar Editor, 1994, p.83.

administração pública; o "agente" como funcionário de hierarquia inferior e responsável por manter contato com o "cliente"; o "cliente" como a parte representando o setor privado. Todos possuem interesses e têm comportamentos independentes. O dirigente responsável por implementar uma política anticorrupção deve saber que o agente, apesar de inserido na estrutura estadual, faz os seus próprios cálculos com o objetivo de medir os lucros por aceitar um possível suborno e os prováveis custos por ser identificado e punido. Da mesma maneira, o cliente será compelido a tentar corromper o agente público com o objetivo de obter benefícios ou afastar custos, desde que não seja capaz de vislumbrar a possibilidade de punição.

Nesta linha, a corrupção é vista como uma questão de oportunidade.

Mais eficiência da administração pública, sobretudo se combinada com uma maior transparência, pode contribuir para atenuar os riscos de corrupção. Por isso, há que pôr em prática todas as medidas possíveis para prevenir e combater a tentação de obtenção de benefícios ilegítimos ou a perniciosa interação entre interesses públicos e interesses privados.

A luta contra a corrupção no setor público tem evidenciado a necessidade de se utilizarem estratégias que, no setor privado, vêm revelando potencialidades na prevenção da criminalidade que se desenvolve no seio de organizações empresariais. A aplicação do *compliance* ao setor público pode conter virtualidades para contrariar a resistência que esta fenomenologia criminal continua a demonstrar perante legislações cada vez mais abrangentes e repressivas. Impõe-se, neste contexto, enfrentar as especificidades dos programas de *compliance*, em aspetos tão relevantes como os que se ligam, designadamente, aos sistemas de denúncias, às sanções por incumprimento de deveres de *compliance* ou às penas a aplicar em caso de cometimento de crimes. Por sua vez, a existência de agências anticorrupção, dotadas de autonomia, independência funcional e de inteligência, favorece uma abordagem especializada na luta contra o fenómeno da corrupção. Cujos progressos passam ainda pelo fortalecimento e transparência das administrações públicas, participação da sociedade civil e – *last, but not the least* –apoio do poder político

Programas de *compliance* e branqueamento de capitais: implicações da lei n ° 83/2017, de 31 de agosto, no regime jurídico de Portugal[1]

Anna Carolina Canestraro[2]

Túlio Felippe Xavier Januário[3]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar os efeitos da Lei nº. 83/2017, de 31 de Agosto, no regime jurídico português de branqueamento de capitais, especificamente no que se refere aos seus eventuais reflexos nos programas de *compliance* de sociedades empresárias atuantes nos chamados "setores de risco". Pretende-se, assim, ao final da investigação, esclarecer se haveria um dever, ainda que setorial, de implementação de programas de cumprimento para determinadas pessoas jurídicas em Portugal e, em caso positivo, quais seriam as disposições referentes a seu conteúdo, estruturação e requisitos mínimos para que estes sejam considerados eficazes.

Palavras-chave: branqueamento de capitais; compliance; direito penal português; Lei nº 83/2017.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the effects of Law no. 83/2017, of August 31, in the Portuguese legal system of money laundering, specifically with regard to its possible

[1] O presente artigo é fruto de comunicação oral apresentada na Universidade de Coimbra, em outubro de 2018, no âmbito do "III Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra", nomeadamente no "Simpósio 5: Impactos econômicos e sociais da criminalização de condutas envolvendo lavagem de dinheiro e corrupção", coordenado pelas Professoras Doutoras Nora Matilde Rachman e Erika Chioca Furlan.

[2] Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla–La Mancha. Pós-graduada em Direito Processual Penal pelo IBCCRIM / IDPEE – Coimbra. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE – Coimbra. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

[3] Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla–La Mancha. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo IBCCRIM / IDPEE – Coimbra. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE – Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP/Franca. Bolsista de Doutorado da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT.

impact on compliance programs of companies operating in the so-called "risk sectors". The aim is therefore to clarify at the end of the investigation whether there would be a duty, even if sectoral, to implement compliance programs for certain legal entities in Portugal and, if so, what would be the provisions relating to their content, structuring and minimum requirements to be considered effective.

Keywords: money laundering; compliance; Portuguese criminal law; Law nº 83/2017.

1. Introdução

Como corolários do atual contexto global de progressivo poder e desenvolvimento empresarial, encontram-se a consequente maior complexidade estrutural destes entes e as dificuldades que ela impõe às atividades estatais de regulação, fiscalização, investigação e repressão de condutas ilícitas cometidas neste âmbito, razão pela qual observamos uma constante preocupação com a ocorrência de delitos nesta seara, dentre os quais destacamos, para os fins deste trabalho, a lavagem de dinheiro. Os impactos e a importância do estabelecimento de estratégias preventivas e reativas a estas práticas têm sido salientados por normativas da UE e refletido em diplomas legais dos países-membros, tal como é o caso da Lei nº 83/2017, de 31 de Agosto, que para além de transpor parcialmente as Diretivas 2015/849/UE e 2016/2258/EU, estabelece medidas de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo no âmbito do ordenamento jurídico de Portugal[1].

Ainda que se façam presentes questionamentos referentes às possíveis limitações destes institutos, tem-se que os programas de *compliance* vêm sendo paulatinamente adotados por empresas atuantes em diversos setores, representando eles um investimento maciço na criação de departamentos especializados e na qualificação de profissionais, razão pela qual urgem maiores investigações referentes a algumas questões que ainda padecem por falta de respostas mais definitivas, que indubitavelmente significariam maior segurança aos atores envolvidos.

Neste sentido, após necessária análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa do ordenamento jurídico português no que concerne ao branqueamento de capitais, assim como

[1] A Diretiva 2015/849/UE foi recentemente alterada pelas Diretivas 2018/843/UE e 2019/2177/UE, sendo que a primeira delas foi transposta pela Lei n. 58/2020, de 31 de agosto. Conferir com detalhes em: RODRIGUES, 2020, p. 190 e ss.

dos fundamentos, conteúdo e reflexos dos programas de *compliance* no seu enfrentamento, objetiva-se demonstrar que a Lei nº. 83/2017, de 31 de Agosto, apresenta relevantes repercussões referentes à obrigatoriedade de adoção destes instrumentos por determinadas pessoas jurídicas, estabelecendo ainda, critérios de estruturação e impondo deveres de prevenção, controle, informação e outros relacionados à gestão do risco de branqueamento de capitais e financiamento de atividades terroristas.

2. Considerações gerais sobre branqueamento de capitais

Com o objetivo de se permitir uma cada vez maior dinamicidade na troca de informações e, principalmente, do fluxo de capitais – exigidas por um mercado que busca ser cada vez mais globalizado - o mercado financeiro acabou por "afrouxar" alguns de seus controles originais que outrora "burocratizavam" demais as suas operações e "travavam seus investidores". No entanto, apesar de viabilizar uma maior dinamicidade, tal medida também acarretou em um maior descontrole sobre essas operações, abrindo espaço para a criação de verdadeiras zonas de livre comércio, com uma permeabilização econômica das fronteiras e redução de controles financeiros (RODRIGUES, 2008, p. 352), cenário ideal, portanto, para o cometimento de crimes e dissimulação de vantagens indevidas (CANESTRARO, 2018, p. 137).

Assim, é diante deste contexto e com o intuito de se controlar e restabelecer a ordem econômica e social dos Estados que vem a criminalização do branqueamento de capitais, crime este que, em linhas gerais, pode ser definido como ato ou a sequência de atos praticados para "mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude" (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 25), sendo assim uma tentativa de se dissimular a origem dos proventos ilícitos de uma conduta antecedente por meio de diversas transações bancárias – se utilizando principalmente do mercado internacional – ou mesmo com a criação de contas em locais com nula ou mínima regulação, os paraísos financeiros.

Em Portugal[2], o branqueamento de capitais encontra-se atualmente tipificado no Artigo 368.º-A do Código Penal, disposição esta introduzida pela Lei n.º 11/2004[3], de 27 de março, cujo Artigo 55.º revogou o Artigo 23.º do Decreto-Lei 15/93[4]. Segundo o diploma, responde pelo crime de branqueamento[5]:

> 3 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos.
>
> 4 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.
>
> 5 - Incorre ainda na mesma pena quem, não sendo autor do facto ilícito típico de onde provêm as vantagens, as adquirir, detiver ou utilizar, com conhecimento, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, dessa qualidade (PORTUGAL, 1995).

Quanto ao bem jurídico tutelado no crime de branqueamento de capitais, observa-se não ser tema pacífico na doutrina brasileira[6], havendo correntes que entendem ser (i) o mesmo bem

[2] No Brasil, segundo a Lei nº 9.613/98 (alterada pela Lei 12.683/12), a tipificação da lavagem se verifica na seguinte forma: "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (...) § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei." (BRASIL, 2012).

[3] Diploma este expressamente revogado pela Lei n.º 25/2008, de 05/06.

[4] Nesse sentido, cfr.: GARCIA; RIO, 2015, p. 1278.

[5] O Art. 368º.-A sofreu alterações pelo Art. 12.º da Lei n.º 58/2020. Vale salientar que o Art. 2.º, n. 1, "j", "iii", prevê também ser considerado branqueamento de capitais "A participação num dos atos a que se refere a subalínea i) [Art. 368.º-A], a associação para praticar o referido ato, a tentativa e a cumplicidade na sua prática, bem como o facto de facilitar a sua execução ou de aconselhar alguém a praticá-lo" (PORTUGAL, 2017).

[6] É interessante mencionar, inclusive, o posicionamento de Ana Carolina Carlos de Oliveira (2019, p. 60-64), que destacando a complexidade da interpretação do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Dinheiro, sustenta que este delito "conjuga um amálgama de interesses político-criminais, com destacada função processual, que apenas dificilmente se identifica comum bem jurídico claro e antecedente à criação do tipo penal". Por isso, sustenta que no específico caso da lavagem, o bem jurídico deve servir apenas como ferramenta secundária de exegese do tipo.

jurídico tutelado no crime antecedente[7]; (ii) a administração da justiça[8]; (iii) a ordem econômica[9] ou, ainda, (iv) pela existência de uma pluriofensividade[10]. Em Portugal, por sua vez, parece-nos majoritário o entendimento de que é tutelada a Administração e realização da Justiça, em especial quanto à adoção das medidas necessárias à perseguição e à eliminação dos efeitos de determinadas atividades criminosas (GARCIA; RIO, 2015, p. 1278; ALBUQUERQUE, 2010, p. 1127; CAEIRO, 2003, p. 1086-1087).

No entanto, nos dizeres de Nuno Brandão (2002, p. 19), muito além da discussão a respeito do bem jurídico a ser tutelado, deve-se analisar quais interesses podem ser afetados pelas condutas de branqueamento e que poderiam justificar a imposição de deveres a algumas atividades e profissões. Neste sentido, cumpre salientar que o que se pretende com o presente trabalho não é negar a teoria do bem jurídico, mas sim defender que tais condutas aptas a configurar o delito de lavagem têm potencialidade para atingir diversos ramos de interesses. Isto é, como explica Brandão (2002, p. 23), podem dar sinais errados ao mercado financeiro e assim comprometer a estabilidade de mercados emergentes, trazer instabilidade monetária e fazer com que os capitais deixem de ser aplicados em alguns setores da atividade (dentre as quais políticas e medidas que visam ao crescimento econômico e social do país e da população). Além disso, podem criar situações de concorrência desleal, minando as estruturas sociais e corroendo os pilares do sistema-democrático.

Assim, ainda que se entenda em Portugal que o bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento seja a administração da justiça, não nos parece ser possível negar os impactos dessas condutas também na ordem econômica.

---

[7] Neste sentido, Juarez Tavares e Antonio Martins (2020, p. 49-56) sustentam que o delito de lavagem de dinheiro não é absolutamente autônomo, tendo relevância a partir da lesão havida ao bem jurídico do delito antecedente. Apesar de reconhecerem a existência de um interesse persecutório atrelado a este crime, entendem que este interesse é secundário, não sendo suficiente para se afirmar que o bem jurídico seria a administração da justiça.

[8] Neste sentido, explicando que a lavagem é um processo de mascaramento que coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de justiça através da obstrução do rastreamento, por parte das autoridades públicas, do produto de origem ilícita: BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 81-82; 85-89.

[9] Neste sentido: "o bem jurídico protegido - de caráter transindividual - vêm a ser a ordem, econômico financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico *categorial*), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em *sentido técnico*)" (PRADO, 2009, p. 354).

[10] Marco Antonio de Barros (2013, p. 42 e ss.), por exemplo, sustenta que a criminalização da lavagem pode proteger, no caso concreto, um conjunto variado de bens, ou alternativamente, um determinado bem. Ao ver do autor, imediatamente tutela-se a estabilidade e credibilidade dos sistemas econômico e financeiro e mediatamente, a própria ordem econômica.

Cumpre salientar que o Artigo 368.º-A do CP Português prevê em seu "n. 1" um extenso rol de crimes antecedentes cujas vantagens podem ser objeto de branqueamento, quais sejam:

> 1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos ou, independentemente das penas aplicáveis, de factos ilícitos típicos de: a) Lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, ou pornografia de menores; b) Burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de cartão de garantia ou de crédito, contrafação de moeda ou de títulos equiparados, depreciação do valor de moeda metálica ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa de concerto com o falsificador ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa ou de títulos equiparados, ou aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação ou de títulos equiparados; c) Falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, interceção ilegítima ou reprodução ilegítima de programa protegido; d) Associação criminosa; e) Terrorismo; f) Tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas; g) Tráfico de armas; h) Tráfico de pessoas, auxílio à imigração ilegal ou tráfico de órgãos ou tecidos humanos; i) Danos contra a natureza, poluição, atividades perigosas para o ambiente, ou perigo relativo a animais ou vegetais; j) Fraude fiscal ou fraude contra a segurança social; k) Tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção, peculato, participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do setor público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, ou corrupção com prejuízo do comércio internacional ou no setor privado; l) Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado; m) Violação do exclusivo da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos, contrafação, imitação e uso ilegal de marca, venda ou ocultação de produtos ou fraude sobre mercadorias. 2 - Consideram-se igualmente vantagens os bens obtidos através dos bens referidos no número anterior (PORTUGAL, 1995).

Neste quesito, a despeito dos esforços do GAFI[11], nota-se que ainda não há uma real harmonização quanto às condutas antecedentes ao branqueamento (CANESTRARO, 2018, p. 136). Pelo contrário, observamos uma fundamental diferença para com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual, com a reforma promovida pela Lei 12.683/2012, extinguiu o rol taxativo de crimes antecedentes que era previsto na redação originária dos incisos do Art. 1º. da Lei

[11] Grupo internacional criado em 1989 pelo então G7 com o objetivo de desenvolver e promover estratégias de luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo; "promove padrões internacionais e a aplicação efetiva das medidas legais, regulamentares e operacionais necessárias para combater o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional (...) emite recomendações destinadas a prevenir e a reprimir esses crimes (consideradas standards internacionais nestas matérias), (ii) promove a avaliação mútua da observância desses standards (iii) determina contramedidas relativamente às jurisdições com deficiências relevantes e (iv) identifica novos riscos e metodologias de combate a estas atividades criminosas" (BANCO DE PORTUGAL, s.d.).

9.613/98[12], passando a considerar como tal qualquer infração penal (crime ou contravenção). Conforme apontam Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini (2019, p. 95-96), a expansão dos possíveis crimes antecedentes é uma opção que está em consonância com as tendências internacionais. Contudo, talvez o legislador brasileiro tenha ampliado em demasia a abrangência do tipo, passando a englobar infrações penais também de baixa gravidade[13].

E é de se salientar que a criminalização da lavagem se faz importante, dentre outros motivos, por ser uma eficaz forma de combate ao crime organizado, isto é, uma vez que o capital branqueado posteriormente poderia vir a financiar e movimentar grandes estruturas delitivas[14], sendo o financiamento do terrorismo, por certo, uma das grandes preocupações mundiais, principalmente depois do ataque de 11 de setembro de 2001.

Segundo a classificação apresentada pelo GAFI[15], ao que é seguido pela majoritária doutrina, entende-se que a execução das condutas de lavagem se "projeta" em três fases, quais sejam: I. inversão/colocação (*placement)* do capital de procedência ilícita no sistema econômico ou financeiro; II. confusão/dissimulação (*layering)* da origem do capital a partir de diversas operações financeiras a fim de desassociá-lo da conduta criminosa antecedente; e III.

[12] Na antiga redação: "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 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 (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). Pena: reclusão de três a dez anos e multa. [...] § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;..." (BRASIL, 1998). Sobre essas alterações legislativas e o atual panorama do ordenamento brasileiro, conferir com detalhes em: OLIVEIRA, 2019, p. 22; BARROS, 2013, p. 53-55.

[13] Inclusive, é orientação do GAFI (2012, p. 12) a correspondência da lavagem de dinheiro aos delitos antecedentes graves, neste sentido: "Os países deveriam criminalizar o branqueamento de capitais de acordo com o disposto na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo. Os países deveriam fazer corresponder o crime de branqueamento de capitais a todas as infrações graves, de modo a abranger o conjunto mais alargado de infrações subjacentes".

[14] Conforme explicam Badaró e Bottini (2019, p. 26), "percebeu-se, portanto, que a desarticulação de tais grupos exigia algo mais do que a prisão de seus membros – como já mencionado, facilmente substituíveis -, ou o uso exclusivo dos mecanismos tradicionais de repressão. Notou-se que o *dinheiro* é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo *confisco* dos *valores* que mantém operante sua estrutura. E que o *rastreamento* dos bens que se originam nos atos infracionais e sustentam as empreitadas delitivas (*follow the Money*) é o primeiro passo para uma política criminal consistente nesse setor"

[15] FATF-GAFI. *Le blanchiment de capitaux: qu'est-ce que c'est?* - Comment blanchit-on des capitaux?. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

integração/utilização (*integration)* desses valores já com aparência de legalidade (FATF-GAFI, s.d.; ABEL SOUTO, 2001, p. 17 e ss.).

Dentre os três momentos, é no ato de colocação do capital de procedência ilícita no mercado que o infrator está mais vulnerável, tendo-se em vista que o capital ainda teria ligação direta com o crime antecedente (MACHADO, 2015, p. 37). Assim, importantes as orientações do GAFI – universalmente reconhecidas como os "padrões internacionais antibranqueamento de capitais" – para que os sistemas bancários conheçam a identidade e a rotina de seus clientes, a fim de identificar e comunicar atividades suspeitas na fase da colocação – operação essa conhecida como "*know your client/costumer*".

Dentre essas recomendações, cumpre destacar a de número 10, qual seja[16]:

> Às instituições financeiras deveria ser exigida a adoção de medidas de diligência em relação aos clientes, sempre que:
>
> i) estabeleçam relações de negócio;
>
> ii) efetuem transações ocasionais: i) acima do limiar designado aplicável (USD/EUR 15 000); ou ii) que constituam transferências eletrónicas, nas circunstâncias previstas na Nota Interpretativa da Recomendação 16;
>
> iii) exista uma suspeita de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo; ou
>
> iv) a instituição financeira tenha dúvidas quanto à veracidade ou à adequação dos dados de identificação do cliente previamente obtidos.
>
> O princípio de que as instituições financeiras deveriam aplicar o dever de diligência relativo à clientela deveria estar previsto na lei. Cada país pode determinar o modo como impõe as obrigações de diligência específicas, quer através da lei, quer através de outros meios vinculativos.
>
> As medidas de diligência a adotar relativas à clientela (medidas CDD) são as seguintes:
>
> a) Identificar o cliente e verificar a sua identidade através de documentos, dados e informações de origem credível e independente.
>
> b) Identificar o beneficiário efetivo e adotar medidas adequadas para verificar a sua identidade, de tal forma que a instituição financeira obtenha um conhecimento satisfatório sobre a identidade do beneficiário efetivo. No que respeita às pessoas coletivas e entidades sem personalidade jurídica, as instituições financeiras deveriam adotar medidas adequadas que lhes permitam compreender a estrutura de propriedade e de controlo do cliente.

[16] "Se durante o estabelecimento ou o desenrolar de uma relação de negócio ou quando realiza uma operação ocasional, uma instituição financeira suspeitar que tal operação se relaciona com o branqueamento de capitais ou com o financiamento do terrorismo essa instituição deveria: a) em regra, procurar identificar e verificar a identidade do cliente e do beneficiário efetivo, quer seja permanente, quer ocasional, independentemente de qualquer derrogação ou limiar que pudesse ser aplicável; e b) fazer uma declaração de operação suspeita (DOS) à unidade de informação financeira (UIF), nos termos da Recomendação 20" (GAFI, 2012, p. 63).

> c) Compreender e, quando adequado, obter informação sobre o objeto e a natureza da relação de negócio.
>
> d) Manter uma vigilância contínua sobre a relação de negócio e examinar atentamente as operações realizadas no decurso dessa relação, para assegurar que essas operações são consistentes com o conhecimento que a instituição tem do cliente, dos seus negócios e do seu perfil de risco, incluindo, se necessário, a origem dos fundos (GAFI, 2012, p. 14).

Em consonância com as recomendações do GAFI, no sentido de elaborar requisitos pormenorizados no que diz respeito à identificação e verificação da identidade do cliente, são as Diretivas que mais tarde foram parcialmente transpostas pela Lei de Branqueamento de Capitais Portuguesa (Lei 83/2017), ou seja[17]: (i) A Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu[18], que afirma que os Estados-Membros deverão prever que sejam aplicadas pelas entidades obrigadas medidas de diligência reforçada quanto à clientela[19] e, assim, identifiquem, compreendam e mitiguem os riscos relacionados com o branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo; (ii) a Diretiva 2016/2258/UE, do Conselho – no sentido de aumentar e facilitar a troca de informações para efeitos fiscais («norma mundial»), garantindo desta forma que as informações sobre os titulares de contas financeiras sejam comunicadas ao Estado-Membro onde reside o titular da conta, identificando-se mais facilmente os beneficiários (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016); (iii) a Diretiva 2018/843/UE, aprovada na sequência dos atentados terroristas experimentados em solo europeu e em vista da progressiva utilização de novas tecnologias no setor financeiro (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2018; RODRIGUES, 2020, p. 165-166); (iv) a Diretiva (UE) 2019/2177, que promoveu alterações na Diretiva 2009/138/CE ("relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II)"), na Diretiva 2014/65/UE ("relativa aos mercados de instrumentos financeiros") e na Diretiva (UE) 2015/849 ("relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo/UE") (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2019).

[17] Para uma análise pormenorizada da evolução do quadro internacional e da União Europeia em matéria de prevenção e controle do branqueamento de capitais, conferir com detalhes em: RODRIGUES, 2020, p. 160 e ss..

[18] Cuja transparência foi ainda mais reforçada a partir da alteração pela Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, que se comprometia a adequar o regime segundo às novas ameaças. Cfr.: PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2018.

[19] Neste sentido, o "Considerando 29" em: PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2015, p. 77.

Mencionadas, assim, as diretivas que estão na base do atual quadro legislativo em matéria de branqueamento de capitais em Portugal, analisaremos em pormenor a seguir, a Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, com as modificações nelas inseridas pelos DL n.º. 144/2019, de 23 de setembro; 9/2021, de 29 de janeiro e 56/2021, 30 de junho, bem como pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto. Daremos especial enfoque às obrigações de *compliance* estipuladas por essas legislações, não sem antes tecermos algumas considerações teóricas gerais sobre estes programas, cuja relevância na prevenção e controle do branqueamento é cada vez menos refutada.

3. Dos programas de *compliance*

Conforme exposto no tópico introdutório, a criminalidade econômica[20], em cujo rol podemos incluir o crime de branqueamento de capitais, acaba se vendo potencializada pela emersão das grandes empresas como protagonistas das mais diversas atividades da sociedade contemporânea[21]. Isto se dá, primeiramente, pelo alto nível de complexidade organizacional de muitas companhias, que se caracterizam pela subdivisão em diversos setores e filiais, garantindo, estas últimas, uma atuação em variados mercados. Há que se destacar, ainda, no que se refere à dispersão de suas atividades, a subdivisão interna das grandes corporações em departamentos, cada qual representando focos de liderança distintos e tendo um rol de atribuições e responsabilidades cujos limites, em muitos casos práticos, não são total e

[20] No que toca à criminalidade econômica, há diversos entendimentos quanto ao seu conceito. Em uma concepção mais restrita, há quem a entenda como aquela que é cometida em desfavor da ordem econômica, correspondendo esta última ao "interesse do Estado na conservação de sua capacidade produtora para o cumprimento de sua tarefa e na conservação da ordem legal da economia tanto em seu conjunto, como em suas ordenações parciais, e entendido como interesse do indivíduo em participar nos bens de consumo e no desenvolvimento de uma atividade adequada a sua vontade profissional de atuação e lucro" (SCHMIDT apud BAJO FERNÁNDEZ, 1973, p. 96). Por sua vez, em uma concepção um pouco mais ampla, Schünemann (1988, p. 529) entende como delitos económicos todas as ações puníveis criminal ou administrativamente, cometidas no âmbito da vida econômica ou com ela estreitamente relacionada. Desenvolve ainda, seu conceito de criminalidade empresarial, que é a soma dos delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa. Klaus Tiedemann (1983, p. 61-62), por sua vez, entende que o ramo destinado ao direito penal econômico deve englobar não apenas as transgressões do chamado "direito administrativo econômico", que tutelaria a atividade de regulação e de intervenção do Estado na Economia, mas também os crimes que violam bens jurídicos supraindividuais relacionados à vida econômica, bem como os fatos penais relacionados ao chamado "direito penal patrimonial clássico", desde que dirigidos contra bens jurídicos coletivos ou constituam abuso de medidas e instrumentos da vida econômica.

[21] Neste sentido, conforme leciona Claudia Barrilari (2021, n.p., s. 3.1), as empresas, uma vez inseridas no contexto conhecido como "sociedade do risco", acabam assumindo um papel de grandes geradoras de risco e de detentoras do conhecimento científico, impondo ao Estado, novos desafios, vez que este não se encontra preparado para fazer frente a esta novel realidade.

expressamente definidos, podendo existir áreas de sobreposição com âmbitos de atribuições de outros departamentos[22].

Para além destes fatores, cumpre salientar que as pessoas jurídicas da atualidade, por regra atuantes em setores muito técnicos e que demandam conhecimentos específicos de determinada área, contam com equipes de especialistas treinados para as atividades que lhes são atribuídas, não apenas no que se refere à própria atividade-fim da companhia, mas também relacionadas à sua própria organização e estruturação interna.

Esse quadro acaba por apresentar concretas dificuldades para o poder público, referentes à regulação, fiscalização e repressão de eventuais ilícitos cometidos no âmbito das atividades corporativas. Isso porque, inicialmente, há inegável disparidade de conhecimentos entre os agentes estatais e os especialistas das empresas, vez que estes, para além da formação direcionada à área de atuação da pessoa coletiva, têm acesso facilitado à toda a organização empresarial e, consequentemente, a todos os elementos que viabilizam a sua própria defesa técnica e a do ente coletivo. Além disso, os próprios custos financeiros da investigação podem ser demasiadamente altos para o poder público, extrapolando suas possibilidades e dificultando a averiguação dos fatos[23]. Ainda, a intricada estruturação interna das grandes empresas por si só já representam óbices às atividades investigatórias do Estado, vez que é extremamente dificultosa a aferição de responsabilidades individuais em âmbitos tão complexos[24].

Diante do exposto, no que se refere ao âmbito regulatório das atividades empresariais por parte do poder público, uma solução que vem sendo proposta para as dificuldades supracitadas e que tem em vista a impossibilidade de uma total desregulamentação nesta seara, é a viabilização, por parte do Estado, de uma autorregulação pelas próprias empresas, de maneira vinculada aos interesses públicos, estabelecendo, porém, aquele, os procedimentos e

[22] Assim, Günther Heine (2006, p. 27) explica que o direito penal enfrenta significativas dificuldades a partir da descentralização e diferenciação funcional das competências nas grandes corporações modernas, que resultam na diminuição do potencial do autor individualmente considerado. Ressalta o autor, que o direito penal clássico pressupõe que que as atividades de operação, tomada de decisão e o próprio conhecimento destas atividades se encontrassem em única só pessoa, e não entrelaçadas tal como na hodierna realidade.

[23] Neste sentido, leciona Carlos Gómez-Jara Díez (2016, p. 92-93) que as companhias hodiernas atingiram tamanho nível de complexidade que se tornaram, muitas vezes, verdadeiras "caixas-pretas", que não podem ser diretamente reguladas pelo Estado, em razão de sua escassez de recursos e de conhecimento.

[24] Este quadro leva ao fenômeno descrito por Gómez-Jara Díez (2015, p. xi) como de "irresponsabilidade organizada", ou seja, quando a própria organização, pela forma em que está estruturada, serve como bloqueio para a responsabilização individual. Também Schünemann (1988, p. 533) refere, que como característica do princípio da descentralização, típico das organizações empresariais modernas, corre-se sério risco de conversão da *organização de responsabilidades* em *irresponsabilidade organizada*, que em últimos termos, levaria à punição tão somente daqueles que se encontram mais abaixo da cadeia hierárquica empresarial.

as estruturas que nortearão a atividade[25]. Em outras palavras, temos a incorporação do ente privado na atividade regulatória, de maneira dependente, porém, a interesses estatais predeterminados (COCA VILA, 2013, p. 51).

Pressupondo, assim, suas dificuldades de enfrentamento da criminalidade econômica e empresarial, o poder público delega parte de suas funções aos entes privados, nomeadamente às grandes corporações, incumbindo-lhes de realizar atividades de regulação, fiscalização, investigação e repressão de eventuais ilícitos que venham a ser cometidos na seara de suas atividades[26].

Partindo destas ideias, ganham força no âmbito corporativo os chamados "programas de *compliance*", que para além de concentrarem, em regra, as funções supracitadas, visam acima de tudo a promoção de uma cultura de cumprimento normativo no ambiente empresarial, tendo como objetivo mediato a prevenção de eventuais responsabilizações da pessoa jurídica[27]. Conforme explica Sina Poppe (2010, p. 1), o termo *compliance*, importado da literatura jurídica anglo-saxônica, diz respeito à atuação em concordância com certas normas, se relacionando ainda, ao estabelecimento e comunicação de princípios éticos que fundamentarão a atuação empresarial, os quais devem ser comunicados a todos os empregados[28].

Cumpre levantar, porém, a questão referente a qual seria o nível de obrigatoriedade das pessoas jurídicas, de implantarem os mecanismos em questão. Em outras palavras, de que instrumentos se utilizaria o Estado para garantir que determinada empresa invista significativos valores no desenvolvimento de um programa de *compliance*[29].

---

[25] Como bem explica Darnaculleta i Gardella (2005, p. 141-142), a despeito da autorregulação empresarial, o Estado vincula essa autorregulação aos interesses públicos, que afetarão todos os procedimentos internos.

[26] Neste mesmo sentido, explica Rafael Aguilera Gordillo (2018, p. 153), que através da promoção da autorregulação regulada o Estado impõe as diretrizes gerais e mantem o poder punitivo, delegando porém, a articulação e o desenvolvimento das normas de controle e a supervisão à própria pessoa coletiva ou a entes privados independentes, contratados para auditar ou certificar as anteriores.

[27] Neste sentido: "Os programas de *compliance* começam a ser desenvolvidos como uma ferramenta empresarial aliada à governança corporativa, através da qual as pessoas jurídicas, a partir do espaço de liberdade oferecido pelo Estado, buscam se autorregular e autofiscalizar, tendo como fim último a diminuição de riscos empresariais. De acordo com a espécie de perigos que pretendem evitar, existem programas com escopos em diversos ramos jurídicos, tais como trabalhista, antitruste e consumeirista. Quando sua finalidade primordial é a prevenção de responsabilidade criminal, trata-se do chamado *criminal compliance*" (JANUÁRIO, 2019a, p. 85).

[28] Exerce uma função essencial, neste ponto, a gerencia da organização, vez deve colocar em prática os valores da empresa, influenciando ainda o comportamento de seus subordinados. Trata-se do modelo conhecido como *"tone at the top"* (POPPE, 2010, p. 1).

[29] Para uma análise pormenorizada desta questão, vide: CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020a, passim.

Visando responder esta questão, Marc Engelhart (2018, p. 21-30; 2014, p. 69-72) identifica seis níveis de regulação estatal, da autorregulação empresarial. Para além da (I) *autorregulação* propriamente dita, marcada pela ausência de incentivos públicos, sendo os programas de *compliance* promovidos por interesses mercadológicos, teríamos o (II) o mero *incentivo informal*, por parte do Estado, às companhias e associações, para a adoção de uma cultura de cumprimento normativo, podendo, inclusive, englobar sistemas de aconselhamento e treinamento para estas; (III) a concessão de *"recompensas"* para os entes coletivos que adotem estes programas de maneira efetiva, vantagens estas que poderiam consistir, por exemplo, na abstenção da promoção de um procedimento sancionatório, ou até mesmo na fase de aplicação da pena, que poderia ser reduzida, substituída ou suspensa. Haveria ainda, a possibilidade de (IV) *sancionamento* das pessoas jurídicas, ou agravação de suas penas, por falhas em seus programas de *compliance* ou também pela sua própria inexistência. Neste quarto nível, o autor inclui ainda a possibilidade de aplicação de uma "pena de *compliance",* na qual determinada empresa pode ser condenada à implantação do programa. A quinta alternativa seria (V) a *exclusão da responsabilidade* empresarial de determinada empresa por eventuais ilícitos cometidos em seu âmbito, quando da existência de um efetivo programa de *compliance.* Por fim, o sexto nível seria (VI) a imposição de *deveres gerais* de implementação destes programas, os quais podem vir, inclusive, acompanhados com a cominação de penas para o seu descumprimento.

Cumpre destacar, no mesmo sentido que Marc Engelhart (2014, p. 72), que não há, em Portugal, um dever amplo e generalizado de implantação de mecanismos de *compliance*, que possa ser enquadrado no supracitado "nível 6" de vinculação[30]. Contudo, podemos observar na Lei nº. 83/2017, objeto do presente trabalho, uma obrigação setorial de implantação de políticas destinadas à prevenção de condutas de branqueamento de capitais (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2021, p. 23), determinando inclusive, em seu Artigo 12º., a adoção de medidas para: (I) a gestão de riscos de branqueamento e financiamento do terrorismo e (II) o cumprimento de leis e regulamentos, as quais devem ser proporcionais à natureza, dimensão e complexidade da entidade (PORTUGAL, 2017).

Observa-se, assim, conforme será analisado infra, que a presente normativa representa significativas mudanças no ordenamento jurídico português, especialmente no que se refere aos

[30] O autor destaca desconhecer, no direito comparado, qualquer normativa neste sentido, uma vez que interferiria de maneira desarrazoada na liberdade organizacional das companhias (ENGELHART, 2014, p. 72).

mecanismos de prevenção de riscos de branqueamento de capitais, obrigando um amplo rol de pessoas físicas e jurídicas a adotarem os instrumentos constantes da lei, que também prevê muitas vezes seus requisitos mínimos e a possibilidade de responsabilização pelo seu descumprimento, especialmente pelos ilícitos contraordenacionais previstos pelos seus Artigos 169º e 169º.-A[31].

Além disso, a "Secção I" do "Capítulo XII" prevê ilícitos criminais, dentre os quais chama a atenção o de "desobediência" previsto pelo Artigo 159.º, cominando pena equivalente ao de desobediência qualificada para aqueles que se recusarem a "acatar as ordens ou os mandados legítimos das autoridades competentes, emanados no âmbito das suas funções, ou criar quaisquer obstáculos à sua execução", bem como para todos que não cumprirem, dificultarem ou defraudarem "a execução das sanções acessórias ou medidas cautelares aplicadas em procedimentos instaurados por violação das disposições da presente lei ou dos respetivos diplomas regulamentares" (PORTUGAL, 2017).

Para além da possibilidade de condenação pela violação de cada um dos deveres de *compliance*, que serão analisados em tópico próprio, aferimos ainda a previsão de uma vinculação de "nível III" na normativa em comento, vez que, em seu Artigo 175º, é prevista a possibilidade de suspensão da sanção condicionada à adoção de medidas necessárias à regularização das situações ilegais, reparação de danos ou prevenção de perigos. Ou seja, há a possibilidade de concreta influência na sanção, da implementação de um programa de *compliance* (PORTUGAL, 2017; JANUÁRIO, 2019a, p. 125) .

Observa-se assim, que a partir da Lei 83/2017, o legislador português procurou garantir, a partir de vários dos níveis supracitados, o cumprimento por parte das empresas, dos deveres de adoção de medidas de prevenção ao branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo. Mas não apenas isso. Conforme analisaremos no posterior tópico, também estabeleceu expressamente os requisitos mínimos necessários que deverão ser cumpridos pelos

[31] O rol de contraordenações é amplíssimo. Destaca-se: "Artigo 169.º Contraordenações. Constituem contraordenação os seguintes facto ilícitos típicos: [...]l) As violações dos preceitos imperativos da presente lei e da legislação específica, incluindo da União Europeia, que rege as medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, não previstas nas alíneas anteriores e no artigo seguinte, bem como dos regulamentos emitidos em cumprimento ou para a execução dos referidos preceitos. Artigo 169.º-A Contraordenações especialmente graves. Constituem contraordenação especialmente grave os seguintes factos ilícitos típicos: [...] c) A violação das regras do sistema de controlo interno previstas no artigo 12.º e nas correspondentes disposições regulamentares;" (PORTUGAL, 2017).

programas das entidades obrigadas. Desta forma, para os objetivos do presente trabalho, mister se faz a análise da estrutura concreta dos programas de *compliance* a partir desta lei.

3.1 Da Lei 83/2017 e seus reflexos nos programas de compliance

Conforme consta dos Artigos 3º. a 7º., a Lei 83/2017 passou a abranger um grande rol de sujeitos obrigados às disposições nela previstas, dentre os quais, entidades financeiras, não financeiras e entidades equiparadas às obrigadas. Prevê, ainda, que os prestadores de serviços de pagamentos estabelecidos em Portugal que estejam sujeitos ao Regulamento (UE) 2015/847[32] se encontram obrigados às disposições dos Capítulos XI e XII da lei supracitada[33], e estabelece que os conservadores e oficiais de registros devem ser considerados auxiliares na prevenção e combate ao branqueamento de capitais e combate ao terrorismo, lhes atribuindo, assim, um rol de obrigações[34].

[32] "Artigo 2.º Âmbito de aplicação. 1. O presente regulamento é aplicável às transferências de fundos, em qualquer moeda, enviadas ou recebidas por um prestador de serviços de pagamento ou um prestador de serviços de pagamento intermediário estabelecido na União." PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2015).

[33] "Artigo 6.º Prestadores de serviços de pagamento sujeitos ao Regulamento (UE) 2015/847. 1 - Independentemente de se encontrarem ou não sujeitos às demais disposições da presente lei, os capítulos XI e XII são aplicáveis aos prestadores de serviços de pagamento estabelecidos em Portugal que se encontrem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2015/847, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 - Para além das situações previstas nos n.os 2 a 4 do respetivo artigo 2.º, o Regulamento (UE) 2015/847 também não é aplicável aos prestadores de serviços de pagamento estabelecidos em Portugal, quando estejam em causa transferências de fundos integralmente efetuadas no território nacional para a conta de pagamento de um beneficiário para efeitos de pagamento exclusivo da prestação de bens ou serviços, se estiverem preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições: a) O prestador de serviços de pagamento do beneficiário ser uma entidade financeira, na aceção da presente lei; b) O prestador de serviços de pagamento do beneficiário poder rastrear, através do beneficiário e por meio de um identificador único da operação, a transferência de fundos desde a pessoa que tem um acordo com o beneficiário para a prestação de bens ou serviços; c) O montante da transferência de fundos não exceder 1000 (euro). 3 - O disposto no Regulamento (UE) 2015/847 não prejudica a aplicação das demais disposições constantes da presente lei e da regulamentação que a concretiza." (PORTUGAL, 2017).

[34] "Artigo 7.º Conservadores e oficiais dos registros. 1 - São entidades auxiliares na prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo os conservadores e os oficiais dos registos. 2 - Os conservadores e os oficiais dos registos estão sujeitos, no exercício das respetivas funções: a) Ao dever de comunicação previsto no artigo 43.º; b) Ao dever de colaboração previsto no artigo 53.º; c) Ao dever de não divulgação previsto no artigo 54.º, quanto às comunicações efetuadas ao abrigo das alíneas anteriores. 3 - Sempre que estejam em causa atos de titulação, os conservadores e os oficiais dos registos estão ainda sujeitos aos deveres de exame e de abstenção previstos na presente lei. 4 - Para os efeitos do número anterior, são atos de titulação aqueles em que se confira forma legal a um determinado ato ou negócio jurídico, designadamente, através da elaboração de títulos nos termos de lei especial, da autenticação de documentos particulares ou do reconhecimento de assinaturas. 5 - As obrigações que emergem do disposto na presente lei e na regulamentação que as concretiza integram o vínculo de trabalho em funções públicas dos conservadores e dos oficiais dos registos aplicando-se o regime previsto para o respetivo incumprimento. 6 - O Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., constitui entidade equiparada a autoridade setorial, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o respetivo regime." (PORTUGAL, 2017).

Conforme exposto supra, dentre os deveres impostos às entidades obrigadas, destaca-se a previsão de um sistema de controle interno, que deverá respeitar como requisitos mínimos: (I) um modelo eficaz de gestão de riscos; (II) políticas, procedimentos e controles de aceitação de clientes e de cumprimento normativo; (III) programas de formação contínua de colaboradores; (IV) a designação de um responsável pelo cumprimento normativo; (V) sistemas de monitoração de clientes e operações, assim como de comunicação e informação; (VI) a comunicação interna das normativas aplicáveis; (VII) procedimentos de averiguação no processo de contratação; (VIII) mecanismos de controle da atuação de colaboradores de setores de risco; (IX) ferramentas de informação; (X) mecanismos de teste da efetividade do programa, podendo, inclusive, contar com uma auditoria externa; (XI) canais de denúncia; (XII) a constante atualização e revisão das políticas, mecanismos e procedimentos (PORTUGAL, 2017).

Interessante observar que a Lei em comento prevê expressamente uma responsabilidade *tone at the top*. Ou seja, conforme explicam Schwartz, Dunfee e Kline (2005, p. 87-89), a direção de uma companhia deve servir de modelo ético para seus subordinados, além de assegurar o cumprimento do *compliance* empresarial. Segundo os autores, isto se dá em razão de quatro fatores: (I) recentes escândalos financeiros envolveram graves falhas na gestão das companhias envolvidas; (II) a natureza das atividades destes profissões é diretamente relacionada à observância de obrigações éticas; (III) uma vez responsáveis pelo cumprimento ético de seus subordinados, deve a diretoria atuar, ela mesma, com base nestes padrões; (IV) é extremamente positivo para o sucesso da pessoa jurídica, a atuação ética de seus representantes.

Essa nos parece ser a base da previsão contida no Artigo 13º. da lei em análise, quando prevê a responsabilidade do órgão de administração pela aplicação das políticas e dos procedimentos de controle, em especial, da aprovação e atualização destes, do conhecimento dos riscos, da adequação da estrutura empresarial, da promoção de uma cultura preventiva e da aprovação de um código de ética e de cultura, da designação de um responsável pelo cumprimento normativo, dos controles e avaliações periódicas, dentre outros (PORTUGAL, 2017).

Cumpre analisar, então, a configuração concreta dos programas[35] de *compliance*, nos moldes previstos pela normativa:

[35] Uma análise compreensiva sobre os pilares e principais instrumentos de um programa de *compliance* pode ser encontrada em: SOUZA, 2021, p. 73-89.

3.1.1 Formulação do programa de compliance

O primeiro momento no desenvolvimento de um programa de *compliance* em determinada companhia diz respeito à sua própria formulação, com a adequada definição das políticas e procedimentos internos, das competências, e dos mecanismos que o integrarão e colaborarão para sua eficácia. Esta fase é de fundamental importância, haja vista que os profissionais competentes analisarão as particularidades da empresa e estruturação o programa da maneira mais adequada aos seus objetivos.

Conforme restará demonstrado, é neste momento que é realizada a avaliação e identificação dos riscos aos quais a pessoa coletiva se vê exposta na sua atuação, bem como serão definidos, elaborados e publicados os respectivos códigos de ética e de conduta, nos quais constaram as competências e responsabilidades dos agentes empresariais, bem como os instrumentos os quais o departamento de *compliance* terá à disposição.

3.1.1.1 Gestão de riscos

Conforme definido pelo Artigo 14º. da Lei 83/2017, os agentes supracitados ficam obrigados à identificar, avaliar e mitigar os riscos de branqueamento de capitais e de financiamento ao terrorismo, sejam eles derivados da própria natureza ou organização empresarial, das atividades de seus clientes, dos produtos ou serviços e de seus canais de distribuição, ou do país de atuação dos entidade ou de seus clientes[36]. As medidas concretas a serem tomadas, segundo o diploma, dizem respeito à avaliação do grau de probabilidade de ocorrência e do impacto destes riscos, à definição de medidas de controle e a revisão periódica dos mesmos[37].

---

[36] "Artigo 14.º [...]2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, à entidade obrigada incumbe: a) Identificar os concretos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo inerentes à sua realidade operativa específica, incluindo os riscos associados: i) À natureza, dimensão e complexidade da atividade prosseguida; ii) Aos respetivos clientes; iii) Às áreas de negócio desenvolvidas, bem como aos produtos, serviços e operações disponibilizados; iv) Aos canais de distribuição dos produtos e serviços disponibilizados, bem como aos meios de comunicação utilizados no contacto com os clientes; v) Aos países ou territórios de origem dos clientes da entidade obrigada, ou em que estes tenham domicílio ou, de algum modo, desenvolvam a sua atividade; vi) Aos países ou territórios em que a entidade obrigada opere, diretamente ou através de terceiros, pertencentes ou não ao mesmo grupo;" (PORTUGAL, 2017).

[37] "...b) Avaliar o risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo associado à sua realidade operativa específica, designadamente através da determinação: i) Do grau de probabilidade e de impacto de cada um dos riscos concretamente identificados, tendo em atenção, para o efeito, todas as variáveis relevantes no contexto da sua realidade operativa, incluindo a finalidade da relação de negócio, o nível de bens depositados por cliente ou o volume das operações efetuadas e a regularidade ou a duração da relação de

3.1.1.2 Códigos de ética e de conduta

Muito embora não haja uma previsão expressa por parte do legislador português de 2017 quanto aos requisitos mínimos a serem atendidos pelas empresas no que se refere aos seus respectivos códigos éticos e de conduta, a sua definição e aprovação é definida como uma das responsabilidades principais dos órgãos de administração, conforme disposto no Artigo 13.º, "2", "d"[38].

Esta normativa interna da empresa mostra-se como um dos mais importantes instrumentos de um programa de *compliance* que intente ser eficiente, vez que deve prever todos os mecanismos dos quais disporá na prevenção, investigação e repressão de riscos, assim como os procedimentos internos da empresa, as competências e âmbitos de responsabilidade de seus agentes, podendo, ainda, no nosso entendimento, ter reflexos na atribuição individual[39] e coletiva[40] de responsabilidades penais.

Neste sentido, conforme defende Antonio Lascuraín (2013, p. 129), os códigos de ética e de conduta podem ser entendidos como a norma fundamental de determinada companhia,

---

negócio; ii) Do risco global da entidade obrigada e, se aplicável, das respetivas áreas de negócio, a aferir com base na ponderação de cada um dos riscos concretamente identificados e avaliados; c) Definir e adotar os meios e procedimentos de controlo que se mostrem adequados à mitigação dos riscos específicos identificados e avaliados, adotando procedimentos especialmente reforçados quando se verifique a existência de um risco acrescido de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo; d) Rever, com periodicidade adequada aos riscos identificados ou outra definida por regulamentação, a atualidade das práticas de gestão de risco a que se referem as alíneas anteriores, de modo a que as mesmas reflitam adequadamente eventuais alterações registadas na realidade operativa específica e riscos a esta associados." (PORTUGAL, 2017).

[38] "Artigo 13.º Responsabilidade do órgão de administração. 1 - O órgão de administração das entidades obrigadas é responsável pela aplicação das políticas e dos procedimentos e controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. 2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, ao órgão de administração incumbe em especial [...] d) Promover uma cultura de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo que abranja todos os colaboradores da entidade obrigada cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, sustentada em elevados padrões de ética e de integridade e, sempre que necessário, na definição e aprovação de códigos de conduta apropriados;" (PORTUGAL, 2017).

[39] Sobre os reflexos dos programas de *compliance* no âmbito da imputação objetiva da pessoa física: JANUÁRIO, 2019a, p. 165 e ss..

[40] A respeito dos possíveis reflexos dos programas de *compliance* na imputação objetiva das pessoas coletivas: JANUÁRIO, 2018b, p. 15 e ss; JANUÁRIO, 2016, passim. Contudo, no âmbito do ordenamento jurídico português, entendemos que, muito embora os programas de *compliance* possam acabar exercendo uma influência na atribuição da responsabilidade coletiva, nomeadamente no que se refere à sua exclusão em razão da emissão de ordens ou instruções expressas por parte da empresa, cuja desobediência desencadeou no ilícito, esta não é uma regra geral, não podendo se falar que a existência de um programa de *compliance* eficiente seja, por si só, uma garantia de isenção de responsabilidades penais para a corporação. Sobre o sistema de responsabilidade penal das pessoas coletivas em Portugal, vide: CANESTRARO; JANUÁRIO, 2018, passim; JANUÁRIO, 2018a, passim. Em sentido contrário: BRITO, 2014, p. 83. Situação próxima (e até menos promissora) é a observada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme analisamos detalhadamente em: JANUÁRIO, 2020, passim; JANUÁRIO, 2019b, passim.

tendo ela caráter vinculante para trabalhadores, administradores e colaboradores. Para Adán Nieto Martín (2015, p. 136-137), eles exercem as seguintes funções: é a pedra angular de um sistema de autorregulação pautado em valores éticos; melhoram a reputação empresarial; outorgam unicidade ao sistema autorregulatório empresarial; fortalecem o sentimento de união e pertencimento nos empregados; e demonstram para terceiros e clientes a forma pelas quais as coisas são realizadas na empresa.

Acima de tudo, porém, conforme destaca Percy Garcia Cavero (2014, p. 34), devem ser previstos os valores éticos que deverão pautar o comportamento dos agentes para que estes próprios, em situações dúbias, saibam fazer o juízo de valor e avaliar a melhor alternativa de conduta, especialmente para situações não expressamente tipificadas.

3.1.1.3 Canais de denúncia

Conforme verifica Ramon Ragués i Vallès (2013, p. 85), tem se mostrado cada vez mais frequente a instalação no âmbito corporativo, de mecanismos que viabilizem a realização de denúncias por parte de clientes, trabalhadores ou terceiros diretamente relacionados com a empresa, que podem através deles, comunicar irregularidades levadas a cabo por empregados ou superiores hierárquicos da companhia em questão. Para o autor, a implantação destes canais facilita a identificação de condutas ilícitas em um âmbito notadamente de difícil acesso para as autoridades policiais ou judiciárias.

Neste sentido, ganha importância a figura do *whistleblower*, que é uma pessoa geralmente ligada à empresa e que denuncia determinada irregularidade, antigamente para às autoridades e para os meios de comunicação, e atualmente para os canais de denúncia da própria companhia (GARCÍA MORENO, 2015, p. 206-207). O Artigo 20.º da Lei 83/2017 prevê expressamente a necessidade de implantação de canais específicos, independentes e anônimos que viabilizem a realização de denúncias, devendo estes serem proporcionais à natureza, dimensão e complexidade da empresa[41].

[41] "Artigo 20.º Comunicação de irregularidades. 1 - As entidades obrigadas criam canais específicos, independentes e anónimos que internamente assegurem, de forma adequada, a receção, o tratamento e o arquivo das comunicações de irregularidades relacionadas com eventuais violações à presente lei, à regulamentação que a concretiza e às políticas e aos procedimentos e controlos internamente definidos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. 2 - Os canais referidos no número anterior devem: a) Ser proporcionais à natureza, dimensão e complexidade da atividade da entidade obrigada; b) Garantir a confidencialidade das comunicações recebidas e a proteção dos dados pessoais do denunciante e do suspeito da prática da infração, nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e demais legislação de proteção de dados. 3 - As pessoas que, em virtude das funções que exerçam na entidade obrigada, nomeadamente ao abrigo do artigo 16.º, tomem

Entendemos, porém, que estes mecanismos, para além de uma função investigativa, podem exercer um importante papel preventivo, no que se refere à orientação e auxílio de agentes empresariais que tenham dúvidas em casos concretos (JANUÁRIO, 2019, p. 103 e ss.). Neste sentido, exemplificativo é o canal de denúncias da empresa alemã *Siemens*, que conforme leciona Klaus Moosmayer (2010, p. 91-92), possui não apenas a função de denúncias, conhecida como *tell us*, mas também a de esclarecimento de questões, conhecida como *Help Desk*, viabilizando, ainda a formação de um catálogo com as questões mais problemáticas, o qual possibilita sua correção e o melhoramento contínuo do programa.

Ainda, no que se refere à sua função investigativa, para além de disponibilizar o canal de denúncias, é importante, conforme destaca Beatriz Garcia Moreno (2015, p. 207), a garantia de proteção do denunciante frente a eventuais represálias de seus colegas ou superiores, bem como a segurança por parte deste último, de que as devidas medidas serão tomadas e que o denunciado será, no mínimo, investigado[42]. Assim, a normativa em análise previu a necessidade de garantia da confidencialidade das informações e a proteção dos dados do informante e do informado, assim como determinou a abstenção, por parte da obrigada, de realização de atos hostis em face do primeiro em razão de sua delação.

3.1.1.4 Definição de competências e estruturação do programa

A depender do tamanho da empresa obrigada, da complexidade de sua estruturação e organização interna e do nível dos riscos que suas atividades impõem, a competência pela estruturação e condução dos mecanismos de cumprimento poderá recair sobre um funcionário já integrante do quadro da corporação, tal como um advogado, um membro da companhia ou

conhecimento de qualquer facto grave que integre as irregularidades referidas no n.º 1 do presente artigo, têm o dever de as comunicar ao órgão de fiscalização, nos termos e com as salvaguardas estabelecidas no presente artigo. 4 - Quando não tenha lugar a nomeação de órgão de fiscalização, as comunicações referidas no número anterior são dirigidas ao órgão de administração da entidade obrigada. 5 - As comunicações efetuadas ao abrigo do presente artigo, bem como os relatórios a que elas deem lugar, são conservados nos termos previstos no artigo 51.º e colocados, em permanência, à disposição das autoridades setoriais. 6 - As entidades obrigadas abstêm-se de quaisquer ameaças ou atos hostis e, em particular, de quaisquer práticas laborais desfavoráveis ou discriminatórias contra quem efetue comunicações ao abrigo do presente artigo, não podendo tais comunicações, por si só, servir de fundamento à promoção pela entidade obrigada de qualquer procedimento disciplinar, civil ou criminal relativamente ao autor da comunicação, exceto se as mesmas forem deliberada e manifestamente infundadas. 7 - As autoridades setoriais podem exigir às respetivas entidades obrigadas a apresentação de um relatório, nos termos e com a periodicidade a definir por aquelas autoridades, contendo a descrição dos canais referidos no n.º 1 e uma indicação sumária das comunicações recebidas e do respetivo processamento" (PORTUGAL, 2017).

[42] Conforme explica a autora, se o denunciante suspeita que sua denúncia não será levada a sério, não correra os riscos decorrentes de utilizar o canal e realizar a denúncia. GARCÍA MORENO, 2015, p. 207.

um auditor interno, ou sobre uma pessoa exclusivamente encarregada desta função, conhecida como *compliance officer,* a qual poderá exercer de maneira isolada suas funções, ou poderá comandar um completo departamento responsável pelas medidas em comento, passando aquele a ser designado como *chief compliance officer* (GARCIA CAVERO, 2014, p. 39-40).

Neste sentido, a Lei 83/2017 prevê a obrigação das empresas por ela abrangidas, de designar um membro de sua direção, ou equivalente, o qual será responsável pelo cumprimento normativo, e deterá, dentre outras, as funções de definição, acompanhamento e avaliação do programa, sendo ainda, a fonte de comunicação entre a pessoa jurídica e as autoridades[43].

Interessante observar a expressa previsão de um padrão mínimo de garantias ao encarregado desta função, referentes, especialmente, à sua independência, autonomia e isenção, bem como à facilitação de acesso às informações e documentos necessários para a realização de suas funções[44].

3.1.2 Implementação

3.1.2.1 Comunicação e treinamento

Mostra-se de suma importância, após a inicial implantação de um programa de *compliance* em determinada empresa, a realização de cursos e palestras no sentido de educar e

[43] "Artigo 16.º Responsável pelo cumprimento normativo. 1 - As entidades obrigadas designam um elemento da sua direção de topo ou equiparado para zelar pelo controlo do cumprimento do quadro normativo em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, sempre que tal seja: a) Adequado à natureza, dimensão e complexidade da atividade prosseguida pelas entidades obrigadas; ou b) Exigível por lei, regulamentação ou determinação da autoridade setorial competente. 2 - Sem prejuízo do disposto em regulamentação setorial, compete em exclusivo à pessoa designada nos termos do disposto no número anterior: a) Participar na definição e emitir parecer prévio sobre as políticas e os procedimentos e controlos destinados a prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo; b) Acompanhar, em permanência, a adequação, a suficiência e a atualidade das políticas e dos procedimentos e controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, propondo as necessárias atualizações; c) Participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação interna da entidade obrigada; d) Assegurar a centralização de toda a informação relevante que provenha das diversas áreas de negócio da entidade obrigada; e) Desempenhar o papel de interlocutor das autoridades judiciárias, policiais e de supervisão e fiscalização, designadamente dando cumprimento ao dever de comunicação previsto no artigo 43.º e assegurando o exercício das demais obrigações de comunicação e de colaboração." (PORTUGAL, 2017).

[44] "Artigo 16.º [...]3 - As entidades obrigadas garantem que a pessoa designada nos termos do n.º 1: a) Exerce as suas funções de modo independente, permanente, efetivo e com autonomia decisória necessária a tal exercício, qualquer que seja a natureza do seu vínculo com a entidade obrigada; b) Dispõe da idoneidade, da qualificação profissional e da disponibilidade adequadas ao exercício da função; c) Dispõe de meios e recursos técnicos, materiais e humanos adequados, nestes se incluindo os colaboradores necessários ao bom desempenho da função; d) Tem acesso irrestrito e atempado a toda a informação interna relevante para o exercício da função, em particular a informação referente à execução do dever de identificação e diligência e aos registos das operações efetuadas; e) Não se encontra sujeita a potenciais conflitos funcionais, em especial quando não se verifique a segregação das suas funções." (PORTUGAL, 2017).

treinar os agentes empresariais sobre o conteúdo deste instrumento, sobre as normativas legais e internas da corporação, assim como suas políticas e procedimentos[45]. Aliás, conforme destaca Cornelia Inderst (2010, p. 114), é muito comum que alguns funcionários sequer saibam o significado da palavra *compliance*, sendo necessário, não apenas o treinamento no momento da criação do programa, mas também a atenção para com todos os novos trabalhadores, neste aspecto.

Observando esta importância, o legislador português previu no Artigo 55.º da Lei 83/2017, o dever de formação, estabelecendo que as entidades obrigadas adotem medidas que assegurem o conhecimento de seus trabalhadores, dirigentes e colaboradores em geral, das obrigações decorrentes da lei, das operações que possam aumentar o risco de branqueamento e das políticas e procedimentos da companhia e controles da companhia, na matéria[46].

3.1.2.2 Promoção da cultura de *compliance*

É expressamente prevista dentre o rol de obrigações do órgão de administração, a de promover uma cultura de prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento ao terrorismo, a qual deve ser estendida a todos os colaboradores.

3.1.3 Consolidação e aperfeiçoamento

3.1.3.1 Procedimentos internos de investigação e sancionamento

A Lei 83/2017 não contém qualquer previsão expressa no sentido de determinar a promoção de investigações internas derivadas de eventuais suspeitas de irregularidades e tampouco de sanções decorrentes da descoberta dos autores destes atos. Contudo, vez que

[45] Neste sentido, defende também Marc Engelhart (2012, p. 714-715), a necessidade de recebimento, por parte do departamento de *compliance*, de algum tipo de *feedback* dos funcionários, seja através de provas ou questionários, a fim de atestar a efetiva internalização do conteúdo do programa.

[46] "Artigo 55.º Dever de formação. 1 - As entidades obrigadas adotam medidas proporcionais aos respetivos riscos e à natureza e dimensão da sua atividade para que os seus dirigentes, trabalhadores e demais colaboradores cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo tenham um conhecimento adequado das obrigações decorrentes da presente lei e da regulamentação que a concretiza, inclusive em matéria de proteção de dados pessoais. 2 - As entidades obrigadas asseguram que são ministradas às pessoas referidas no número anterior ações específicas e regulares de formação adequadas a cada setor de atividade, que as habilitem a reconhecer operações que possam estar relacionadas com o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo e a atuar em tais casos de acordo com as disposições da presente lei e das normas regulamentares que a concretizam. 3 - No caso de colaboradores recém-admitidos cujas funções relevem diretamente no âmbito da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, as entidades obrigadas, imediatamente após a respetiva admissão, proporcionam-lhes formação adequada sobre as políticas, procedimentos e controlos internamente definidos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo." (PORTUGAL, 2017).

nenhum programa de *compliance* jamais alcançará tamanho nível de eficácia a ponto de evitar a totalidade de casos de ilícitos, mostra-se necessário o desenvolvimento de mecanismos aptos a esclarecer as circunstâncias dos fatos ilícitos ocorridos no âmbito das atividades empresariais, assim como seus autores, assim como a prévia e expressa previsão de sanções internas para estes.

Em sendo assim, é extremamente necessário que todo o procedimento investigatório e repressivo seja previamente desenvolvido e conste do código de ética e de conduta da empresa, evitando assim que sejam realizadas arbitrariedades no âmbito destes processos. Aliás, neste sentido, muito importante destacar ainda, a necessidade de constante observância de direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos[47].

3.1.3.2 Avaliação contínua e aperfeiçoamento

O Artigo 17.º da Lei 83/2017 prevê a necessidade de realização de avaliações periódicas no programa de *compliance* das empresas obrigadas, as quais devem ser realizadas por auditores internos ou externos, ou por terceiros contratados, devendo o responsável, em qualquer dos casos, ter acesso irrestrito a todo o material necessário para a realização da atividade[48].

[47] Como de pronto se nota, a promoção de procedimentos de investigação interna levanta inúmeras controvérsias, especialmente se considerada a eventual descoberta de ilícitos criminais e possível aproveitamento dos documentos e dados neles colhidos, em um futuro processo penal. Tivemos a oportunidade de tratar pormenorizadamente algumas destas questões em outras oportunidades, nomeadamente: CANESTRARO, 2020, passim; CANESTRARO; KASSADA; JANUÁRIO, 2019, passim; CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020b, passim; JANUÁRIO, 2019c, passim; JANUÁRIO, 2019d, passim; JANUÁRIO, 2021, passim; CANESTRARO, 2020, passim.

[48] "Artigo 17.º. Avaliação da eficácia. 1 - As entidades obrigadas monitorizam, através de avaliações periódicas e independentes, a qualidade, adequação e eficácia das suas políticas e dos seus procedimentos e controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. 2 - As avaliações referidas no número anterior devem ter uma extensão proporcional à natureza, dimensão e complexidade da entidade obrigada, bem como aos riscos associados a cada uma das respetivas áreas de negócio, e: a) Decorrer com acesso irrestrito e atempado a toda a informação interna relevante para a realização das avaliações, incluindo quaisquer documentos elaborados em cumprimento da presente lei ou da regulamentação que o concretiza; b) Ser asseguradas de forma independente pela função de auditoria interna, por auditores externos ou por uma entidade terceira devidamente qualificada, na medida em que tal seja: i) Adequado à natureza, dimensão e complexidade da atividade prosseguida pelas entidades obrigadas; ou ii) Exigível por lei, regulamentação ou determinação da autoridade setorial competente; c) Ser efetuadas com uma periodicidade adequada ao risco associado a cada uma das áreas de negócio da entidade obrigada ou outra periodicidade determinada por regulamentação; d) Permitir a deteção de quaisquer deficiências que afetem a qualidade, adequação e eficácia das políticas e dos procedimentos e controlos adotados; e) Incidir, pelo menos, sobre: i) O modelo de gestão de risco da entidade obrigada e demais políticas, procedimentos e controlos destinados a dar cumprimento ao disposto na presente secção; ii) A qualidade das comunicações e das demais informações prestadas às autoridades setoriais; iii) O estado de execução das medidas corretivas anteriormente adotadas." (PORTUGAL, 2017).

É importante destacar que, para além da avaliação e identificação de eventuais vícios nos mecanismos, é necessária correção destes e consequente melhoramento contínuo do programa, incrementando sua eficácia e reduzindo os riscos de novos ilícitos. Atento a isso, o legislador português estipulou a necessidade de reforço das políticas e procedimentos internos, assim como dos mecanismos de controle, sempre que aferidas vicissitudes nos instrumentos de prevenção de branqueamento e financiamento do terrorismo[49].

4. Conclusões

Por todo o exposto, fica demonstrado que o enfrentamento do branqueamento de capitais é instrumento importante não apenas para o desmantelamento da criminalidade organizada, mas que também tem se expandido para a persecução de outras searas delitivas. Neste sentido, a criminalização das condutas que visem mascarar a origem, localização, movimentação ou propriedade de bens e valores é tendência inegavelmente universal e definitiva, assim como o é a expansão de normativas voltadas a estipular deveres a determinados agentes atuantes em setores sensíveis, para que previnam e controlem possíveis ocorrências ilícitas.

Para a consecução desses objetivos, os programas de *compliance* se mostram como promissoras ferramentas, sendo sua implementação incentivada não apenas para fins de superar as dificuldades de detecção, apuração e repressão da criminalidade econômica e empresarial (na qual inserimos a lavagem de dinheiro), mas como efetivo instrumento de transformação cultural no cerne corporativo, almejando que a ética e o cumprimento normativo sejam a regra (e não a exceção) nestes ambientes.

Neste sentido, seguindo a linha das orientações do GAFI e das Diretivas da União Europeia, o legislador português previu, através da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e das posteriores legislações que a modificaram, um extenso rol de deveres de *compliance* para sujeitos atuantes em setores de risco, prevendo ainda, contraordenações para os obrigados que os descumpram, para além do crime de desobediência do art. 159.º, em determinadas situações.

Ainda é cedo para aferir a efetividade do rigoroso quadro-legal inaugurado pela lei em comento, especialmente se consideradas as recentíssimas modificações nela promovidas.

[49] "Artigo 18.º [...]3 - Sempre que as entidades obrigadas detetem quaisquer deficiências ao abrigo do disposto na alínea d) do número anterior, devem reforçar as políticas e os procedimentos e controlos adotados em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, através da adoção das medidas corretivas necessárias à remoção das deficiências." (PORTUGAL, 2017).

Parece-nos certo, porém, que suprindo uma prévia insuficiência de incentivos à adoção de programas de *compliance* no ordenamento jurídico português (especialmente se considerado, por exemplo, o modelo de responsabilidade penal das pessoas coletivas previsto no Código Penal), andou bem o legislador no sentido de promover a adoção destes mecanismos. Resta-nos saber, agora, não apenas quais serão os concretos impactos desta lei no enfrentamento (prevenção e persecução) do branqueamento de capitais, mas também quais serão os efeitos deletérios desta normativa, especialmente em termos de possíveis abusos e violações de direitos e garantias não apenas dos sujeitos obrigados, mas principalmente de terceiros indiretamente implicados pelos severos deveres de controle. Esta é, porém, uma discussão para outro momento.

5. Referências

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. 2001. Tesis - (Doctorado em Derecho). Santiago de Compostela: Facultade de Dereito de la Universidade de Santiago de Compostela, 2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>. Acesso em: 27 de agosto de 2021.

AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Compliance penal:* régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program. 2018. Tesis doctoral. Universidad de Córdoba.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* Lisboa: Universidade Católica, 2010.

ANTONIO LASCURAÍN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 6.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo Español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 26, n. 1, p. 91-139, jan./abr. 1973.

BANCO DE PORTUGAL. *Grupo de Acção Financeira (GAFI)*. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/page/grupo-de-accao-financeira-gafi>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance.* 2. ed. atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook. Não paginada.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas:* com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais:* o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

BRASIL. *Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2021.

BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de "compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 0, p. 75-91., jul.-dez. 2014.

CAEIRO, Pedro. A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1067-1132.

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores*: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

CANESTRARO, Anna Carolina. Compartilhamento de dados e persecução do crime de branqueamento de capitais no âmbito dos paraísos financeiros. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 35, p. 135-164, jan./jun. 2018.

CANESTRARO, Anna Carolina. Investigaciones internas en el marco de los programas de cumplimiento: un análisis de los límites de las investigaciones frente al derecho de los trabajadores y las garantías procesales penales. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; CARO CORIA, Dino Carlos; ESCOBAR BRAVO, Maria Eugenia (eds.). *Problemas y retos actuales del derecho penal económico.* Toledo/Münster/Lima: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2020. p. 51-58. http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.05.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance?. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, p. 23-25, jul./2021.

CANESTRARO, Anna Carolina. JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais do CPCRIM*: IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 21 a 23 de outubro de 2020. São Paulo: IBCCRIM, 2020a. p. 215-237. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>. Acesso em 20 de março de 2021.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. Passim. https://doi.org/10.22456/0104-6594.77092.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felippe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020b. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324.

CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Nemo tenetur se detegere e programas de compliance: o direito de não produzir prova contra si próprio em face da Lei n. 13.303/16. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et. al. (orgs.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019. p. 311-342.

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.* Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-76.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2016/2258 do Conselho de 6 de dezembro de 2016:* que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita ao acesso às informações antibranqueamento de capitais por parte das autoridades fiscais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L2258>. Acesso em 04 de janeiro de 2022.

DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Autorregulación y derecho público:* la autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (ed.). *Regulating corporate criminal liability.* Heidelberg: Spring, 2014. p. 211-226.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance:* eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes.* Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. https://doi.org/10.30709/archis-2018-3

FATF-GAFI. *Le blanchiment de capitaux: qu'est-ce que c'est?* - Comment blanchit-on des capitaux?. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

GAFI. *Padrões internacionais de combate ao branqueamento de Capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação:* As Recomendações do GAFI. Tradução efetuada pelo Banco de Portugal sob a égide do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros. Fev./2012.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance.* Lima: Palestra Editores, 2014.

GARCIA, M. Miguez; RIO, M. Castela. *Código Penal Parte Geral e Especial:* com notas e comentários. Coimbra: Almedina, 2015.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). et. al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 206-230.

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

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas:* adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de Marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. Ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 89-120.

HEINE, Günther. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial:* propuestas globales contemporáneas. Navarra: Arazandi, 2006. p. 25-69.

INDERST, Cornelia. Einzelaufgaben der Compliance-Organisation. In: GÖRLING, Helmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche. Hamburg: C.F. Müller, 2010. p. 112-122.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva:* um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar – Portuguese Law Review*, v. 2, n. 2, p. 191-224, jul. 2018a. Disponível em: <http://www.portugueselawreview.pt/archives/>. Acesso em 09 de janeiro de 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Da (ir)relevância dos programas de compliance no modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: considerações críticas ao Projeto de Novo Código Penal. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 327-357, maio/agosto.

2019b. Disponível em: <http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/issue/view/5>. Acesso em 09 de janeiro de 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de "autorresponsabilidade" dos entes coletivos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, ano 20, n. 32, p. 161-191, jul./dez. 2016. https://doi.org/10.22171/rej.v20i32.2155

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi Law Review*, Zaragoza, v.4, n.1, p. 1-23, jan.-jun. 2018b.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; CARO CORIA, Dino Carlos; ESCOBAR BRAVO, Maria Eugenia (eds.). *Problemas y retos actuales del derecho penal económico*. Toledo/Münster/Lima: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2020. p. 15-23. https://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.01.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 160, p. 219-257, out./2019c.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set./2019d.

MACHADO, Leonardo Marcondes. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*

(continuação da Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal), v. 15, n. 90, p. 34-43, fev./mar. 2015. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/27671>. Acesso em 13 de outubro de 2018.

MOOSMAYER, Klaus. Das Compliance Programm von Siemens: Vorbeugen (Prevent) – Aufdecken (Detect) – Reagieren (Respond) und fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement), *Neue Kriminologische Schriftenreihe:* Wirtschaftskriminalität, Mönchengladbach, v. 112, p. 83-96, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. Código ético, evaluación de riesgos y formación. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 135-165.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro:* responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do conselho de 20 de maio de 2015:* relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. Jornal Oficial da União Europeia, 05/06/2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex%3A32015L0849>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do conselho de 30 de maio de 2018:* que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE. Jornal Oficial da União Europeia, 05/06/2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-

content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=PT>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/2177, do Parlamento Europeu e do conselho de 18 de dezembro de 2019:* que altera a Diretiva 2009/138/CE relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II), a Diretiva 2014/65/UE relativa aos mercados de instrumentos financeiros e a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32019L2177>. Acesso em 04 de janeiro de 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2015/847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015:* relativo às informações que acompanham as transferências de fundos e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1781/2006. Jornal Oficial da União Europeia, L141/1. 5 de junho de 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0847>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

POPPE, Sina. Begriffsbestimmung Compliance: Bedeutung und Notwendigkeit. In: GÖRLING, Helmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta (Hrsg.). *Compliance:* Aufbau – Management – Risikobereiche. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. p. 1-12.

PORTUGAL. *DL n.º 48/95, de 15 de março:* Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0368A&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em 25 de agosto de 2021.

PORTUGAL. *Lei n. 83/2017, de 18 de Agosto:* Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e

2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2750A0001&nid=2750&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigoo>. Acesso em 25 de agosto de 2021.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* una aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito penal – da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 347-360.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico:* uma política criminal na era compliance. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558., mai./ago. 1988.

SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. Tone at the top: an ethics code for directors?. *Journal of Business Ethics,* v. 58, n. 1-3, p. 79-100, 2005.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial:* critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista chilena de derecho*, v. 10, n. 1, p. 59-68, 1983.

Las recompensas económicas al alertador (whistleblower). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?

Beatriz García-Moreno[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: Este artículo analiza las estrategias político-criminales de incentivo de denuncias en entidades públicas y privadas, en particular los sistemas de protección de alertadores. Se analizan los argumentos utilitaristas de la colaboración de *insiders* en la lucha contra la criminalidad económica, así como las controversias entorno al pago de recompensas a los ciudadanos que deciden informar irregularidades corporativas

Palabras-chave: Protección de denunciantes; criminalidad corporativa; recompensas económicas.

Abstract: This article analyzes the political-criminal strategies to encourage complaints in public and private entities, in particular the whistleblowers protection programs. The utilitarian arguments of the insiders collaboration in the white collar crime law enforcement are analyzed, as well as the controversies about the rewards to citizens who decide to report corporate irregularities.

Keywords: Whistleblower protection; corporate crime; economic rewards.

1. Introducción

El fomento de la alerta (o *whistleblowing*) se ha convertido en una de las herramientas preferidas por los legisladores para luchar contra la criminalidad económica. Fomentar las

[1] Profesora de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

denuncias entre los empleados de las empresas y las administraciones públicas se ha revelado como una de las vías más eficaces para descubrir e investigar las infracciones que se cometen en ellas[1]. La reciente Directiva (UE) 2019/1937, de protección de denunciantes[2], que obliga a crear canales de denuncia en buena parte de las entidades públicas y privadas de los Estados miembros y que establece importantes medidas de protección para quienes los usen, constata una apuesta definitiva por estas estrategias político-criminales que se encuentran, a priori, alejadas de la tradición jurídica de nuestro país y de las de nuestro entorno.

Uno de los aspectos más controvertidos en la regulación de este mecanismo es el empleo de recompensas económicas para incrementar el número de alertas recibidas y maximizar así su efectividad. Se trata de una fórmula aún con escaso seguimiento en el derecho comparado pero que en EE.UU. ha logrado unos resultados notables: la *Securities Exchange Commision* ha conseguido imponer más de 2 mil millones de dólares en sanciones desde la puesta en marcha de su sistema de recompensas en 2010[3] y la administración tributaria (IRS) recaudó sólo en 2020 cerca de 470 millones de dólares a través del suyo[4]. A pesar de ello, por el momento, esta posibilidad no ha generado un gran entusiasmo entre otros legisladores. La UE, por su parte, ha dejado pasar la oportunidad de regular este aspecto en la Directiva 2019/1937, evitando incluso introducir una disposición como la que existe en el Reglamento 596/2014 sobre el abuso de mercado, que simplemente reconoce a los Estados la posibilidad prever incentivos económicos para quienes, sin estar obligados a hacerlo, denuncien las prácticas irregulares (art. 32)[5].

El *whistleblowing*, en general, acusa el estigma que ha acompañado tradicionalmente a las conductas relacionadas con la delación y probablemente ello explica al menos en parte las reticencias a establecer premios para quien lo realiza. Denunciar las infracciones cometidas por

[1] Un análisis en profundidad sobre el concepto de whistleblower se encuentra en GARCÍA-MORENO, B. *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Tirant lo Blanch. 2020, pp. 63-107

[2] Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, DOUE L 305/17 de 22 de noviembre de 2019.

[3] 2019 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program, p. 1. Disponible online: *https://www.sec.gov/files/sec-2019-annual%20report-whistleblower%20program.pdf* (último acceso 14-02-2021).

[4] IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2020. Annual Report to the Congress. Los informes correspondientes a todas las anualidades consultarse online: *https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports* (último acceso 14-02-2021).

[5] Reglamento (UE) n ° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE L 173/1 de 12 de junio de 2014.

otra persona, aun estando permitido o incentivado por la ley, está lejos de considerarse un comportamiento socialmente bien valorado. Bien al contrario, este tipo de actuaciones han venido habitualmente acompañadas de un profundo reproche ético y social, probablemente a consecuencia de la vinculación de la delación con determinadas instituciones y regímenes como la Inquisición en la Edad Media y, en épocas más recientes, también de los gobiernos dictatoriales de la Alemania nazi, la Italia fascista y la España franquista, entre otros[6]. El reproche social, en el caso del *whistleblowing*, se intensifica al proceder la denuncia de un miembro de la empresa u organización. La actuación del alertador es considerada por muchos una actuación de deslealtad, una traición a la entidad que le proporciona su medio de vida. Si la alerta desinteresada es ya en muchos casos percibida como un acto de deslealtad frente a la organización para la que el denunciante trabaja, la actuación de quien se decide a denunciar a cambio de una recompensa económica suscita aún mayores recelos. En la evaluación de impacto que acompañaba a la propuesta de Directiva se podía leer, incluso, que el empleo de recompensas hace que la denuncia parezca una transacción comercial y que ello podría desacreditar a los denunciantes en general[7].

[6] Si bien este hecho ha venido motivado por diversas circunstancias —ORTIZ PRADILLO localiza su origen en los propios textos bíblicos— puede presumirse que la vinculación de la delación con determinadas instituciones y regímenes ha sido en buena medida responsable de este estigma. El fomento de la delación a través de prácticas intimidatorias —que llegaban a castigar como cómplice de un delito a quien, conociéndolo, no lo hubiera denunciado— y la presunción de veracidad de las acusaciones formuladas aun cuando se hubieran realizado de forma anónima o por sujetos con algún tipo de animadversión hacia el acusado, fueron señas de identidad de los sistemas de vigilancia y *enforcement* del Tribunal de la Inquisición en la Edad Media y, en épocas más recientes, también de los gobiernos dictatoriales de la Alemania nazi, la Italia fascista y la España franquista, entre otros. De la mano del macartismo, esta percepción negativa de la delación alcanzó incluso los EEUU, donde la participación privada en la persecución de infracciones estaba institucionalizada desde los momentos de formación de este país. ORTIZ PRADILLO señala al respecto "El origen de la delación se remonta a la propia existencia del ser humano desde el propio pecado original, pues Adán delató a Eva, y ésta a la serpiente. Y resulta que el delator premiado más famoso de la historia de la humanidad es quizás Judas Iscariote, quien recibió de los sacerdotes treinta monedas de plata a cambio de traicionar a su líder". Vid. ORTIZ PRADILLO, J. C.: "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, vol. 3, nº 1, 2017, p. 42. Del mismo autor: *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*, La Ley- Wolters Kluwer, Madrid, 2018. pp 49 ss. Respecto a los familiares de la Inquisición, *vid.* CERRILLO CRUZ, G.: "Aproximación al estatuto jurídico de los familiares de la Inquisición española", *Manuscrits. Revista d'història moderna*, nº 17, 1999, pp. 141-158.

[7] No se trata del único argumento esgrimido en el documento. Junto a lo anterior, se señala también en la evaluación de impacto un argumento de legalidad: la incompatibilidad de las recompensas económicas con la jurisprudencia del TEDH, según la cual la denuncia de irregularidades motivada por la expectativa de obtener un beneficio personal, incluido un beneficio pecuniario, no justificaría un nivel de protección especial. Esta cuestión, también de gran interés, no será abordada en este trabajo. Vid. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. IMPACT ASSESSMENT. Accompanying the document. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 5.1.5.

Pero,¿verdaderamente desacredita al alertador el hecho de actuar a cambio de una recompensa? ¿El uso de recompensas económicas tiene cabida en el ordenamiento jurídico español? ¿Excluye el beneficio personal el interés del Estado y de la UE en la detección de infracciones? A estas cuestiones tratará de dar respuesta este trabajo, realizando una necesaria reflexión sobre las razones que se encuentran detrás de esta nueva tendencia legislativa de fomentar la denuncia y sobre la conveniencia de premiar a estos colaboradores de la justicia.

2. La utilidad de la alerta en la detección de infracciones corporativas

En el Derecho penal español y, en general, en el de todos los países pertenecientes a la tradición jurídica del *civil law*, el papel de los informantes o delatores ha sido muy limitado[8]. El Estado ha preferido ejercer el *ius puniendi* confiando exclusivamente en sus propios medios, a diferencia de lo que ha ocurrido en el derecho anglosajón, donde algunas instituciones de colaboración público-privada como las acciones *qui tam*[9] gozan de un profundo arraigo.

[8] La regulación de las obligaciones de denuncia en la legislación procesal penal ha sido un claro reflejo de este desinterés en fomentar la participación de los ciudadanos en la persecución de las infracciones. Estas obligaciones no tienen, en la práctica, fuerza vinculante, en algunos casos porque el precepto no prevé ninguna sanción en caso de incumplimiento, como ocurre respecto al deber de denunciar previsto en el art. 264 de la LECrim para los testigos de referencia; y, en otros, porque la sanción prevista resulta insignificante y carece de todo efecto disuasorio, como ocurre con la multa de 125 a 250 pesetas prevista cuando el testigo de referencia fuera profesional sanitario (art. 262) y de 25 a 250 pesetas cuando son testigos directos los que omiten la denuncia (art. 259). Esta tendencia tuvo su lógico reflejo en el ámbito administrativo donde la denuncia pública se ha mantenido como una de las formas de iniciación del procedimiento, pero se derogaron los escasos incentivos que los ciudadanos tenían para realizarlas. Así en 1986, apenas dos años antes de que en EE. UU se promulgara la ley de protección de los empleados públicos que informaran sobre actividades ilícitas en la administración, en España la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado eliminó de la legislación tributaria el único incentivo económico para los informantes que había estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico. La evolución de esta figura en la legislación tributaria española puede consultarse con más detalle en APARICIO PÉREZ, A.: *La denuncia pública en materia tributaria. Génesis, evolución, perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 20 ss. Entre las normas que reconocían al denunciante derecho a participar en la cantidad recuperada, el autor hace referencia al Reglamento para el Servicio de la Inspección e Investigación de 31 de agosto de 1892 (arts. 33-35); Reglamento de la Inspección de la Hacienda Pública de 14 de septiembre de 1893 (art. 27); Reglamento de la Inspección de la Hacienda Pública de 13 de octubre de 1903, modificado por el RD de 22 de septiembre de 1922 (art. 50); RD de 30 de marzo de 1926 por el que se aprueban las bases por las que han de guiarse la Inspección de los servicios de la Hacienda Pública y la de los Tributos en lo referente a la denuncia (Base 35 ss); Ley refundida del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 (art. 44); y RD 3494/1981, de 29 de diciembre, reglamento sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 83 y 84).

[9] Sobre la aparición y desarrollo de las acciones *qui tam*, vid. PITZER, D. D.: "The qui tam doctrine: a comparative analysis of its application in the United States and the British Commonwealth", *Texas International Law Journal*, vol. 7, nº 3, 1972, p. 418; *Vid.* también, RADZINOWICZ, L.: *A History of English Criminal law and its Administration*, vol. 2, Macmillan Company, 1957, pp. 142 ss; HELMER., J. B. Jr. / NEFF, R. C. Jr. "War stories. A History of the Qui Tam provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and their application in the United States ex rel. Gravittv. General Electric Co. Litigation", *Ohio Northern University Law Review*, vol. 18, nº 35, 1991, p. 37.

La lucha contra la criminalidad económica ha supuesto, sin embargo, un cambio de paradigma en este sentido. La colaboración privada se ha demostrado esencial en la persecución de este tipo de infracciones especialmente en las últimas décadas, en las que los factores criminógenos presentes en la actividad del mercado y de las propias corporaciones se han visto favorecidos por diversas coyunturas. En particular, el proceso globalizador y el crecimiento en tamaño y capacidad de influencia de las empresas ha puesto a disposición de éstas un espacio de mayores dimensiones y unos medios más efectivos para el desarrollo de sus actividades lícitas, pero también de las ilícitas, y en la misma medida ha complicado la labor fiscalizadora del Estado sobre éstas. La aparición de grandes organizaciones, de compleja estructura y actividad transnacional ha significado en la práctica un incremento sustancial de las dificultades para la prevención, el descubrimiento y la efectiva punición de los comportamientos ilícitos ocurridos en el seno de las organizaciones. Ha sido en este contexto en el que ha tenido lugar la proliferación de políticas de fomento del *whistleblowing*, que no busca sino aumentar los recursos del Estado en la tarea de detección e investigación de infracciones, sumando a sus filas a los trabajadores de las empresas y administraciones públicas.

La criminalidad corporativa representa un importante desafío para el sistema de justicia entre otras razones por su naturaleza asociativa u organizacional, es decir, porque se trata de infracciones ideadas y ejecutadas al amparo de un grupo estructurado y jerarquizado y que cuenta con recursos humanos y materiales para perpetrar el delito y para ocultarlo. La detección e investigación de actividades ilícitas se hace así más compleja para los agentes estatales y las estrategias de "*enforcement*" deben también adaptarse a ello.

En el ámbito del crimen organizado – paradigma de la criminalidad asociativa –, la colaboración de informantes se ha desvelado como una de las fórmulas más eficaces. La lógica es simple: quienes se encuentran en contacto directo con la actividad de las organizaciones gozan de una posición privilegiada para conocer información que para terceros, y en particular para las autoridades, resulta difícilmente accesible. Por ello, las estrategias para combatir la criminalidad organizada se han basado en contar dentro del grupo criminal con un colaborador, bien que ya pertenecieran a éste o que ya tuviera contacto directo con él (confidentes) bien introduciéndolo *ex profeso* en la organización (agentes infiltrados)[10]. Respecto a estas figuras,

[10] Sobre la figura del confidente, y las diferencia con el agente infiltrado, *vid.* GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J.: "Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil", ponencia impartida en el seminario de formación continuada *La prueba obtenida a través de la infiltración y la delación. El agente encubierto y el confidente*, organizado por la FGE y celebrado el 2 de junio de 2016. El texto de la ponencia se encuentra

GARCÍA-FUSTEL señalaba que su creación ha respondido a *"la necesidad de acceder a una información sólo disponible en el seno de los conflictivos, dispersos y muy restringidos círculos de las estructuras, redes y células en las que se articula el crimen organizado*"[11]. Este tipo de estrategias, además, no sólo permite obtener información sobre hechos delictivos concretos, sino que también puede ofrecer datos relevantes sobre los miembros del grupo criminal, su estructura e incluso sobre su *modus operandi*, que ayuden a prevenir futuros delitos y a desarticular la organización.

Por las mismas razones, una aproximación similar resulta muy útil en la lucha contra la criminalidad corporativa. Las infracciones que se cometen en el desarrollo de la actividad de una empresa o incluso de una organización pública, no son obra de un individuo que actúa de forma autónoma e independiente, sino que tienen lugar al amparo de la organización, que justifica y favorece la comisión de ese hecho[12]. Igual que ocurre en la criminalidad organizada, las infracciones corporativas se producen en el marco de la actividad de un grupo de personas, que se relacionan también bajo premisas de lealtad y confianza, y que actúan en connivencia con la política criminógena de la organización a la que pertenecen, liderada por la dirección de la entidad pero comúnmente aceptada y ejecutada por sus miembros. El empleo de sobornos, la realización de vertidos contaminantes en ríos o el uso indebido de datos personales con fines comerciales pueden ser buenos ejemplos de lo anterior: el ejecutor de estas acciones será lógicamente un miembro – o varios – de la organización, pero su actuación sólo se entiende si se enmarca dentro una política corporativa y se encaja su papel en el sistema de división de trabajo y la jerarquía de la organización.

En este ámbito, contar con un colaborador dentro de la organización resulta muy valioso, pues pone a disposición de las autoridades una fuente de información de primera mano que permite ubicar la infracción en el grueso de la actividad lícita de la organización, y dirigir la investigación de forma más precisa, identificando las transacciones, registros u otro tipo de documentos que pueden ser relevantes para la investigación, evitando el procesamiento de

disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3n%20Garc%C3%ADa-Fustel%20Gonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BAs.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197 (último acceso 14-02-2021).

[11] *Ibidem*, p. 3.

[12] SUTHERLAND, E. H., *El delito de cuello blanco*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2009. NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

aquellos miembros de la organización que no estuvieran involucrados en los hechos e identificando a otras entidades o sujetos que tuvieran algún tipo de implicación.

En el caso de las organizaciones de economía legal, en las empresas, sin embargo, la fórmula de los confidentes y los agentes infiltrados no resulta adecuada tal y como está planteada respecto de las organizaciones criminales. En éstas, las autoridades recurren a la colaboración de *insiders* precisamente porque ya tienen indicios de la actividad ilícita y la información que buscan está principalmente dirigida a la investigación de los hechos y a la desarticulación de la organización. En el ámbito corporativo, en cambio, el colaborador es ya imprescindible para detectar el delito. En las organizaciones de economía legal, las irregularidades están convenientemente camufladas entre la predominante actividad lícita de la organización, además, presentan cierta sofisticación y generalmente son difíciles de advertir por quien carece de formación específica o un conocimiento concreto del área donde se está cometiendo. Estos hechos, en la mayoría de los casos, pasarían completamente desapercibidos para reguladores y Administración de Justicia de no ser por que una persona de la organización lo comunicara. Por todo ello, reclutar un confidente en una empresa cuando ya se cuenta con indicios que justifiquen la intervención resulta una medida poco eficaz. Pero su utilización en un momento anterior, de forma prospectiva, no sería compatible con principios como el de proporcionalidad o la presunción de inocencia.

La colaboración de *insiders* en el caso de la criminalidad corporativa ha sido concebida por todo ello de una forma distinta a la de los confidentes propios de la criminalidad organizada. Se ha optado por no designar un único colaborador sino por empoderar a los individuos que operan habitualmente dentro o que tienen un contacto directo con la organización para que acudan a las autoridades en el momento en el que tengan conocimiento de alguna irregularidad. Las políticas públicas que utilizan esta estrategia optimizan los resultados de la labor fiscalizadora del Estado sobre las corporaciones, permitiéndoles multiplicar exponencialmente el número de efectivos disponibles para llevar a cabo la tarea de detección e investigación de infracciones. Quienes disponen de información relevante en este sentido, se convierten en potenciales denunciantes y, por ende, en potenciales colaboradores del sistema sancionador estatal. Pero la mejora no se produce sólo desde una perspectiva cuantitativa sino también –y sobre todo- en lo que respecta a la calidad de los nuevos recursos. Los programas de fomento de alertas permiten a las autoridades contar con la colaboración de sujetos especialmente cualificados para prestar esta colaboración como pueden ser los trabajadores de la empresa, que

son probablemente los mejor posicionados para identificar los riesgos y conocer las prácticas irregulares dentro de la organización, pues conocen con detalle los procedimientos y están en contacto directo con compañeros y superiores.

3. La conveniencia de emplear incentivos para fomentar la alerta

La lógica tras estas estrategias de fomento de la delación y su utilidad ha sido expuesta en el epígrafe anterior y han sido ampliamente reconocidas. De hecho, las primeras líneas de la Directiva 2019/2017 se dedican a atestiguar que las persona que trabajan para una organización pública o privada desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir las infracciones que se cometen en el desarrollo de la actividad corporativa por ser a menudo las que primero tienen conocimiento de ellas[13]. Toda la regulación que sigue a ese primer párrafo se construye precisamente sobre esta idea de persuadir – básicamente, ofreciendo protección – a aquellos que por ser empleados o personas próximas a una organización pueden delatar las irregularidades que allí ocurren. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, que en sentencia de 6 de febrero de 2020 reconoce que con la Directiva "se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y *con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas*"[14]. Si el fundamento tras la regulación es eminentemente utilitarista, es decir, si se trata en definitiva de aprovechar la colaboración que presta un ciudadano en una tarea – la persecución de delitos – eminentemente pública ¿el pago de recompensas no supondría de hecho una justa contraprestación a la asistencia prestada?

El uso de incentivos es indudablemente una de las grandes controversias entorno al *whistleblowing*. A priori, es una dinámica que no encaja con la concepción – muy extendida – que identifica al alertador con un héroe, que lo dibuja como un ciudadano comprometido con el interés público que se arriesga a sufrir represalias. Una concepción no sólo generalizada entre la opinión pública, sino también en la doctrina y en el derecho comparado. Existe una tendencia legislativa, con cierto seguimiento, que otorga relevancia a los motivos que llevan al *whistleblower* a actuar, exigiéndole para poder ser beneficiario de las medidas de protección que la revelación sea un acto esencialmente altruista, otorgando sólo protección a los

[13] Considerando 1.
[14] La cursiva ha sido añadida por la autora. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo nº. 35/2020, de 6 de febrero.

denunciantes que no buscan un beneficio personal. Esta es, por ejemplo, la opción adoptada por la ley de lucha contra la corrupción francesa, que exige que el sujeto actúe de forma desinteresada ("*de manière désintéressée et de bonne foi*")[15]. Sin embargo, como acabamos de exponer, el fomento de las alertas es una estrategia político-criminal con un fundamento principalmente utilitarista: lo que se pretende a través de los alertadores es obtener de forma lícita información sobre infracciones que se cometen en una organización y que de otro modo pasaría desapercibidas para quienes tienen competencia para sancionarlas. Es decir, el Estado fomenta las alertas porque está interesado en obtener la información que está en manos de estos ciudadanos, para mejorar la detección y sanción de infracciones.

En algunos casos, los ciudadanos en posesión de información relevante se decidirán a denunciar, a proporcionarle al Estado la información, de forma espontánea, movidos por sus creencias o convicciones morales. Es decir, hay sujetos que entregarán la información a las autoridades simplemente porque entienden que es lo correcto, sin necesitar ninguna contraprestación del Estado. Y, en estos casos, bastará con que la regulación se concentre en prever medidas eficaces para proteger al alertador. Éste ya está motivado y la normativa únicamente necesita asegurar que su denuncia no le reportará ninguna consecuencia negativa, como represalias laborales. Sin embargo, esto no ocurrirá siempre. La alerta no incentivada, en la que el *whistleblower* colabora con el Estado sin recibir ningún tipo de ventaja o recompensa es, en la práctica, un fenómeno limitado. Según indica un eurobarómetro sobre corrupción encargado por la Comisión Europea, solo un 18% de las personas que conocen un caso de corrupción lo reportan[16]. Por eso, confiar solo en las medidas de protección implica prescindir de la colaboración de potenciales alertadores que no se encuentran por sí mismos suficientemente motivados para hacerlo. Si el Estado tiene un verdadero interés en contar con esa información para luchar contra la criminalidad corporativa, si este tipo de colaboración constituye uno de los elementos esenciales de la política criminal en un ámbito concreto, no puede simplemente confiar en que los ciudadanos se decidan a ser héroes, sino que debe crear estímulos que resulten suficientemente poderosos para todos aquellos sujetos que disponen de datos relevantes.

[15] Vid. art. 6 Loi 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Vid. también, con ulteriores referencias, GARCÍA-MORENO, B. *op. cit*, pp. 73-76.
[16] Special Eurobarometer 470 - October 2017. "Corruption" Report, p. 6.

Además, descartar el uso de incentivos para fomentar las alertas no solo hace que el Estado pierda la colaboración de los sujetos que sólo actuarían motivados por intereses personales sino también la de aquellos ciudadanos que no comparten sus valores o su percepción sobre la corrección o incorrección de algunos comportamientos. La percepción que tiene un sujeto de determinados hechos ilícitos o incluso del propio acto de denunciar puede variar en función del tipo de infracción, el contexto social y cultural en el que se produzca o incluso la posición que ocupe el sujeto en la organización, entre otros factores. Así, por ejemplo, quien ocupa un puesto elevado en la jerarquía de la organización puede tender a alinear sus intereses con los de ésta, y a considerar que la actuación ética es la de proteger los intereses de la entidad ocultando los hechos. De la misma manera, la denuncia que se refiere a situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas es considerada una actuación ética por la mayoría, y sin embargo, el valor ético de una denuncia no es tan evidente cuando se trata de denuncias de infracciones que no causan víctimas directas, cuando se trata de irregularidades más formales, como puede ser la llevanza de una contabilidad falsa, o se perciben como una forma de operar propia del negocio, como ocurre en algunos lugares con la corrupción. Por todo ello, si no existen incentivos que resulten atractivos para quienes no comparten los valores o los intereses que busca proteger y promocionar el Estado, el círculo de potenciales colaboradores se ve en la práctica excesivamente reducido.

Al argumento utilitarista, se unen además razones de coherencia interna del propio ordenamiento jurídico-penal. El legislador, con carácter general, no desecha el testimonio de una víctima de estafa o de un delito de lesiones, por mucho que pudiera existir en ellas una lógica animosidad, un deseo de venganza contra su agresor o la intención de obtener la indemnización correspondiente a la responsabilidad civil. Si la información que proporciona es cierta y así puede corroborarse por medio de otras pruebas o indicios, la declaración de estos sujetos operará como prueba de cargo sin importar los motivos que le llevaron a denunciar. Lo mismo ocurre respecto a quienes intervienen en el procedimiento como meros testigos y mantienen algún tipo de desencuentro con el acusado y desean su condena por motivos distintos al restablecimiento de la paz social. Este hecho con carácter general no impide que los tribunales valoren su declaración, lógicamente tomando en consideración estas circunstancias y poniéndola en relación con el resto de prueba practicada. El Estado mantiene el interés en las aportaciones de estos sujetos siempre que la colaboración sea eficaz, es decir, siempre que la información facilitada sea fiel a la realidad y, por tanto, facilite el esclarecimiento de los hechos

y la sanción de los responsables. Y, por la misma razón, el Estado no deja de estar interesado en saber si una empresa utiliza el soborno para conseguir nuevos contratos si quien está dispuesto a facilitar esa información es un empleado descontento con su superior que pretende así perjudicarle, y la CNMC tampoco pierde el interés en la existencia de un cártel si quien lo pone en su conocimiento es uno de sus participantes que espera no ser sancionado a cambio, como ocurre en los programas de clemencia. En definitiva, la Administración de Justicia o el regulador mantienen el interés en esa información aun cuando los motivos de quien la ofrece no sean los más nobles.

4. Conclusiones

La nueva tendencia legislativa en la lucha contra la criminalidad corporativa consiste en fomentar que los empleados o directivos de las empresas o administraciones públicas denuncien cuando tengan conocimiento o sospecha de que se están cometiendo infracciones en la organización. La habitual vía para lograr que estos sujetos se decidan a denunciar es el ofrecimiento de protección frente a represalias, pero nada impediría que se empleara también otro tipo de incentivos, como las recompensas económicas. Estas nuevas estrategias de política criminal tienen un fundamento eminentemente utilitarista, pues la razón de que se implementen no es otra que la necesidad de mejorar la detección de infracciones en el ámbito empresarial y en el sector público. El Estado, consciente de las limitaciones de sus propios medios, recurre a la colaboración de los ciudadanos para llevar a cabo esta tarea, que corresponde a priori a los agentes estatales. En un contexto como este, de colaboración público-privada, parece razonable que se superen las reticencias de premiar a quien denuncia, entendiendo que se trata de una contraprestación adecuada a la asistencia prestada por el ciudadano.

5. Bibliografía

Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program. 2019. Disponible online: *https://www.sec.gov/files/sec-2019-annual%20report-whistleblower%20program.pdf* (último acceso 14-02-2021).

APARICIO PÉREZ, A.: *La denuncia pública en materia tributaria. Génesis, evolución, perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BRODY, R. G./ COULTER, J. M./ SUMING, L.: "The Effect of National Culture on whistleblowing perceptions", *Teaching Business Ethics*, vol. 3, nº 4, 1999.

CERRILLO CRUZ, G.: "Aproximación al estatuto jurídico de los familiares de la Inquisición española", *Manuscrits. Revista d'història moderna*, nº 17, 1999

CHIU, R. K.: "Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control*", Journal of Business Ethics*, vol. 43, 2003.

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. IMPACT ASSESSMENT. Accompanying the document. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law.

FELDMAN, Y./ LOBEL, O.: "The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality", *Texas Law Review*, vol. 88, nº 6, May 2010.

GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J.: "Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil", ponencia impartida en el seminario de formación continuada *La prueba obtenida a través de la infiltración y la delación. El agente encubierto y el confidente*, organizado por la FGE y celebrado el 2 de junio de 2016. El texto de la ponencia se encuentra disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3n%20Garc%C3%ADa-Fustel%20Gonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BAs.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197 (último acceso 14-01-2022).

GARCÍA-MORENO, B. Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia. Tirant lo Blanch. 2020.

HELMER., J. B. Jr./ NEFF, R. C. Jr.: "War stories. A History of the Qui Tam provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and their application in the

United States ex rel. Gravittv. General Electric Co. Litigation", *Ohio Northern University Law Review*, vol. 18, nº 35, 1991.

IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2020. Annual Report to the Congress. Los informes correspondientes a todas las anualidades consultarse online: *https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports* (último acceso 14-02-2021).

Loi 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

ORTIZ PRADILLO, J. C.: "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, vol. 3, nº 1, 2017.

PITZER, D. D.: "The qui tam doctrine: a comparative analysis of its application in the United States and the British Commonwealth", *Texas International Law Journal*, vol. 7, nº 3, 1972

RADZINOWICZ, L.: *A History of English Criminal law and its Administration*, vol. 2, Macmillan Company, 1957

Reglamento (UE) n ° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 , sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE L 173/1 de 12 de junio de 2014.

Special Eurobarometer 470 - October 2017. “Corruption” Report.

SUTHERLAND, E. H.: *El delito de cuello blanco*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

Tribunal Supremo, Sentencia nº 35/2020, de 6 de febrero.

A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada à luz da teoria dialética unificadora[1]

Carla Ripoli Bedone[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A teoria dialética unificadora de Claus Roxin parte da premissa de que a pena deve produzir resultados político criminais acertados no sistema penal, mediante a definição de suas finalidades e limites. Ao analisar as teorias desenvolvidas, o autor entende que somente as preventivas podem explicar e delimitar as finalidades da pena, quando aplicadas em processos de incidência e preponderância variados nas etapas de realização do direito penal. A partir disso, estuda-se, primeiramente, à luz do funcionalismo teleológico racional, a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013. De forma a atingir fins político criminais, a colaboração premiada deve ser entendida enquanto híbrida, contemplando aspectos materiais e processuais. Neste contexto, é analisado se atende às finalidades e limitações da pena à luz da teoria dialética unificadora. A conclusão é a de que, além de não atender, a colaboração inverte a lógica da prevenção, bem como compromete as garantias do processo penal, sendo que, por tais motivos, ela não atende aos fins político-criminais, tanto da pena quanto do processo penal.

Palavras-chaves: Teorias da pena - bem jurídico – funcionalismo - colaboração premiada.

Abstract: Claus Roxin's unifying dialectical theory starts from the premise that the penalty must produce political-criminal results that are correct in the penal system, by defining its purposes and limits. When analyzing the theories developed, the author understands that only preventive ones can explain and delimit the purposes of the penalty, when applied in processes of varied incidence and preponderance in the stages of implementation of criminal law. From

[1] Trabalho originalmente apresentado no âmbito do 11º Curso de Direito Penal Econômico do IBCCRIM/IDPEE – Coimbra.

[2] Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo) e pós-graduada na modalidade *lato sensu* em Direito e Processo Penal pela mesma instituição. Especializada em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada.

this, it is studied, firstly, in the light of rational teleological functionalism, the legal nature of the plea-bargaining agreement provided for in Law nº 12.850/2013. In order to achieve political-criminal ends, the plea-bargaining must be understood as a hybrid, contemplating material and procedural aspects. In this context, it is analyzed whether it meets the purposes and limitations of the penalty in the light of the unifying dialectical theory. The conclusion is that, in addition to not serving, collaboration reverses the logic of prevention, as well as compromises the guarantees of the criminal process, and, for these reasons, it does not meet the criminal political ends, both of the sentence and of the criminal process.

Keywords: Theories of punishment - legal interest - functionalism – plea-bargaining system.

6. Introdução

Para projetar-se em um Estado democrático de Direito, o *jus puniendi* deve demonstrar com base em quais pressupostos autoriza-se a punição de um indivíduo. Referidos pressupostos consistem na demonstração, em um primeiro momento, das finalidades da punição, sendo que as teorias da pena cunhadas ao longo dos anos foram concebidas justamente no sentido de indicá-las.

O autor alemão Claus Roxin se propôs a estudar as finalidades da pena por meio das teorias mais conhecidamente desenvolvidas, a da i) retribuição (ou absoluta); e da ii) prevenção, geral e especial (ou relativas). Ao analisar as finalidades da pena entendidas por cada uma de tais teorias, o autor assinala sua primeira conclusão: a de que nenhuma delas resiste à crítica. Diante desse cenário, se dispõe a realizar a construção de sua própria teoria, a teoria dialética unificadora.

Conforme a própria nomenclatura indica, o pensamento de Roxin se distingue por reunir – "unificar" – as finalidades da pena aduzidas (somente) pelas teorias da prevenção, não as acumulando, contudo, de forma desordenada, como feito no passado; a proposta do autor consiste em demonstrar que a incidência de tais finalidades preventivas deve ocorrer em um processo de variação e preponderância diante dos estágios de realização do direito penal.

Para além de indicar quais seriam as finalidades preventivas a preencherem referidas etapas, o autor entende ser imprescindível à legitimação da pena também a demonstração dos limites do poder punitivo estatal, o que, em sua concepção, as outras teorias não foram capazes

de indicar até aquele momento. Em última instância, defende que somente por meio de tais limitações é que as finalidades preventivas irão produzir efeitos político criminais acertados no sistema jurídico penal, o que compreende ser também necessário à justificação da imposição da pena.

E não poderia ser diferente, considerando ser Roxin um dos propulsores do funcionalismo teleológico racional, corrente de pensamento cuja proposta é a compreensão de um sistema jurídico penal integrado em seus aspectos de direito material e processual, voltado a fins políticos criminais. A escolha do referido marco teórico reside justamente no fato de que não há como se falar em colaboração premiada sem perceber seus aspectos tanto punitivos quanto processuais. A proposta é entender referido instituto de maneira híbrida, que abrange ambos aspectos, direcionados, em última análise, à produção de efeitos políticos criminais adequados, assim como projeta-se o pensamento funcionalista roxinneano.

Até mesmo porque, se não concebida a natureza material da colaboração premiada, esvazia-se a análise da verificação das finalidades preventivas quando de sua aplicação. Por outro lado, a não aferição das garantias processuais no contexto da colaboração, as quais também importam à política criminal, e, de forma mediata, à concretização das finalidades preventivas, tornaria o estudo incompleto.

Assentando-se, portanto, a natureza mista da colaboração premiada, será estudado se seus os aspectos punitivos, tais como os benefícios penais concedidos ao colaborador, atendem aos resultados obtidos por Roxin na teoria dialética unificadora. Do mesmo modo, pretende-se responder se a atribuição negocial/processual do instituto observa as limitações processuais indicadas pelo autor quando da legitimação das finalidades preventivas da pena. Em última análise, realizada tal verificação, e por meio dela, irá se estudar se a colaboração premiada se volta à concretização de uma política criminal efetiva.

7. A teoria dialética unificadora formulada por Claus Roxin

O Estado Democrático de Direito deve garantir, por excelência, uma convivência livre e pacífica aos cidadãos, sendo que para cumprir tal missão deve se valer de mecanismos de intervenção estatal. Um desses mecanismos é o direito penal, cuja função é proteger bens

jurídicos penais constitucionais, que assim o faz por meio da pena ou da medida de segurança, aplicáveis aos indivíduos que os lesionarem[1].

Por isso afirma Claus Roxin que a proteção de bens jurídicos[2] deve ser deduzida das finalidades do direito penal[3], ou seja, se a finalidade do direito penal é garantir o convívio harmônico social, é lógico se pensar que sua função seja proteger aqueles bens jurídicos cuja violação desestabilizaria tal convívio.

O olhar para a finalidade das penas e, por consequência, do próprio direito penal, advém da lógica do sistema funcionalista. Os defensores deste movimento, do qual Roxin é adepto a uma de suas vertentes, indicam que a construção do sistema jurídico penal não deve se vincular a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas, sim, orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal[4].

O funcionalismo formulado por Roxin – funcionalismo teológico racional – propõe que os conceitos da estrutura do delito sejam submetidos à sua funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de alcançar consequências – leia-se, penas – justas e adequadas, de modo a desempenhar um papel acertado no sistema e atender a exigências político criminais[5].

Diante desse cenário, observa-se que o estudo da pena e suas finalidades assume relevada importância. Tal tarefa, contudo, não se vê com suficiente clareza, principalmente porque aprende-se e ensina-se "teorias da pena" transmitidas através dos séculos como se tais teorias constituíssem respostas acabadas a uma pergunta invariável[6].

Evitando-se, assim, transmitir o saber por mera repetição, conforme anuncia, Roxin formula a "teoria dialética unificadora", a qual se propõe a explicar os limites e momentos das

---

[1] Segundo Claus Roxin, tal noção é derivada historicamente da concepção de contrato social desenvolvida pela teoria do Estado do Iluminismo, segundo o qual os cidadãos transferem ao Estado um poder de punir somente na medida em que isso seja necessário para uma convivência pacífica, livre e respeitadora de seus direitos. ROXIN. Claus. **Novos estudos de direito penal.** Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. Organização: Alaor Leite. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

[2] Roxin aduz bens jurídicos como sendo "a vida, integridade física e sexual, a liberdade, a propriedade etc., mas também – como bens jurídicos da coletividade -, por ex., uma justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde." Ibidem, p. 46.

[3] ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 53.

[4] GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.**, [*s. l*], n. 3, p. 120-163, 2000, p. 132.

[5] GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** op. cit., p. 135.

[6] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 15.

finalidades da pena por meio da análise crítica das soluções pretéritas, que compreendem as i) teoria retributiva; ii) teoria da prevenção especial; e iii) teoria da prevenção geral[7].

Sua primeira conclusão é pela inaplicabilidade da teoria retributiva, pois remeteria tão somente à ideia taliônica de vingança do "olho por olho, dente por dente", estando desvinculada de qualquer efeito social[8], não se submetendo à nenhuma funcionalização, o que é inconcebível do ponto de vista funcionalista. Já as teorias preventivas, diferentemente da teoria retributiva, buscam uma finalidade para a pena que deixa de ser um fim em si mesma e passa a ter um caráter instrumental[9].

A prevenção especial "negativa"[10] trata-se de um processo de neutralização do condenado porque a pena impede que os indivíduos considerados como perigosos pratiquem crimes fora do limite da prisão; já a prevenção especial "positiva" se dirige à ideia de correção ou ressocialização. Ambas as concepções são alvo de recorrentes críticas, a primeira por possuir efeitos nocivos ao apenado[11] e a segunda por ser ineficaz, tendo em vista que o Estado não tem o direito de melhorar as pessoas segundo critérios morais próprios[12].

Roxin aponta que a ideia de um direito penal preventivo de segurança e correção seduz pela sua sobriedade e por uma característica de tendência construtiva e social[13], contudo, a prevenção especial manteria o condenado encarcerado até que estivesse ressocializado, levando à uma pena de tempo indeterminado[14], e, portanto, à ausência de delimitação temporal do poder estatal[15].

---

[7] Ibidem, p. 16.

[8] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, 2. ed. et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 81.

[9] HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 22-23.

[10] Pontue-se que Roxin não faz o uso dos termos "positivo" e "negativo" para explicar as finalidades da pena, contudo, a título de compreensão e diante do recorrente uso doutrinário, tais expressões serão utilizadas no presente trabalho.

[11] "Em la ciência social está hoy demonstrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado [...]. Se sabe que la prisión compartelas características de las instituciones totales o de secuestro y la literatura coincide em suefecto deteriorante, irreversible em prazos largos. [...]. No se sostine la pretensión de mejorar mediante un poder que hace assumir roles conflictivos y que fijalos mismos a través de una instituición deteriorante, em la que durante tempo prolongado toda suprobación es entrenada recíprocamentre nel continuo reclamo de esos roles." ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 60.

[12] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 426-427.

[13] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 20.

[14] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op. cit., p. 88.

[15] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 21.

Uma segunda crítica do autor quanto à teoria preventiva especial reside na carência de sua legitimação ante a ideia de adaptação social coativa mediante a pena, ou seja, a ausência de algo que justifique a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos seus modos de vida[16].

A terceira resposta tradicional formulada para justificar a imposição da pena se perfaz na teoria prevenção geral, em que a finalidade da punição não se dirige ao indivíduo que cometeu o delito, consistindo, na verdade, nos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas[17]. Nas palavras de Hireche, "a existência da norma penal infundiria nas pessoas um temor que, em sendo violados os preceitos legislativos, sobre elas recairia uma pena e este amedrontamento as impediria de cometer ilícitos"[18], finalidade essa de prevenção geral "negativa".

O aspecto "positivo" da prevenção geral seria justamente a busca pela conservação e pelo reforço da confiança da população na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico[19]. Ainda no âmbito da prevenção geral positiva, tem-se o efeito de "pacificação" da pena, em que a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, sobre a violação da lei, considerando resolvido o conflito com o autor do delito[20].

Passando à análise crítica, Roxin aduz, primeiramente, que permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar; além disso, a prevenção geral tende a um terror estatal, pois, quem pretende intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito[21]. Ainda, nota-se a ausência de comprovação do efeito da prevenção geral, pois nem todas as pessoas se deixam influenciar pela ameaça da pena; nem mesmo as penas mais cruéis atingiram tal efeito, em verdade, cada crime constitui, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral[22]. A terceira objeção do autor reside no fato de que, nos moldes da prevenção geral, um indivíduo seria punido, não em consideração a ele próprio, mas em consideração aos outros[23].

---

[16] Ibidem, p. 22.
[17] Ibidem, p. 23.
[18] HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**., op. cit., p. 34.
[19] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. op. cit., p. 91.
[20] Ibidem., p. 92.
[21] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, op. cit, p. 23-24.
[22] Ibidem, p. 24.
[23] Ibidem, p. 24.

Roxin, portanto, reconhece que nenhuma das teorias está imune a falhas. Um cenário de ecletismo, combinando as três versões entre si, seria uma "solução" da qual o autor discorda fortemente[24]. A tentativa de sanar os defeitos simplesmente justapondo as três teorias tende a fracassar, pois aumenta-se o âmbito de aplicação da pena, o que, além de indicar para uma desorientação teórica, não se coaduna com Estado de Direito[25].

Ante esse cenário, o autor passa a explicar a sua proposta, cuja premissa é de que cada uma das teorias preventivas dirige sua visão para determinados aspectos do direito penal, o que denomina de "três etapas de eficácia do direito penal", a i) cominação; ii) aplicação/graduação e iii) execução, sendo que as três necessitam de uma justificação própria, em que cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da precedente[26].

Iniciando pelo estágio da cominação, aduz que a justificação para o Estado proibir sob a ameaça da pena determinadas condutas é a proteção de bens jurídicos, sendo função do direito penal assegurar esses por meio daquela[27].

Uma das consequências que denota de tal concepção é a subsidiariedade do direito penal quando da proteção dos bens jurídicos enquanto limitação ao poder punitivo estatal[28]. Tal proteção deve ser subsidiária, tendo em vista que o direito penal, por ser uma das formas mais duras das intromissões estatais, deve intervir apenas quando outros meios, menos agressivos de solucionar o problema, falharem[29].

A segunda consequência é a compreensão de que o legislador não possui competência para castigar condutas não lesivas de bens jurídicos ante a sua imoralidade, pois a moral não é nenhum bem jurídico, não sendo, portanto, tarefa do direito penal evitar condutas meramente imorais ou tutelar moralmente o particular[30].

Partindo de que as cominações penais se justificam e se limitam ante tais consequências, o autor conclui que a finalidade do estágio da cominação é o da prevenção geral, tendo em vista

[24] Ibidem, p. 26.
[25] Ibidem, p. 26 e p. 44.
[26] Ibidem, p. 26 e p. 32.
[27] Ibidem, p. 27-28.
[28] Ibidem, op. cit., p. 29.
[29] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op., cit. p. 65. Além disso, há a necessidade pelo Estado de assegurar por meio do direito penal o cumprimento de algumas obrigações de assistência social, o que o autor denomina de "prestação social" do Estado. ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 27-28.
[30] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 30.

que as disposições penais precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial[31].

Passando à fase da aplicação/graduação, tem-se novamente a ideia de prevenção geral, pois, segundo o autor "a primeira coisa que a condenação em si mesma torna efetiva é uma dura restrição de liberdade do delinquente, restrição essa que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros não a ele"[32].

A sentença também possui uma finalidade de prevenção especial ao considerar-se seus efeitos em face de uma possível reincidência e de inocuização do infrator; contudo, o momento de aplicação da pena deve ser entendido, segundo Roxin, com "a simplicidade e a sobriedade de que o fim desta [da punição] é a salvaguarda da ordem da comunidade, para poder então perguntar se se justifica aplicar uma pena a um indivíduo para conseguir esse objetivo"[33].

Portanto, a prevenção especial da pena, na etapa de aplicação, somente se justifica após reconhecido seu fim de prevenção geral, devendo aquela estar subordinada a essa para intervir, determinando-se a medida da pena nos limites definidos pela prevenção geral[34]. Para os adeptos da prevenção especial a principal finalidade da pena é inibir os efeitos de quando o crime já ocorreu, tal qual a reincidência; para os defensores da prevenção geral o controle social se dá em momento anterior, pois o fim que se visa impedir é que as pessoas ingressem, pela primeira vez, no campo da ilicitude[35].

O próprio Roxin, ao abordar tal raciocínio, se questiona quanto à legitimidade de utilizar o particular no interesse da coletividade[36]. A solução por ele dada consiste no entendimento de que a convivência pacífica e harmônica da sociedade é tarefa comum entre Estado e cidadão, ou seja, da mesma forma que compete àquele assegurar bens jurídicos aos membros da sociedade, esses também devem fazer de tudo o que seja necessário para que se cumpra tal dever[37]. Portanto, se justifica a aplicação da pena a medida em que o infrator está em desconformidade com um ordenamento que está a seu próprio serviço e da comunidade[38].

---

[31] Ibidem, p. 31.
[32] Ibidem, p. 34.
[33] Ibidem, p. 34.
[34] RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, op. cit., p. 180.
[35] HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**., op. cit., p. 31.
[36] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 34.
[37] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit, p. 34.
[38] Ibidem, p. 37.

Se, por um lado, o Estado pode punir sob tal justificativa, por outro, devem haver limitações ao *jus puniendi* estatal, no sentido de se proibir que ilegalidades sejam cometidas no curso do processo penal e no momento de aplicação da pena. Uma das limitações é o que o autor denomina de "medida de culpa", ou de "culpabilidade"[39].

Apesar da renúncia à teoria retributiva, Roxin entende que a culpabilidade é um elemento decisivo de tal concepção que deve passar a formar também as teorias preventivas; propõe o autor, assim, que se deve reconhecer o princípio da culpabilidade como um meio de limitação da pena, ao invés de reconhecê-lo como um elemento fundamentador da punição, como feito na teoria retributiva[40].

Pondera que o particular deve ser punido na medida de sua culpabilidade, ou seja, somente por aquele delito que efetivamente praticou, nunca a mais. Ultrapassada a culpa individual, estar-se-ia, de fato, pretendendo-se que o infrator expie as tendências criminosas alheias, o que atenta contra a dignidade humana[41]. Em contrapartida, afirma que é possível que se aplique uma pena inferior à culpa, sendo inclusivamente necessário, segundo o princípio da solidariedade, se, no caso concreto, se restaurar a paz jurídica com sanções menos graves[42], desde que preenchidos os fins de prevenção geral e especial[43].

Afirma o autor que a pena pode ser inclusive renunciada quando for preventivamente desnecessária[44], de forma a atender à tarefa político criminal de responder à pergunta sobre se o autor deve ser punido no caso concreto[45].

Cite-se o perdão judicial, que pode ser aplicado aos casos de homicídio culposo, "em que o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária"[46]. O legislador escora-se, ante critérios de política-criminal, na ideia de carência de sentido da aplicação da pena em tal

---

[39] Ibidem, p. 37.
[40] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op. cit., p. 99.
[41] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 39.
[42] Ibidem, p. 39.
[43] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op. cit., p. 101.
[44] ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 12, n. 46, jan./fev, p. 46-72, 2004, p. 66.
[45] ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 112, p. 33-40, 2015, p. 38.
[46] Artigo 121, §5º do Código Penal. BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

situação, da qual cita-se o conhecido exemplo daquele que culposamente causa a morte do próprio filho[47].

Assim, não tendo agido o agente por impulsos criminais; não havendo o risco de repetição do fato em condições normais; e, a generalidade das pessoas manifestando compreensão face à uma renúncia da pena em tal caso, a punição torna-se preventivamente desnecessária no caso concreto[48]; se fosse aplicada, assim o seria de forma meramente retributiva.

Outra limitação à prevenção geral exposta por Roxin é a observância às garantias processuais do acusado[49]. Durante o processo penal o réu não pode ser submetido a nenhum tratamento que o prive da livre determinação de suas declarações, tais como detector de mentiras, hipnose, torturas e ameaças, sendo tais mecanismos inadmissíveis para obter confissões, já que as reações provocadas através de tais meios não são manifestações livres de sua personalidade[50].

Por fim, apresenta-se o terceiro estágio de realização do direito penal, a execução. Nessa etapa, a pena continuaria com o propósito de prevenção geral, porém voltada à ressocialização do infrator (prevenção especial)[51]. Tal ressocialização somente é legítima, todavia, quando seus meios não interferem na estrutura da personalidade do agente, mesmo que possua eficácia ressocializante[52].

A finalidade da pena na etapa da execução é restabelecer no agente o respeito externo pelas normas, tornando-o capaz de corresponder, no futuro, às expectativas nelas contidas, facultando-lhe para isso os meios necessários e adequados; todavia, é internamente inacessível, e até mesmo inadequado, querer que o indivíduo assuma valores morais e sociais[53].

Considerando a fundamentação ora exposta, será analisado se a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 cumpre com as finalidades e limites da pena nos termos da teoria

[47] SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 612.
[48] ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 39.
[49] HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**., op. cit., p. 78.
[50] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 35.
[51] HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**., op. cit., p. 82.
[52] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 41.
[53] RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 2000, p. 121.

de Roxin, bem como com as finalidades do processo penal, as quais também se destinam ao estabelecimento da paz jurídica e da realização da justiça[54].

8. A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013

A colaboração premiada é definida pela Lei nº 12.850/2013 como "meio de obtenção de prova" e "negócio jurídico processual" (artigo 3º-A[55]), em afinidade à concepção reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, ocorrido em 25/08/2015[56].

Em uma primeira análise, denota-se que a colaboração premiada é insculpida como um instituto meramente processual. Apesar do veredito jurisprudencial e legislativo nesse sentido, parte da doutrina se propõe a analisar sua natureza jurídica sob três vertentes, quais sejam, i) predominantemente penal; ii) mista, material e processual; ou, ainda, iii) processual, com efeitos materiais.

Quanto ao i), tem-se a posição de Víctor Gabriel Rodríguez, cujo entendimento é de que "a natureza da norma que introduz a delação premiada não é a de uma lei processual, adjetiva, sobre modo de obtenção de prova. É de lei de conteúdo material, que interfere em pena e punibilidade [...]"[57].

O entendimento ii) parte da premissa que a colaboração premiada tem por objeto convenções tanto de natureza processual quanto material. Adepto a tal concepção tem-se Andrey Borges de Mendonça, que entende que os dois conteúdos (processual e penal), estão presentes, "pois o colaborador se compromete a não exercer determinadas garantias (como a

---

[54] ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 14.

[55] "Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos." BRASIL, **Lei nº 12.850/2013**, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

[56] "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483/PR.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2015.

[57] RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada:** limites éticos ao Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 194.

garantia contra a autoincriminação, o direito a recorrer, o direito ao contraditório etc.), para receber benefícios penais acordados com a acusação"[58].

Felipe De-Lorenzi afirma, nesse sentido, que a colaboração premiada trata-se de um instituto surgido ante a busca pela efetividade e eficiência na "descoberta" e "punição" de crimes cuja produção de prova é de alta complexidade, ou seja, de um lado, tem-se a colaboração premiada como meio de obtenção de prova na descoberta de crimes, o que denota um caráter processual, e, de outro, como causa material de diminuição ou extinção da punição a ser aplicada pelo juiz na sentença, que atina ao direito material[59].

Gustavo Badaró reconhece a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, isto é, instituto de natureza processual, porém com efeitos de ordem material, já que tais efeitos recaem diretamente sobre a pena do colaborador, sendo eles: i) a extinção da punibilidade pelo perdão judicial; ii) a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3; e iii) a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos[60] (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013).

Um último posicionamento, a par dos três ora expostos, não se limita à uma dicotomia material/processual. Busca entender, acima de tudo, a colaboração premiada ante uma perspectiva complementar entre as duas matérias, destinada à uma maior eficiência no cumprimento das funções político criminais[61].

Tal entendimento, delineado por Fernando Andrade Fernandes e Murilo Thomas Aires, juntamente à concepção da colaboração em seu caráter misto/híbrido (entendimento "ii" ora exposto), é o que mais se adequa à lógica funcionalista insculpida na teoria adotada como premissa neste trabalho.

Roxin afirma que ambos, direito penal e processual, ante os aspectos condutores da política criminal, devem se relacionar de uma forma complementar, pois, na prática, uma ordem jurídico penal somente funciona quando há um procedimento que assim permite, e, de forma

---

[58] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**: entre a legalidade e a autonomia da vontade, op. cit., p. 54-55.

[59] DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, n. 27, p. 293-337, maio 2019, p. 294-297.

[60] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 461.

[61] AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr., 2017, p. 262.

inversa, uma relação processual satisfatória não é possível quando não está voltada para a realização do direito material[62].

Uma reserva de espaço para consideração de prognósticos de valores político criminais na atuação concreta do processo penal é necessária, pois evita que esse assuma um automatismo e leve em conta somente critérios limitados aos elementos constitutivos da infração[63]. Da mesma forma, um programa político-criminal, fundado no mandamento da necessidade de tutela de bens jurídicos e da reintegração do agente na sociedade, reclama que o processo penal se desenrole de forma célere, bem como que seja dado relevo adequado à determinação da sanção[64].

Tendo-se em vista tais premissas, é possível, então, ultrapassar o limite meramente negocial/processual ditados pela lei e jurisprudência, permitindo se olhar para, além de tal característica, os aspectos de punibilidade e político criminais da colaboração premiada. É o que se fará a partir deste momento.

Reconhecendo-se, então, a colaboração como um "negócio jurídico", o STF no julgado mencionado sistematizou os requisitos para realização do acordo, quais sejam, a existência, validade e eficácia[65], requisitos esses transportados do direito civil.

É importante apresentar, de antemão, as recorrentes críticas aduzidas com relação ao caráter negocial atribuído ao acordo de colaboração premiada. A primeira exara-se do fato de que o poder de pressão que a acusação dispõe pode destruir o equilíbrio e igualdade que deveria haver entre as partes em um acordo, pois é capaz de submeter, por completo, a defesa pessoal[66]. Assim, "a suposta voluntariedade do acusado para aceitar o acordo é falaciosa, pois o funcionamento do instituto se dá por ameaças e coerções, que inviabilizam qualquer escolha livre da defesa"[67].

Neste cenário, não é inimaginável pensar que, na esperança de receber concessões por parte dos órgãos de persecução do Estado, o que conduziria a uma pena mais branda, reside o

---

[62] ROXIN. Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000, p. 06.

[63] AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, op. cit., p. 260.

[64] ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**, op. cit., p. 12.

[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR., op. cit.

[66] WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, [*s. l*], v. 18, n. 3, p. 213-231, dez. 2016, p. 226.

[67] VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2018, p. 40.

perigo de o colaborador revelar conhecimentos de atos culpáveis de terceiros mesmo que tais declarações não correspondam à verdade, havendo a possibilidade de darem causa a eventuais erros judiciários[68].

O fato de a concessão do benefício penal estar condicionada à "eficácia" da colaboração fragiliza a posição do colaborador que estará praticamente de joelhos ante a autoridade; dessa maneira, as exigências que poderão ser colocadas são um incentivo para que esse tente estabelecer uma responsabilização bem mais ampla dos demais suspeitos[69].

Segundamente, a qualificação como negócio jurídico esvai a natureza pública das normas do direito penal, remetendo aos ideários do direito privado de que as convenções do acordo podem ser incluídas e afastadas a qualquer momento pelas simples vontades das partes; tanto é fato que, em acordos de colaboração premiada realizados na "Operação Lava Jato" houve a fixação de benefícios diversos daqueles previstos no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, como por exemplo a substituição da prisão cautelar pela domiciliar somada ao uso de tornozeleira eletrônica e a fixação do tempo máximo de duração de pena privativa de liberdade no máximo de dois anos, independentemente da quantidade de pena fixada na sentença[70], sendo a redução muito inferior à fração máxima de 2/3 prevista pela legislação.

Haja vista que é questão de ordem concreta observada na aplicação da colaboração premiada no Brasil, questiona-se se a concessão de benefícios não determinados em lei atenderia às exigências preventivas da punição abordadas. A resposta é negativa, tanto para prevenção geral quanto para prevenção especial, em todos os estágios de realização do direito penal.

Com relação à prevenção geral positiva, se a pena prevista no tipo penal incriminador é ignorada pela concessão de um benefício que sequer é aplicável ao referido tipo, tem-se que o sistema jurídico penal não respeita uma cominação entabulada por ele mesmo, em auto descrédito, já que a reduz fora dos parâmetros legais. Assim, um sistema que desprestigia a si próprio, descartando suas próprias regras, não contribui para que a comunidade jurídica o respeite e confie nas penas por ele cominadas.

---

[68] PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 30-51, mar./abr. 2017. Tradução: Luís Henrique Machado, p. 34.

[69] WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, op. cit., p. 222.

[70] DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 316.

É de se notar que aqui há, em verdade, um problema preliminar à verificação das finalidades preventivas da pena, que é a inobservância do princípio da legalidade, o que deslegitima *ab initio* qualquer tipo de punição.

Um de seus fundamentos deriva da prevenção geral positiva. A cominação e imposição de penas contribui para estabilizar a fidelidade ao direito, de modo a construir uma predisposição nos cidadãos de comportar-se conforme as normas, o que só é possível com uma clara fixação da conduta punível e sua consequente punição[71].

Nesse sentido, leis penais e penas indeterminadas não implantam qualquer eficácia preventiva geral, pois o indivíduo não pode reconhecer o que se quer proibir e como[72]. Assim, o desrespeito ao princípio da legalidade, em razão da concessão de benefícios penais inexistentes na legislação, inviabiliza, de antemão, a realização da prevenção geral positiva.

Poder-se-ia argumentar que a concessão de benefícios não previstos na legislação, ainda que favoráveis ao réu, se justificaria ante a analogia *in bonam partem*[73], porém, tal não é o caso. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, ou seja, não se trata de meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico; não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer, e sim a ausência de lei que discipline especificamente essa situação[74].

Cite-se o exemplo em que o colaborador teve, diante da colaboração que prestou, a aplicação de uma pena cuja redução ultrapassou o limite fracionário previsto legalmente. Nesse caso, não se deve falar em uma lacuna legislativa; há, de forma expressa na lei, a previsão da concessão de um benefício cujo patamar máximo de redução da pena é de 2/3, prevista no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013.

As normas de direito penal têm como função proteger bens jurídicos em *ultima ratio*, no sentido de preservar a paz jurídica e social da comunidade. São, portanto, de natureza pública[75], razão pela qual, se afastadas pela simples vontade das partes, irá se criar um cenário

---

[71] ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op., cit. p. 146.
[72] Ibidem, p. 169.
[73] DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 316.
[74] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 445.
[75] DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 318.

de insegurança jurídica, o qual é incompatível com o que propõe a prevenção geral positiva, que é justamente de introduzir na comunidade o sentimento de confiança com relação ao funcionamento do sistema jurídico penal.

Nesse caso, os estágios de realização do direito penal se sobrepõem, de modo que a etapa seguinte não se condiciona aos princípios da precedente. A aplicação/graduação da pena atua de forma independente e isolada de seu estágio anterior, qual seja, a cominação, como se tal não existisse, ignorando, portanto, por completo, seus fins de prevenção geral, que é o que aquela etapa se destina de forma imediata.

De todo modo, ainda que se entenda pela analogia *in bonam partem* e se ignore os preceitos da legalidade, é certo que, consoante preceitua a teoria dialética unificadora, a renúncia à pena ou sua redução aquém da medida de culpa são bem vindas desde que cumpram com as necessidades preventivas da punição, o que no caso, consoante delineado, não se observa, ao menos do aspecto preventivo geral.

Roxin aduz que a prevenção geral deve ser limitada na medida de culpabilidade do agente, devendo a pena ser na medida exata do delito efetivamente praticado, nunca a mais, sendo possível admitir, por outro lado, uma pena cuja quantia seja abaixo da medida de culpabilidade, se a tal não se opõe às finalidades preventivas.

Assim, em não se restaurando a tranquilidade na consciência jurídica geral com a imposição de pena inferior a medida da culpabilidade, referida aplicação não atenderia à prevenção geral positiva, em que um dos efeitos é, justamente, em virtude da sanção sobre a violação da lei, resolver o conflito com o autor do delito para gerar aludido efeito pacificador na comunidade.

Tal se comprova pelo exato exemplo disposto por Roxin "Se a comunidade jurídica ignorasse um roubo [...], qualquer futuro ladrão [...] poderia alegar a seu favor que também ele poderia cometer, pelo menos uma vez, um facto desse tipo sem castigo"[76]. No presente caso, a concessão de benefícios atípicos seria a forma da comunidade jurídica "ignorar" o crime, não comportando tal prática, portanto, o fim de prevenção geral positiva, permitindo demais colaboradores invocar também em suas respectivas colaborações a concessão de um benefício não previsto legalmente.

[76] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**., op. cit., p. 33.

Da mesma maneira, a prevenção geral negativa se esvai, pois é questionável se os cidadãos irão se sentir intimidados com relação à uma punição que é intencionalmente desconsiderada pelas autoridades. Neste cenário, as exigências político criminais que se projetam no processo penal também não se concretizam, considerando que o efeito pacificador, atinente à prevenção geral positiva, também é um dos objetivos do processo penal[77].

Outro benefício não previsto em lei cuja aplicação se operou concretamente no Brasil nos acordos de colaboração premiada foi o início do regime inicial semiaberto ou aberto independentemente da quantidade de pena fixada na sentença[78]. Se inserindo na fase de execução da pena, tem-se que a não reclusão do agente cuja quantidade de pena deveria se operar de tal forma não cumpre com finalidade da prevenção especial negativa.

De outro ponto, deve-se observar se a concessão dos benefícios devidamente previstos na legislação, tais como a redução da pena em até 2/3 e o perdão judicial, atenderiam com as finalidades de prevenção. A conclusão, em um primeiro momento, indica ser pela verificação da finalidade preventiva, ao menos geral positiva, quando da concessão de benefícios penais ao réu colaborador.

Se considerar-se que colaboração premiada auxilia na identificação e comprovação de crimes, a sensação de impunidade que poderia recair sobre as infrações que sem ela não seriam descobertas é evitada, o que cumpre com a finalidade geral positiva, que é justamente incutir a sensação de seriedade do sistema penal aos cidadãos[79]. Nesse sentido, "ninguém questiona, nos países em que a legislação antiterror adotou a delação premiada, sua eficácia na redução de ações terroristas"[80].

Assim, o instituto cumpre com a finalidades preventiva geral se considerar que rompe com o espiral do silêncio que sempre caracterizou os grupos coesos à margem do Estado[81]. Porém, tais argumentos indicam que, na verdade, não é a punição dos autores dos delitos que se faz eficaz por meio da colaboração premiada, e sim sua persecução[82].

---

[77] ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**, op. cit., p. 14.

[78] DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 310.

[79] Ibidem, p. 316.

[80] FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribuinais, 2007, p. 336 apud WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, op. cit., p. 226.

[81] RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada:** limites éticos ao Estado., op. cit., p. 176.

[82] "O Estado pode abrir mão da pena, em nome de persecução mais eficaz?" Ibidem, p. 32.

Victor Gabriel Rodríguez aduz que, apesar de nos países como o Brasil, em que jamais se haviam visto grandes empresários ou políticos no cárcere, tal fato denuncia um problema que é o Estado totalitário, no qual a eficácia nesse caso é do instrumento de perseguir[83]. Nesse cenário, é certo que a colaboração premiada não ultrapassa o limite do *jus puniendi* estatal delineado pela culpabilidade, já que os benefícios reduzem ou isentam de pena do colaborador; o que pode configurar, na verdade, um abuso estatal na colaboração premiada não é necessariamente a determinação da pena, e sim a utilização de ameaças ou de prisão processual como meio de coação a colaboração[84].

Além da culpabilidade, uma das limitações à prevenção geral preconizada por Roxin é o conjunto de garantias processuais que faz jus o acusado. A utilização da ameaça de prisão processual pelas autoridades não constitui uma transgressão à medida da culpabilidade, mas, mesmo assim, viola as limitações da prevenção geral, e, ainda, da especial, quando tenta atingir, na etapa de execução, o âmbito interno do agente.

O fato de se intentar extrair informações do acusado sob a ameaça da prisão processual ou da prisão penal, haja vista o argumento coercitivo de que se não colaborar receberá uma elevada pena punida com reclusão, não cumpre com a prevenção especial, pois extrai do colaborador um arrependimento forçoso a título de diminuição ou isenção da punição, arrependimento esse que não se pode objetivar internamente.

Mas, a inobservância de tal finalidade se sucede ainda em caráter imediato, isto é, nas próprias manifestações externas do agente, as quais são obtidas por meio de constrangimento, o que, além de ser inadmissível em termos de prevenção especial, também compromete o ideário de voluntariedade da colaboração.

Ainda há outras objeções quanto à concepção da colaboração premiada como meio eficaz à investigação dos crimes perpetrados em uma organização criminosa. Isso porque a dependência pelo Estado da colaboração premiada para quebrar impenetráveis círculos delitivos de alta complexidade revelaria, ao inverso, uma ineficiência procedimental[85].

---

[83] RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada:** limites éticos ao Estado., op. cit., p. 32.

[84] DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 312.

[85] A colaboração premiada "apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do Estado". LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o devido processo legal substantivo**. 2014. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

Dessa forma, não há que se falar em cumprimento da finalidade preventiva especial e geral ante o argumento de que a colaboração seria eficaz na descoberta de delitos, pois tal "efetividade" é custosa ao acusado e à credibilidade do Estado.

No que tange essencialmente à concessão de benefícios previstos em lei ao colaborador, no âmbito da prevenção geral, aduz Miguel Wedy que a colaboração premiada sinaliza para os cidadãos que a gravidade do delito pode ser minorada em virtude de "acordos com as autoridades"[86], em violação à prevenção geral negativa.

Isso porque a barganha dos órgãos de persecução estatal com o agente criminoso pode vir a ser considerada como sendo algo indigno de um Estado de Direito, cuja principiologia constitucional consagrada é pela aplicação de penas justas e adequadas, as quais, quando comercializadas, assim não se impõem[87].

Nesses termos, a colaboração premiada pode gerar a real possibilidade de não alcance de justas medidas de punição aos acusados integrantes da organização criminosa, de modo que o fundamento referente à coercitividade da norma penal restaria afetado[88].

A pena fixada muito abaixo da medida de culpa do colaborador, cuja aplicação não atenda com as finalidades preventivas, não cumpre com os fins do direito penal, voltado à pacificação social, e, assim, com o que se propõe o Estado de Direito.

Por isso, resta prejudicada a verificação da prevenção geral positiva no acordo de colaboração premiada também porque a própria sistemática do instituto corrompe, não apenas com a finalidade preventiva da norma em si, mas sim, e em decorrência da aludida corrupção, com as finalidades do próprio Estado.

Mais do que não cumprir com as finalidades de prevenção geral, a colaboração premiada inverte referida lógica preventiva, tendo em vista a possibilidade de oferecimento de benefícios a um acusado em oposição aos demais, o que pode ocasionar a imposição de sanções distintas para pessoas que cometerem o mesmo delito, em evidente violação ao princípio da culpabilidade[89].

Isso porque a concessão de benefícios penais é atribuída em contraparte às informações prestadas pelo colaborador auxiliadoras da investigação criminal, conforme a eficácia da

[86] WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, op. cit., p. 227.
[87] PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, op. cit., p. 32-33.
[88] Ibidem, p. 32-33.
[89] VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**., op. cit., p. 37.

colaboração, ou seja, quanto mais informações o colaborador prestar, mais benefícios terá, fazendo com que a pena seja atribuída, não em razão de sua culpabilidade, mas sim em razão das informações que traz ao processo.

O Estado persecutor não está disposto a barganhar com qualquer um, pois tem poder de fala e de negociação com o ente público somente o particular que detém provas e, principalmente, as informações que a elas concedem sentido; e, em uma organização, a posse das informações é o que dá a condição de líder[90].

Assim, supondo que o colaborador que mais possui informações é aquele inserido no topo da estrutura criminosa, motivo pelo qual teria um alto potencial de informar acerca de provas mais relevantes, a colaboração premiada estaria invertendo a lógica da prevenção geral, a medida que estar-se-ia apenando com menos gravidade o indivíduo que mais esteve envolvido na prática de crimes no contexto da organização.

Robert Pest afirma, por exemplo, que o "Regulamento de Colaboração" na Alemanha, abriria margem para que somente aqueles que estivessem envolvidos no âmbito de uma estrutura criminosa impenetrável, acusados de crimes mais graves, fizessem uso das vantagens de tal regulamentação, de forma que os demais infratores que não fizessem parte dessa estrutura e que viessem a cometer um delito pela primeira vez sofreriam todo rigor da lei penal, pois não gozariam dos mesmos benefícios[91].

O fato de ser esse sujeito comandante quem tem o produto que o autoriza barganhar com o Estado, o que lhe propicia o perdão, revela uma democracia muito oligárquica, pois somente quem tem poder de barganha pode aceder à rediscussão dos efeitos da lei penal para seu próprio delito[92].

Com relação aos líderes de estruturas criminosas, no sentido de evitar-se que se inverta por completo a lógica preventiva da punição, o Estado não deve aceitar a colaboração premiada daquele que comanda a organização, não apenas porque é eticamente mais criticável, mas porque o propósito utilitarista da colaboração se corrói, já que seu objetivo deveria ser alcançar provas contra o líder, e não de absolvê-lo à custa do castigo daqueles a quem o próprio líder motivara o delito[93].

[90] RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada:** limites éticos ao Estado., op. cit., p. 127.
[91] PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, op. cit., p. 33.
[92] RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada:** limites éticos ao Estado., op. cit., p. 127.
[93] Ibidem, p. 200-201.

Pontue-se que a Lei nº 12.850/2013 confere a possibilidade de não se ver denunciado pelo Ministério Público somente o colaborador que não for o líder da organização criminosa, ante as demais condições previstas no §4º do artigo 4ª do referido diploma legal[94], porém, os demais benefícios, tais como o perdão judicial e a redução da pena, podem ser aplicados àqueles que forem os sujeitos comandantes.

Por fim, também para fins de prevenção especial, questiona-se como tal fato irá repercutir na respeitabilidade externa do agente infrator que não colaborou, ou que não prestou uma colaboração tão efetiva, perante a norma penal, já que ele, que não era o líder da estrutura criminosa, teve uma punição mais severa do que aquele que o era e efetivamente praticou mais crimes. É improvável que a aludida respeitabilidade seja conferida, pois é ilógico desejar que o agente que praticou menos delitos respeite e compreenda um sistema jurídico que é mais rigoroso com ele do que com o líder da organização criminosa.

9. Conclusão

O direito penal é o mecanismo estatal mais invasivo na vida do indivíduo, tendo em vista que pode privá-lo de sua liberdade. Dessa forma, sua incidência deve estar devidamente legitimada perante o Estado democrático de Direito, o que assim se faz somente precisando as finalidades e limites da punição.

As finalidades preventivas, geral e especial, na concepção dada por Roxin, não se excluem, porém não devem se acumular, pois tal movimento aumenta o âmbito da punição, indo em contramão ao que se busca à legitimação da pena: suas limitações. Essas advêm i) da funcionalização do bem jurídico penal, que revela o princípio da subsidiariedade; ii) da percepção da medida de culpabilidade do agente transgressor; e iii) das garantias a serem asseguradas ao acusado no curso do processo penal.

Propõe o autor, diante disso, que somente a atenção às finalidades de prevenção conforme o estágio de realização do direito penal e às suas delimitações é que se pode verificar a concretização de efeitos político criminais acertados por meio do direito e processo penal, integrados e voltados a tal fim.

[94] "Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo." (grifos originais). BRASIL, **Lei nº 12.850/2013**, de 02 de agosto de 2013, op. cit.

Tomando por base tais premissas, no que concerne ao acordo de colaboração premiada, i) a concessão de benefícios penais não previstos na legislação comprometem o fim da prevenção geral, pois se nem o próprio sistema jurídico penal respeita uma a pena prevista pelo próprio mediante tal concessão, quiçá a sociedade na qual tal norma penal projeta-se, o que não se coaduna, ainda, com o princípio da legalidade, cujo fundamento é, entre outros, a própria prevenção geral positiva; ii) tal prática também não atinge o fim de prevenção geral negativa, pois um cidadão não irá se sentir intimidado com relação por uma pena que pode ser intencionalmente descartada pelo Estado; iii) ainda que se admita a concessão benefícios atípicos ante o argumento de que é possível a determinação da pena aquém da culpabilidade do agente, ou sua renúncia, é necessário verificar se tal aplicação atinge as finalidades de prevenção geral; nesse caso, também não se verifica o cumprimento do aludido fim, tendo em vista que pode gerar na sociedade uma sensação de impunidade com relação a determinados infratores, não atendendo ao fim de tranquilizar a consciência das pessoas de que o conflito com o autor do delito estaria resolvido; iv) a conclusão no que concerne à concessão de benefícios penais previstos em lei também é pelo não cumprimento da prevenção geral. O fato de o Estado poder barganhar as penas por ele impostas compromete a validade da norma que as prevê (prevenção geral positiva) e desvirtua seu fator intimidatório (prevenção geral negativa).

Não há que se falar, ainda, v) no alcance da finalidade preventiva geral ante o argumento de que, com as informações obtidas por meio da colaboração premida, possibilita-se a descoberta de crimes perpetrados em estruturas criminosas impenetráveis. Por ser instrumento passível de erros judiciários, consistentes na revelação de informações inverídicas por parte do colaborador que deseja ser agraciado com mais benefícios possíveis, também se compromete a credibilidade do Estado, em desacordo com o fim de prevenção geral positiva. Ademais, se estaria tornando eficaz o instrumento processual de obtenção de provas, o que também é questionável, tendo em vista que tal prática, além de revelar uma ineficiência procedimental, pode tender para um terror estatal, o qual põe em xeque as garantias processuais do acusado.

Aludido abuso estatal, consistente na tentativa de intimidar o colaborador a prestar informações sob a pena da ameaça da prisão penal ou processual, vi) compromete a finalidade preventiva especial positiva, pois não se pode, por meio desta, tentar-se obter manifestações externas com relação à respeitabilidade do agente pelo ordenamento jurídico forçosamente. Com relação, ainda, à prevenção especial, tem-se que vii) seu aspecto negativo, na fase de

execução da pena, não é atingido quando a pena do agente deveria ser pela reclusão e assim não o é diante da concessão de um benefício penal desproporcionado.

Tem-se que, mais do que não cumprir com as finalidades preventivas da pena e suas limitações, viii) a colaboração premiada inverteria a lógica da prevenção geral, pois beneficiaria o líder da organização criminosa, ou seja, quem praticou mais delitos, mas que, até mesmo diante disso, sabe de mais informações, em detrimento de uma punição elevada daquele que praticou menos crimes. Ante o mesmo argumento, ix) não cumpre com a prevenção especial positiva, pois não há como o infrator menos beneficiado ter reestabelecido seu respeito externo pela norma quando quem praticou mais delitos que ele não está sofrendo com o rigor da norma penal.

Por fim, do modo como a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, é colocada e aplicada atualmente, não há como se dizer que tal instituto atinja a finalidade político criminal do processo penal, pois se utiliza de um meio de persecução que tende ao abuso do poder estatal, o que, de maneira alguma, se configura como a realização da justiça e da paz jurídica, que é ao aquele se destina. E ainda o faz em desatenção à lógica da prevenção da pena, invertendo-a, não concretizando também os fins político criminais do direito penal.

A teoria dialética unificadora não afasta a necessidade do *jus puniendi*, porém só o legitima perante a demonstração exata de suas finalidades e limitações, as quais, de um lado, a colaboração premiada se encontra aquém do limite (no caso, a medida de culpa, o que não seria um problema caso atendidas as finalidades preventivas), e, além, quando observadas as garantias processuais do acusado. Por um lado, a colaboração premiada o beneficia demais; por outro, o constrange demais. Não é um justo equilíbrio e a falta de um não pode compensar ou justificar o excesso do outro e vice versa.

10. Referências Bibliográficas

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr., 2017.

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. **Lei nº 12.850/2013**, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483/PR.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, n. 27, p. 293-337, maio 2019.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribuinais, 2007.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.**, [*s. l*], n. 3, p. 120-163, 2000.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o devido processo legal substantivo**. 2014. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**: entre a legalidade e a autonomia da vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Colaboração Premiada. Coordenadores: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis Moura.

PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 30-51, mar./abr. 2017. Tradução: Luís Henrique Machado.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 2000.

_____. O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 12, n. 2, p. 147-182, abr./jun. 2002.

RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada:** limites éticos ao Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 12, n. 46, jan./fev, p. 46-72, 2004, p. 65.

_____. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, 2. ed. et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000.

_____. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 112, p. 33-40, 2015.

_____. **Novos estudos de direito penal.** Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. Organização: Alaor Leite. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, [*s. l*], v. 18, n. 3, p. 213-231, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

A Lei Anticorrução e os Programas de Compliance no Brasil

Carlos Eduardo Adriano Japiassú[1]

Ana Lúcia Tavares Ferreira[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Trata da nova legislação brasileira sobre a responsabilização da pessoa jurídica por crimes de corrupção, examinando as mudanças introduzidas pela Lei Anticorrupção (LAC). Aborda, ainda, o debate sobre o tema e o arcabouço normativo internacional sobre corrupção e governança corporativa no contexto da autorregulação regulada, bem como o desenvolvimento dos programas de *compliance* como estratégias essenciais para a prevenção, detecção e punição da corrupção nas atividades empresariais.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Direito Internacional. Suborno. Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Abstract: Deals with the new Brazilian legislation on the liability of corporations for corruption offenses, examining the changes introduced by Anti-corruption Act (ACA). Also addresses the international normative framework about corruption and corporate governance in the context of regulated self-regulation, as well as the development of the compliance programs as essential strategies for the prevention, detection and punishment of corporate corruption.

Keywords: Economic Criminal law. International law. Bribery. Corporation criminal liability.

[1] Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e 1º. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

[2] Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá e Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

11. Introdução

A corrupção é um dos assuntos mais debatidos na comunidade internacional atualmente. Tradicionalmente considerada como um crime comum cometido por funcionários públicos desonestos dentro dos limites dos Estados nacionais, a corrupção é hoje tratada como uma atividade criminosa ligada a empresas multinacionais e à delinquência organizada transnacional, que interfere na livre concorrência e representa um obstáculo ao desenvolvimento econômico, democrático e social, importando violações generalizadas dos direitos humanos.

Vários instrumentos internacionais sobre corrupção foram adotados na última década, em resposta às demandas de diferentes organizações envolvidas nos processos de globalização, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OAE), a União Europeia (UE), o Conselho Europeu (CE) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), entre outros.

Nesse contexto, a política criminal contra a corrupção se afastou da abordagem tradicional, conferindo-se maior ênfase à prevenção e repressão de práticas corruptas dentro das empresas, em vez de focar na punição dos servidores públicos.

Essa mudança de paradigma vem ocorrendo através da implementação de modelos regulamentados de autorregulação, baseados na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, que agora são responsáveis pelo desenvolvimento de programas internos, ou seja, programas de *compliance*, para a prevenção, detecção e punição da corrupção.

Este artigo tem como objetivo apresentar o modelo de autorregulação adotado na nova legislação brasileira contra a corrupção, a saber, a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção ou LAC).[1]

A primeira seção do artigo fornecerá um breve relato sobre a evolução da legislação internacional sobre corrupção e governança corporativa, especialmente no que diz respeito à adoção de programas de *compliance* como principal estratégia político-criminal contra a corrupção.

A segunda seção abordará especificamente a nova legislação brasileira sobre o tema, especialmente o sistema de responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas e as regras relativas aos programas de *compliance*, bem como seu impacto na punição das corporações.

[1] Lei Anticorrupção (2013). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

A seção final apresentará algumas observações com base nos tópicos discutidos nas seções precedentes.

12. Corrupção, governança corporativa e *compliance*

O termo corrupção ─ derivado do latim *corruptus*, que significa "quebrado em pedaços", mas também podre ou pútrido ─ é polissêmico, implicando muitas ideias diferentes, desde ações criminosas até comportamentos sexuais não convencionais, por exemplo.

A expressão jurídica corrupção também tem vários significados distintos, variando conforme as características sistema jurídico interno de cada país. Na França, por exemplo, o termo indica o pagamento de um valor a um agente público, em troca de uma ação ou omissão relacionada ao cargo público. No entanto, nos Estados Unidos, a corrupção é um conceito guarda-chuva, abrangendo todas as formas de abuso de poder. Em outros países, o termo nem sequer é usado no direito penal, embora alguns atos correlacionados, como suborno, sejam criminalizados.

Para efeitos deste artigo, a corrupção será definida como a oferta de um benefício ou qualquer coisa de valor a um funcionário público para induzi-lo a praticar, adiar ou omitir um ato em favor daqueles que ofereceram.

A corrupção é um dos temas mais debatidos dos últimos dez anos, especialmente no campo do direito penal, devido às importantes mudanças na política criminal sobre corrupção implementadas pelos sistemas jurídicos nacionais e legislação transnacional.

O crescente interesse no tema está intimamente relacionado à expansão do comércio internacional e à necessidade de proteger a livre concorrência na economia globalizada, uma vez que o suborno de funcionários públicos pode afetar interesses corporativos e investimentos em países estrangeiros.

A corrupção tem sido tradicionalmente considerada como um crime comum, configurada por um conjunto de práticas isoladas, ou um assunto relacionado a alguns agentes públicos desonestos que se aproveitavam de sua posição para negocia (ou extorquir pagamento dos cidadãos), fazendo-os pagar por serviços públicos, com consequências que se limitavam ao sistema penal dos países onde os atos ocorreram.[2]

[2] NIETO MARTÍN, Adán. La Privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luis Arroyo. NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.) El Derecho Penal Económico en La Era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p.191-192.

Entretanto, nos últimos 10 anos, a corrupção evoluiu para ser considerada uma atividade criminosa ligada a empresas transnacionais e à delinquência organizada, representando um "problema social, econômico e político de maior relevância" segundo acadêmicos , legisladores e organismos internacionais.[3]

Atualmente, a corrupção constitui um dos maiores desafios para o desenvolvimento dos países e, portanto, para a chamada segurança humana total, uma expressão que resulta da expansão do conceito de segurança humana, para englobar a segurança tradicional (segurança nacional),) bem como a liberdade de viver sem medo e carências (segurança social e econômica, bem-estar ou bem-estar).[4]

A internacionalização e a crescente complexidade das práticas corruptas levaram a uma grande mudança de paradigma em relação às respostas legais à corrupção, com o desenvolvimento de mecanismos para prevenir e reprimir essas práticas além dos limites dos Estados nacionais, no setor privado, especialmente nas empresas.

Essa nova abordagem foi adotada pela primeira vez pelos EUA na *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977,[5] que criminalizou o suborno de funcionários públicos por corporações americanas em países estrangeiros e impôs transparência à contabilidade de investimentos estrangeiros, evitando o uso de fundos secretos para pagamentos ilegais.[6]

Seguindo a legislação pioneira dos EUA, medidas semelhantes foram introduzidas na Europa, com a adoção da Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias de 1989, no que diz respeito à coordenação de regras sobre o uso de informações privilegiadas sobre o comércio, e a Diretiva 91/308, sobre a prevenção do uso do sistema financeiro para fins de lavagem de dinheiro.

A mesma tendência foi rapidamente replicada em diversos instrumentos internacionais, tais como: o Protocolo sobre a Convenção sobre a proteção dos interesses financeiros das

[3] CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Corrupção: um fenômeno complexo. Precisando de uma política criminal abrangente. E-Revue Internationale de Droit Pénal, 2019. A-01.

[4] Segundo Anabela Miranda Rodrigues, a segurança humana total pode ser entendida como liberdade de desemprego, doença ou pobreza. Veja o assunto RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade económica empresarial, governança e compliance - para uma nova política criminal à distância, em SÁNCHEZ, Julio Ballesteros; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo. Dykinson, 2021. p. 129-159.

[5] CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Corrupção: um fenômeno complexo. Precisando de uma política criminal abrangente. E-Revue Internationale de Droit Pénal, 2019. A-01.

[6] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2007, 65: 29-56.

Comunidades Europeias (1996); Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996); Tratado de combate à corrupção envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados-Membros da União Europeia (1997); Resolução (98) 7 que autoriza a criação do "Grupo de Estados contra a Corrupção – Greco" (1998); Convenção de Direito Civil sobre Corrupção do Conselho da Europa (ETS nº 174) (1999); Convenção de Direito Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa (ETS nº 173) (1999); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000) Código do Fundo Monetário Internacional de Boas Práticas sobre Transparência em Políticas Monetárias e Financeiras: Declaração de Princípios; Convenção da União Africana sobre Prevenção e Combate à Corrupção (2003); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).[7]

Um dos documentos internacionais mais importantes adotados no combate à corrupção foi a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), que estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes de corrupção.

Essas mudanças foram fortemente influenciadas pelo crescente interesse pela governança corporativa e a adoção do modelo de autorregulação regulada, apresentado como resposta às crises econômicas e aos escândalos financeiros correlacionados em meados dos anos 2000, o que revelou a necessidade de intervenção estatal no comportamento econômico e financeiro das grandes empresas.[8]

A formação desse novo capitalismo regulatório pode ser traçada desde a importante mudança da propriedade keynesiana para o novo estado regulatório, que ocorreu desde a segunda metade do século XX, com a adoção do que John Braithwaite chamou de autorregulação regulada ou autorregulação forçada.[9]

Nesse contexto, a governança corporativa tem se apresentado como um novo sistema de controle e gestão das corporações privadas de acordo com o interesse público, por meio da

[7] Sobre o assunto ver ACALE SÁNCHEZ, María. La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español. In: *Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*. Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2015. p. 11-53.

[8] RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade económica empresarial, governance e compliance - para uma nova política criminal à distância, in SÁNCHEZ, Julio Ballesteros; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo. Dykinson, 2021. p. 129-159.

[9] No assunto estão Cuesta ARZAMENDI, José-Luis. Iniciativas Internacionais Contra a Corrupção. O Eguzkilore. Número 17. San Sebatian. Decembre 2003 – 5-26.

adoção de estratégias internas de organização baseadas em regras definidas pelo Estado regulador.

Como definido pela OCDE, governança corporativa é um sistema de gestão direta e de controle de empresas destinado a encontrar um equilíbrio entre os interesses conflitantes de gestores, acionistas e partes interessadas, através da prevenção de gestão imprudente, fraudulenta ou do desenvolvimento de atividades que sejam opostas ao interesse público.[10]

O modelo de autorregulação regulada foi adotado pela primeira vez no contexto das respostas do Direito Penal contra a corrupção, por meio da introdução de três estratégias principais, quais sejam: a) as empresas devem adotar medidas internas para prevenir a corrupção e ajudar o Estado (polícia, promotores e juízes), a investigar casos de corrupção; b) é proibido subornar agentes públicos e gerentes de empresas ou empregadores; c) no que diz respeito à corrupção internacional, as empresas e seus agentes devem ser punidos, enquanto a punição do agente público não é tão importante.[11]

O primeiro instrumento a adotar essas estratégias foi a FCPA de 1977, com a introdução de regras de autorregulação que seriam fundamentais para o desenvolvimento futuro dos chamados programas de *compliance*.

A FCPA estabeleceu a responsabilidade penal das corporações, com base na ideia de que pessoas jurídicas devem participar ativamente da prevenção e da detecção de práticas corruptas no contexto das atividades regulares desenvolvidas pela empresas.

O modelo de conformidade foi desenvolvido ainda pela Diretriz de Sentença dos Estados Unidos para Infratores Organizacionais (1991),[12] segundo o qual as empresas que adotaram medidas para prevenir crimes e colaboraram para sua investigação não seriam processadas ou, se condenadas, sofreriam punições mais brandas.

Desde então, os programas de *compliance* têm sido adotados em diversos instrumentos internacionais como mecanismo de combate à corrupção. Tanto a Convenção da OCDE sobre

---

[10] G20/OECD. Principles of Corporate Governance (2015). https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance/ On the subject see RODRIGUES, Anabela Miranda. A autorregulação regulada. CorporateGovernance e Compliance. In. RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Econômico. Coimbra: Almedina, 2020. Edição Kindle. p. 1820.

[11] NIETO MARTÍN, Adán. La Privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luis Arroyo. NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.) El Derecho Penal Económico en la Era *Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 194-195.

[12] COMISSÃO DE SENTENÇAS DOS ESTADOS UNIDOS. Diretrizes Organizacionais (1991). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.ussc.gov%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpdf%2Ftraining%2Forganizational-diretrizes%2FORGOVERVIEW.pdf&clen=60930&chunk=true

o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (art. 9) quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 12) determinam a adoção de medidas internas por parte das corporações para prevenir a corrupção.

O *compliance* tem sido definido como um conjunto de estratégias de autocontrole adotadas pelas empresas, de acordo com a regulamentação estatal, para fazer com que gestores e funcionários cumpram as normas legais, evitando violações à lei em geral e, especialmente, à lei penal.

Em outras palavras, trata-se de um sistema de gestão corporativa destinado a promover uma cultura de *compliance*, prevenindo e, se necessário, detectando e punindo atos praticados dentro da empresa em violação à lei, aos regulamentos, aos códigos de ética e conduta ou procedimentos internos.[13]

Todo programa de *compliance* deve estabelecer um sistema de regras, com base no código de ética da empresa, incluindo aqueles cuja violação é considerada crime; um sistema de regras para a punição da violação dessas normas e órgãos internos especiais responsáveis pela prevenção de crimes.[14]

Um dos mais recentes exemplos de legislação que adota o modelo de conformidade é a Bribery Act , do Reino Unido (2010), que criminalizou a falha da organização comercial em prevenir subornos, punindo empresas em benefício das quais o suborno é praticado.

Entretanto, a Bribery Act permite que a empresa prove que tinha em vigor procedimentos adequados projetados para impedir que pessoas associadas à organização comercial realizem tal conduta.[15]

Os programas de *compliance* podem apresentar diferentes estruturas e regras, de acordo com o tamanho e as atividades de cada empresa, embora os modelos estejam claramente evoluindo para a harmonização, devido à adoção de práticas comuns em diversas organizações internacionais, corporações e ONGs.

[13] NIETO MARTIN, Adán. O Cumprimento Normativo. Em SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manuel de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019. p. 30.

[14] LASCURAÍN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. ZAPATERO, Luis Arroyo. NIETO MARTIN, Adán. El Derecho Penal Económico en la Era Compliance (dir.) Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 129-135

[15] NIETO MARTIN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. *Revista Penal México*, 2013, 2.4: 133-143.

Nesse contexto, diversos documentos fornecem normas que podem contribuir para o desenvolvimento de programas de *compliance*, como as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais; Regras do ICC sobre combate à corrupção; Diretrizes do ICC sobre Agentes, Intermediários e Outras partes; Cláusula anticorrupção do ICC; Paci (Iniciativa de Parceria contra a Corrupção) Princípios para combater o suborno, Fórum Econômico Mundial. Lei de Suborno do Reino Unido de 4 de abril de 2010 Orientação sobre procedimentos que organizações comerciais relevantes podem colocar em prática para evitar que as pessoas associadas a elas subornando; Políticas anticorrupção do INDOC e medidas da Fortune Global 500, Nações Unidas; UNDOC combate a corrupção na cadeia de suprimentos: um guia para clientes e fornecedores; Orientação de relatórios do UNDOC sobre o 10 Princípio contra a Corrupção, entre outros.[16]

Assim, os programas de *compliance* não devem ser baseados exclusivamente no Direito Penal interno dos países onde as corporações desenvolvem suas atividades, uma vez que o sistema de combate à corrupção é altamente complexo, envolvendo legislação internacional e nacional que influenciam umas às outras continuamente, desenvolvendo uma regulação global à qual as empresas devem se adaptar.

13. Lei Anticorrupção (LAC) e compliance

A corrupção sempre foi descrita como crime no Código Penal Brasileiro e outras legislações e, desde a década de 1990, mais de 50 leis foram introduzidas para combater o uso indevido de recursos públicos, a maioria dos quais também foram destinados a punir funcionários públicos.

A nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13 ou LAC) adotou uma abordagem diferente, com foco na responsabilidade das pessoas jurídicas por corrupção praticada por seus funcionários, gestores e terceiros quando em transações com a empresa.

A minuta inicial foi elaborada pela Controladoria-Geral da União, em 2011, e sofreu mais de quarenta emendas parlamentares, além de contribuições advindas de uma série de audiências públicas e grupos de trabalho sobre o projeto. É, portanto, seguro dizer que a promulgação da nova legislação foi suficientemente divulgada e aberta à participação popular.

[16] NIETO MARTIN, Adán. O Cumprimento Normativo. Em SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manuel de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019. p. 389.

Em resposta à forte pressão de organismos internacionais e a uma série de manifestações populares que se seguiram a grandes escândalos de corrupção no governo federal, o Brasil finalmente promulgou a nova LAC, em 2013 ─ dois anos após sua primeira elaboração ─ adaptando o marco legal nacional à Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Oficiais Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Além da necessidade de harmonização com o direito internacional, um dos principais objetivos da inovação era fornecer ao governo mecanismos eficazes para responsabilizar as pessoas jurídicas por atos corruptos ou fraudulentos e obter compensação por perdas públicas.

Nesse contexto, a nova lei estabeleceu responsabilidade administrativa e civil por conduta ilícita contra a administração pública, nacional ou estrangeira, combatendo atos de fraude e corrupção praticados durante licitações e transações com o governo.[17]

A LAC estabelece sanções pela prática de corrupção , fixando multas que variam de 0,1% a 20% das vendas brutas do último exercício anterior ao processo administrativo (art.6, I); publicação extraordinária da condenação (art. 6, II); confisco de bens obtidos por meio de crimes de corrupção (art. 19, I); interrupção das atividades (temporárias ou definitivas) (art. 19, II); dissolução (art. 19, III).

Os dispositivos listados têm sido fortemente por sua imprecisão. A LAC deixou às autoridades uma ampla margem discricionariedade na aplicação de sanções. Além disso, não estabeleceu um vínculo objetivo entre os tipos de sanções aplicáveis e cada conduta definida na lei.[18]

As duas primeiras sanções podem ser impostas após um processo administrativo instaurado pela mais alta autoridade em cada um dos órgãos públicos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 8).

Os processos são então dirigidos por uma comissão composta por funcionários públicos designados pela autoridade que o iniciou. A referida comissão deve apresentar um relatório

[17] SALGADO, Enieda Desiree; AGUILAR VIANA, Ana Cristina; GABARDO, Emerson. A Lei Anticorrupção brasileira. Indon. J. Int'l & Comp. L., 2019, 6: 397.

[18] Veja o assunto TANGERINO, Davi de Paiva Costa Tangerino. Natureza Jurídica da Lei Anticorrupção e o Papel do Compliance. Em D'AVILA, Fabio Roberto. SANTOS, Daniel Leonhardt. Direito Penal e Político Criminal. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS, II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal. XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais- ITEC/RS, Porto Alegre, setembro de 2015.

final a essa mesma autoridade para o julgamento final, sugerindo a absolvição ou a punição da corporação, bem como a aplicação de sanções. (art. 10 §3)

As outras três sanções só podem ser impostas por um juiz em processo judicial instaurado por um dos governos federal, propriedades, municípios ou ministério público (art. 19).

A nova legislação não estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes de corrupção, ainda que já existisse previsão na Constituição de 1988 (art. 173§ 5o e art. 225 § 3o) e na Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei nº 9.605/1998), com base na qual diversas empresas foram processadas criminalmente e punidas desde então.[19]

A exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas da nova legislação justificou-se na ideia de que "a lei penal não oferece mecanismos efetivos ou rápidos para punir pessoas jurídicas", enquanto "A responsabilidade civil é adequada à sanção das pessoas jurídicas com, por exemplo, a devolução dos valores perdidos pelos órgãos públicos em consequência da corrupção", e "os processos administrativos são mais rápidos e eficazes na punição de peculato em transações com os órgãos públicos ...."[20]

No entanto, a nova lei tem clara natureza penal, uma vez que introduziu condutas ilícitas muito semelhantes às descritas como crimes no Código Penal Brasileiro e na legislação.

Além disso, as sanções administrativas previstas pela LAC se assemelham a sanções penais estabelecidas pela legislação sobre a Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei 9.605/1998), como a dissolução forçada da pessoa jurídica (art. 19, III).[21]

Portanto, às pessoas jurídicas devem ser asseguradas as mesmas garantias processuais que indivíduos sujeitos à ação penal (a menos que sejam incompatíveis com sua natureza abstrata) nos processos administrativos ou judiciais baseados na LAC, como presunção de inocência, direito de defesa, acesso a um advogado, entre outros.

Mesmo que a nova legislação tenha excluído a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes de corrupção, introduziu regras importantes sobre a prevenção, o processo

---

[19] Veja o assunto ESTELLITA, Heloísa. Aspectos Processuais Penais da Responsabilidade Penalda Pessoa Jurídicaa Prevista na Lei nº 9.605/98 à luz do Devido Processo Legal. Em ZANETTI, Andrea Cristina. Crimes Econômicos e Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

[20] Projeto inicial da ACA apresentado ao parlamento brasileiro em 8de fevereiro de 2009. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.camara.leg.br%2FproposicoesWeb%2Fprop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D735505%26filename%3DTramitacao-MSC%2B52%2F2010%2B%253D%253E%2BPL%2B6826%2F2010.

[21] Crimes Against the Environment Act (1998). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

e a punição da corrupção dentro das empresas, com disposições específicas relativas à implementação de programas de *compliance*.

O *compliance* já havia sido introduzido na legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro, estabelecendo a adoção da chamada política "conheça seus clientes" e de programas de *compliance* por empresas que comercializam no mercado financeiro ou no mercado imobiliário (Lei 9.613/1998 art. 10). [22] As definições introduzidas pela LAC e seu regulamento subsequente (Decreto 8.420/2015), no entanto, são mais precisas e claras.[23]

Os programas de *compliance* ou integridade são definidos como um conjunto de mecanismos e procedimentos de integridade interna, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e a efetiva aplicação de códigos de conduta, políticas e diretrizes, para detectar e corrigir desvios, fraudes e práticas ilícitas que prejudiquem a administração pública (Decreto 8.420/2015 art. 22).

No entanto, a implementação de programas de *compliance* não é obrigatória. Em outras palavras, as empresas que não implementam um programa de *compliance* não são automaticamente punidas por corrupção e, por outro lado, a existência do programa de *compliance* não exclui automaticamente a punição por práticas corruptas dentro da corporação.

As pessoas jurídicas são autorizadas a moldar seus programas de compliance de acordo com sua própria estrutura e atividades, optando por adotar um ou mais dos elementos estabelecidos pela nova legislação (Decreto 8. 420/2015, art. 41).

Um programa de *compliance* efetivo, de acordo com a nova legislação, deve apresentar os seguintes elementos: engajamento da alta gestão das empresas, incluindo conselhos; imposição do código de ética e conduta e política de integridade a cada empregado e gerente; aplicação do código de ética e conduta a terceiros, como fornecedores, serviços intermediários e associados; oferta de treinamento periódico sobre o programa, entre outros (Decreto 8. 420/2015, art. 42).[24]

A nova legislação também estabelece a introdução de sistemas de notificação internos e, quando possível, confidenciais, como uma linha direta de relatórios, bem como regras para a

[22] Lei de Crimes de Lavanderia monetária (1998). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm
[23] BRASIL. Decreto 8.420/2015 (2015). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm
[24] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei Anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015. Acender. p. 4068.

proteção de denunciantes, como ferramentas essenciais para programas de *compliance* (Decreto 8). 420/2015, art. 41, X).

Além disso, programas de *compliance* e sistemas de notificação são dois dos elementos que devem ser levados em consideração na decisão condenatória, como fatores que contribuem para a redução do valor das multas impostas às pessoas jurídicas (ACA art. 7, VIII).

Mesmo que a existência do programa não exclua totalmente a imposição de sanções, a punição da pessoa jurídica pode ser evitada por meio de acordo de leniência celebrado com autoridades (LAC, art. 16 §2o).

Acordos de leniência podem ser celebrados se todos os envolvidos nos fatos investigados forem efetivamente identificados e uma rápida coleta de informações demonstre a existência da conduta ilícita. Além disso, a empresa deve ter relatado espontaneamente os fatos às autoridades e devolvido voluntariamente os benefícios ao órgão envolvido no caso (ACA art. 16).

Os acordos de leniência foram objeto de ulterior regulamento administrativo (Decreto 8420/2015), que estabelece as condições em que as empresas têm direito a uma redução de sanções ou podem evitar punições.

Segundo Silveira e Saad-Diniz, os acordos de leniência constituem o pilar fundamental da política governamental anticorrupção. No entanto, a nova legislação limitou o impacto efetivo desse importante mecanismo, uma vez que não incluiu o perdão dos indivíduos envolvidos em atos de corrupção.[25]

14. Considerações finais

A política criminal brasileira contra a corrupção tem sofrido importantes mudanças com a introdução da Lei Anticorrupção, que enfatiza a punição das pessoas jurídicas, adaptando a legislação nacional aos padrões internacionais estabelecidos pelas convenções da ONU e do OCDE.

A nova legislação não estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes de corrupção, optando por sanções civis ou administrativas. No entanto, estabeleceu a responsabilidade das pessoas jurídicas pela prevenção, detecção e punição da corrupção, por

[25] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei Anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015. Edição Kindle. p. 4068.

meio da implementação de programas internos de *compliance*, baseados nas ideias de governança corporativa e na autorregulação regulamentada.

A adoção da cultura de *compliance* como mecanismo de prevenção e combate à corrupção corporativa também indica mais ênfase na punição das corporações, afastando-se das abordagens tradicionais que se concentravam na punição dos funcionários públicos.

Assim, as mudanças no quadro normativo representam um avanço para a harmonização da legislação nacional com os instrumentos internacionais baseados na prestação de contas das empresas e na governança corporativa.

15. Referências

ACALE SÁNCHEZ, María. La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español. In: *Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*. Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2015. p. 11-53.

BRASIL. Lei Anticorrupção (2013). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

_____. Decreto 8.420/2015 (2015). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm

_____. Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (1995). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

_____. Lei dos Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens (1998). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm

CUESTA ARZAMENDI, José-Luis. Iniciativas Internacionales Contra la Corruption. Eguzkilore. Número 17. San Sebatian. Decembre 2003 – 5-26.

_____, José Luis. Corruption: a complex phenomenon. In need of a comprehensive criminal policy. E-Revue Internationale de Droit Pénal, 2019. A-01.

ESTELLITA, Heloísa. Aspectos Processuais Penais da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica Prevista na Lei N. 9.605/98 à luz do Devido Processo Legal. In ZANETTI, Andrea Cristina. Crimes Econômicos e Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. *CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto. República, Democracia e Desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: IPEA*, 2013, 209-235.

G20/OECD. Principles of Corporate Governance (2015). https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance/

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2007, 65: 29-56.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. ZAPATERO, Luis Arroyo. NIETO MARTIN, Adán. El Derecho Penal Económico en la Era Compliance (dir.) Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 129- 135.

NIETO MARTIN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. *Revista Penal México*, 2013, 2.4: 133-143.

_____. La Privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luis Arroyo. NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.) El Derecho Penal Económico en La Era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p.191-192.

_____. O Cumprimento Normativo. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manuel de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019.

RAMINA, Larissa. *Ação internacional contra a corrupção*. São Paulo: Juruá, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade económica empresarial, governance e compliance - para uma nova política criminal à distância, in SÁNCHEZ, Julio Ballesteros; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo. Dykinson, 2021. p. 129-159.

_____. Criminalidade económica empresarial, governance e compliance - para uma nova política criminal à distância, in SÁNCHEZ, Julio Ballesteros; RODRÍGUEZ, Laura

Zúñiga. Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo. Dykinson, 2021. p. 129-159.

SALGADO, Eneida Desiree; AGUILAR VIANA, Ana Cristina; GABARDO, Emerson. The Brazilian Anti-Corruption Law. Indon. J. Int'l & Comp. L., 2019, 6: 397.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei Anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015. Kindle. p. 4068.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa Tangerino. Natureza Jurídica da Lei Anticorrupção e o Papel do Compliance. In D'AVILA, Fabio Roberto. SANTOS, Daniel Leonhardt. Direito Penal e Política Criminal. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS, II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal. XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais- ITEC/RS, Porto Alegre, setembro de 2015.

UNITED STATES SENTENCING COMISSION. Organizational Guidelines (1991). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.ussc.gov%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpdf%2Ftraining%2Forganizational-guidelines%2FORGOVERVIEW.pdf&clen=60930&chunk=true

A abordagem baseada no risco e combate à lavagem de dinheiro: como o *compliance* pode auxiliar no combate à coculpabilidade às avessas?

Caroline da Rosa Pinheiro[1]

Carolina Guimarães Ayupe[2]

Hugo Vidigal Ferreira Neto[3]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: objetiva-se, com o presente artigo, mediante revisão de literatura especializada, a compreensão do papel dos programas de compliance no combate à lavagem de dinheiro, à luz da Lei no 9.613/1998, e da Instrução 617 da Comissão de Valores Mobiliários. Na medida em que a referida instrução destacou o papel da Abordagem Baseada em Risco (ABR), defende-se possuírem os programas de integridade das instituições financeiras relevante papel, por intermédio da ABR, na detecção de potenciais atividades que constituam lavagem de capitais, cooperando-se para a responsabilização dos envolvidos. Assim, as tradicionais deficiências estatais em apurar delitos de colarinho branco poderiam ser, ao menos em tese, mitigadas, de modo a que sejam combatidos os mecanismos da coculpabilidade às avessas influenciadores da seletividade.

Palavras-chave: Colarinho-branco. Coculpabilidade às avessas. Lavagem de dinheiro. Prevenção. Comissão de Valores Mobiliários. Compliance. Abordagem baseada no risco.

Abstract: The objective of this article, through a review of specialized literature, is to understand the role of compliance programs in the fight against money laundering, in the light

[1] Professora Adjunta de Direito Comercial da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, coordenadora do grupo de pesquisa "Empresa, desenvolvimento e responsabilidade". caroline.ufjf@gmail.com

[2] Mestranda em Direito e Inovação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e graduada em Relações Internacionais pela UNINTER. Membro do Grupo de Pesquisa "Empresa, desenvolvimento e responsabilidade" (EDRESP). cgayupe@yahoo.com.br.

[3] Mestrando em Direito e Inovação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Membro do grupo de pesquisa "Empresa, desenvolvimento e responsabilidade" (EDRESP). hugovfneto@hotmail.com.

of Law No. 9.613/1998 and Instruction 617 of the Securities and Exchange Commission. As the aforementioned instruction highlighted the role of the Risk-Based Approach (RBA), it is argued that the integrity programs of financial institutions have a relevant role, through the RBA, in detecting potential activities that constitute money laundering, cooperating with accountability of those involved. Thus, the traditional state deficiencies in investigating white-collar crimes could be, at least in theory, mitigated, in order to combat the mechanisms of co-culpability that influence selectivity in reverse.

Keywords: White collar. Reverse co-culpability. Money laundry. Prevention. Securities and Exchange Commission. Compliance. Risk-based approach.

1. Introdução

A prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, sobretudo a partir da Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, vem ganhando cada vez mais destaque. Nesse contexto, a legislação pátria, desde a internacionalização da Convenção, até a atual redação da Lei nº 9.613/1998, passou por uma série de transformações, que objetivaram o enrijecimento da resposta penal, bem como o monitoramento e comunicação de atividades suspeitas no mercado financeiro.

Mais recentemente, a Instrução 617 da Comissão de Valores Mobiliários buscou refinar os mecanismos de Prevenção de Lavagem de Dinheiro e Financiamento ao Terrorismo (LD/FT) no âmbito do Mercado de Valores Mobiliários nacional. Um de seus pilares é a Abordagem Baseada em Risco (ABR), estratégia de identificação, análise e compreensão dos riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Paralelamente, os mecanismos de *compliance* ou cumprimento normativo - conjunto de controles internos de uma corporação, voltados ao gerenciamento de riscos e prevenção de ilícitos (RIBEIRO e DINIZ, 2015) - ganharam destaque, em especial a partir das décadas de 80 e 90, quando se percebeu que o Estado, em uma postura tradicional, não mais daria conta de combater a criminalidade econômica (ALBUQUERQUE, 2018).

Afinal, a macrocriminalidade econômica, sobretudo a partir do século XX, ganhou contornos internacionais, e, ao mesmo tempo, passou a recorrer a sofisticados mecanismos de dissimulação e inserção de ativos decorrentes de atividades ilícitas no sistema financeiro. Tal

fato, aliado às dificuldades inerentes à descoberta e persecução penal de tais práticas, parece reforçar as noções de seletividade do sistema criminal, que muito pouco se ocupa dos delitos de colarinho branco, ou seja, aqueles praticados por indivíduos de elevado *status* social, e, comumente, de danosidade social elevada.

Além disso, como se não bastasse a deficiência na persecução criminal dos delitos de colarinho branco, o sistema penal brasileiro por vezes confere um tratamento mais benéfico aos agentes que praticaram delitos econômicos, como, a título de exemplo, alargando o âmbito de incidência do princípio da insignificância em delitos tributários.

Diante do cenário delineado, é possível questionar se e em que medida os mecanismos de *compliance*, alinhados às diretrizes da Instrução 617 da Comissão de Valores Mobiliários, e sobretudo à Abordagem Baseada no Risco, permitem uma melhor identificação das práticas que potencialmente constituam o delito de lavagem de capitais, a fim de cooperar com as autoridades públicas no combate à macrocriminalidade econômica.

A partir desse questionamento, o objetivo é compreender, por intermédio de uma abordagem criminológica, histórica e legislativa, a evolução das práticas de lavagem de capitais, as deficiências do sistema penal em fazer frente a estas práticas, e as estratégias a serem desenvolvidas pelos agentes privados, sobretudo atuantes no sistema financeiro, por intermédio do *compliance*, para o combate a tais práticas.

Com tal objetivo em mente, o presente artigo estrutura-se em três partes: a primeira dedicada especificamente ao marco teórico eleito, debatendo-se os crimes de colarinho branco e a coculpabilidade às avessas; a segunda, voltada a aspectos históricos e conceituais da lavagem de capitais; e a terceira, por fim, voltada à abordagem baseada no risco implementada pela Instrução 617 da Comissão de Valores Imobiliários e como ela, juntamente com os programas de *compliance*, pode contribuir para prevenção à lavagem e combate à coculpabilidade às avessas.

2. Crimes de colarinho branco e a coculpabilidade às avessas como instrumento de promoção da seletividade

Os crimes de colarinho branco, conforme SUTHERLAND (2015), podem ser definidos como aqueles cometidos por um indivíduo de alto *status* social e respeitabilidade, cometido no

curso de suas atividades[1]. Sob a perspectiva do criminólogo, a pobreza não deve ser vista como marco explicativo para a criminalidade. Em realidade, a criminalidade não seria decorrência de déficits de socialização, mas de uma socialização diferencial, na qual o comportamento desviante, assim como qualquer outro, lícito ou não, seria internalizado e reproduzido pelos agentes conviventes em determinado círculo social[2].

Os delitos de colarinho branco, nesse sentido, conforme sintetizam SOUZA e JAPIASSÚ (2017), constituem verdadeiros crimes, em que pese sejam tratados com especial brandura, e esse desigual sancionamento é injusto, de modo a que se torna necessário um endurecimento do tratamento a eles conferido.

O fator determinante para tais delitos não integrarem as estatísticas oficiais, seria a deficiência dos órgãos investigativos e de persecução criminal em lidar com essa criminalidade corporativa. Cunhou-se, inclusive, a expressão "cifras douradas", para denominar os delitos praticados pelas classes sociais mais privilegiadas, que assim como as cifras negras, deixavam de integrar as estatísticas oficiais.

Feitas essas considerações, deve-se pontuar que, se por um lado os estudos de Sutherland contribuíram para a desmistificação de que delitos somente seriam cometidos pelas classes menos favorecidas, por outro, estudos criminológicos posteriores, como o do *Labeling Approach*, passaram a dedicar-se ao fenômeno da criminalidade não como realidade ontológica, mas à compreensão dos processos de criminalização.

Assim, a compreensão do delito passa à análise dos mecanismos de controle social, formais ou informais, e como tais mecanismos fazem com que, entre todos os indivíduos que praticaram uma determinada conduta, apenas uma parcela deles recebem o rótulo de criminosos, e se sujeitam aos mecanismos de persecução criminal. Em poucas palavras, para o *labeling approach*, o grau em que um ato será tratado como desviante depende de quem o pratica, e também de quem por ele se sente prejudicado (BECKER, 2008), e as instâncias de controle social definem quem será ou não punido.

---

[1] O conceito, representou, no início do Século XX, mudança paradigmática na compreensão do comportamento delituoso, e ainda possui singular atualidade para a compreensão do comportamento do delinquente econômico-empresarial (SOUZA e JAPIASSÚ, 2017).

[2] Constitui grande mérito de Sutherland, portanto, a compreensão dos processos de aprendizagem da conduta desviante, no seio das classes mais altas, e sobretudo no meio empresarial. Ocorre que os delitos praticados pelos indivíduos das classes mais abastadas muitas vezes não são detectados e processados pelos mecanismos de persecução criminal, criando-se a falsa noção de que tais delitos sequer seriam cometidos, ideia esta rebatida pelos estudos empíricos realizados pelo criminólogo.

Trata-se de corrente criminológica do conflito - característica que a diferencia da teoria de Sutherland - na medida em que reconhece que cada um na sociedade dá um significado aos valores sociais e ao papel por eles desempenhados diferente. As teorias sociológicas baseadas no consenso social (como é o caso da teoria de Sutherland) entendem, por outro lado, que a sociedade é unida por valores fundamentais comuns a todos; já as teorias do conflito (como é a ideia do *labeling approach*) entendem que a coesão social e uma suposta ordem somente existem por conta da coação e da força de uma parcela sobre a outra (VIANA, 2019).

O *labeling approach*, baseado em uma concepção conflitual da sociedade, explica o fenômeno desviante a partir da análise das próprias respostas formais do Estado: "não é o comportamento por si só que condiciona a resposta oficial, mas as características físicas e o comportamento do indivíduo também desempenham papel importante em moldar a resposta das agências formais". É o poder econômico e político que determinam o que é etiquetado e quem o é, de modo que a criminalização das classes baixas, como um todo, é muito mais complexa que a simples explicação etiológica (VIANA, 2019).

Interessante ressaltar que, embora partam de pressupostos distintos, não parece que as teorias da rotulação e da aprendizagem estejam em total descompasso, mas sim que, em determinada medida, complementam-se e permitem uma compreensão mais alargada do fenômeno criminal ou desviante.

Cada uma delas direciona sua explicação para uma parcela do fenômeno delitivo (ou desviante), pois se de um lado o *labeling* denuncia a rotulação de criminoso daquelas pessoas com menor poder (político e econômico), por outro não é apta a explicar os mecanismos de aprendizagem de quem detém o "colarinho branco". Já a associação diferencial parece abordar bem a criminalidade de quem goza de poder econômico e social, mas não consegue explicar os processos de criminalização, e o porquê de tão somente determinados tipos de desvio serem objeto de punição pelas instâncias de controle, em razão de fatores socioeconômicos importantes.

Diante dessa análise, entende-se que as teorias criminológicas não são mutuamente excludentes, mas sim complementares de certo modo, desde que respeitados seus pressupostos e percebidas, em cada uma, suas diferenças, críticas e preocupações. Assim, no presente artigo, entende-se que o crime, enquanto fenômeno não só jurídico, mas também social, é complexo. Logo, as ideias de Sutherland e dos criminólogos do conflito podem, conforme defende-se, cada uma em sua medida, se complementar e dar um panorama explicativo mais abrangente.

No contexto atual, pois, diversos são os autores que denunciam a seletividade do sistema criminal, muito voltado à punição dos *street crimes*, praticados por indivíduos de classes menos favorecidas, ao passo em que delitos de potencial danoso muito mais elevado (criminalidade econômica, empresarial, delitos tributários, lavagem de dinheiro) são objeto da impunidade[3].

Decorrência direta da percepção de que os crimes de colarinho branco (conforme definição de Sutherland) são objeto de impunidade é a construção da chamada coculpabilidade às avessas[4]. Expressão essa cujo significado está vinculado à ideia de que a criminalidade corporativa e aquela empreendida por pessoas de elevado *status social*, ao invés de sofrer maior punição, passa despercebida, mesmo que haja a criminalização primária. Trata-se, assim, de baixa incidência da punição em relação às pessoas mais abastadas (GONZAGA, 2020).

Entretanto, deve-se destacar que a coculpabilidade às avessas também pode ser entendida no sentido de que se deve punir, com mais veemência, os crimes de alta lesividade (como a bens jurídicos difusos e coletivos) praticados pelas pessoas abastadas, invertendo-se a lógica da seletividade penal. A ideia seria dar um tratamento mais severo a essa espécie de crime (GONZAGA, 2020).

Diante das vertentes mencionadas, a coculpabilidade às avessas pode manifestar-se de três formas: (1) por meio da aplicação de pena mais branda aos delitos de colarinho branco; (2) por meio da tipificação de delitos direcionados a marginalizados; (3) como forma de, ao revés, aumentar a punição aos delitos de colarinho branco. (CAMPOS, 2014). Trabalha-se, no presente trabalho, com a primeira vertente apontada, a qual, entende-se, deve ser combatida, conforme será desenvolvido nos tópicos subsequentes.

---

[3] Nesse cenário, relevante se torna a noção de Direito Penal do Amigo, compreensão de que os formadores de opinião e responsáveis pela criminalização de condutas seriam pessoas de alta renda e elevado status social, que se relacionam com indivíduos pertencentes aos mesmos círculos sociais. A amizade que se desenvolve nesse meio influenciaria, por sua vez, também os processos seletivos de criminalização, de modo que o foco daqueles responsáveis pela criminalização seria direcionado aos "inimigos", ao passo que comportamentos desviantes dos "amigos" não seriam tipificados ou, se o fossem, não seriam investigados e/ou punidos (GONZAGA, 2020).

[4] O conceito de coculpabilidade, desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni, parte da premissa de que há violação ao princípio da igualdade material ao se reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam posição privilegiada na sociedade e pessoas em situação de extrema carência. Assim, conforme o autor, deve-se reconhecer a responsabilidade parcial do Estado e da sociedade pela conduta delitiva. Entretanto, na medida em que verificou-se que, como se não bastasse a insuficiência da estrutura político-administrativa de tratar com a desigualdade dos menos afortunados, o sistema penal, ao lidar com delitos de colarinho branco, dirigiu a eles, por vezes, um tratamento mais benéfico. Esta ideia é a base para a teoria da coculpabilidade às avessas tratada por este artigo.

Pode-se perceber que há uma certa conjugação entre as ideias de Sutherland e as noções de seletividade criminal apontada por alguns autores (sobretudo os relacionados à ideia do *labelling approach*), permitindo a seguinte conclusão: os crimes de colarinho-branco não são punidos na mesma proporção que a criminalidade de rua, de modo que a seletividade direcionada às classes baixas deixa impune a criminalidade mais danosa à sociedade, ideia esta que se expressa pelo conceito de coculpabilidade às avessas.

Dentre as condutas, nesse sentido, de colarinho branco que mais se destacam está o crime de lavagem de dinheiro, tratado pela Lei nº 9.613/1998. Quanto a tal aspecto, cabe a ressalva que nem toda prática de lavagem de capitais apresenta as características de um delito de colarinho branco descritas no presente tópico; entretanto, o recorte de análise do presente trabalho focará justamente nas práticas de lavagem de dinheiro que constituem crimes de colarinho branco, sobretudo em razão dos delitos antecedentes praticados, e que necessitam ser encobertos pela prática de lavagem de capitais.

Passa-se, portanto, a partir do aporte teórico acima exposto, à análise do delito de lavagem de capitais, para que, em um segundo momento, possam ser pensadas quais estratégias são aptas a combater a coculpabilidade às avessas neste crime.

3. O crime de lavagem de capitais: prevenção e combate sob a ótica das normativas internacionais e nacionais

Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.613 de 1998, pratica o delito de lavagem de dinheiro aquele que oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. A compreensão das condutas combatidas por intermédio da criminalização da lavagem de capitais, entretanto, demanda uma análise das causas, consequências e, sobretudo, do contexto no qual tal fenômeno ganhou destaque, e, portanto, motivou a edição de diversos dispositivos legislativos, normativas internacionais e recomendações, todos voltados ao seu combate.

A expressão “lavagem de dinheiro” surgiu na década de 1920, nos Estados Unidos da América, período em que gângsteres se utilizavam de lavanderias para ocultar o dinheiro proveniente de atividades à época ilícitas, sobretudo a venda de bebidas alcoólicas, proibidas

pela então vigente Lei Seca norte-americana[5]. Entretanto, a prática ganhou maiores proporções na década de 1970, naquele mesmo país, com o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes. (CALLEGARI e WEBER, 2017).

Anos após o início da dissimulação da origem ilícita de bens, algumas organizações criminosas incorporaram, de maneira substancial, uma lógica empresarial em suas atividades, passando a utilizar-se de verdadeiras estruturas organizadas de poder. Nesse meio, começou a chamar atenção a formação de grupos de inteligência voltados para a prática de infrações penais que, dentre tantos outros meios, utilizavam-se de empresas forjadas para ocultar ativos ilícitos, inclusive com porte internacional (FONSECA, 2018).

Então, com a transnacionalização dessas organizações criminosas, verificou-se uma preocupação internacional em criminalizar as práticas de lavagem de capitais. Assim, no ano de 1988, na cidade de Viena, com a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, passou-se a tipificar condutas relacionadas à lavagem de dinheiro, influenciando, consequentemente, a criação destes tipos no direito interno dos estados signatários (CALLEGARI e WEBER, 2017).

Em breve síntese, a lavagem de dinheiro compreende operações de colocação do dinheiro ilícito no sistema econômico; de dificultar o rastreamento contábil dos recursos; e, por fim, de incorporação formal destes dos ativos ao sistema econômico. A fim de lograr tal objetivo, os agentes valem-se tanto de instituições financeiras, operações em bolsas de valores, moedas virtuais, paraísos fiscais, companhias seguradoras, operações no mercado imobiliário, entre outros (GONÇALVES, 2020).

O sistema financeiro, portanto, livre de mecanismos de controle, converte-se em local propício para aplicação de quantias altíssimas, decorrentes das referidas práticas, transformando os ativos ilícitos em lícitos (DUARTE, 2011). Retomando à abordagem dos crimes de colarinho branco, a lavagem de capitais, quando praticada por indivíduos de alto *status* social e com experiência no ramo empresarial, permite a utilização de sofisticadas estratégias de incorporação de ativos ao sistema financeiro, dificilmente detectadas pelos órgãos investigativos estatais, contribuindo para um déficit na apuração dos crimes praticados e aumento das cifras douradas.

[5] Conforme FONSECA (2018, p. 51), "Afirmar que o dinheiro tinha origem numa atividade legal, para pagar tributos, justificar às autoridades fazendárias sua boa e limpa origem, interessou àqueles que tinham suas atividades consideradas delituosas. Trata-se de mecanismo de inteligência para dar aparência legal a patrimônio construído com base em bens e valores adquiridos mediante a prática de delitos".

Em um panorama geral da história da criminalização da lavagem de dinheiro, podem ser vislumbradas três fases, cada qual caracterizada por quais infrações penais poderiam constituir o delito antecedente da lavagem de capitais, são elas: *a)* primeira fase: a infração penal antecedente é o tráfico de drogas ou entorpecentes; *b)* segunda fase: aumenta-se o rol das infrações antecedentes, mas a lei prevê, taxativamente, quais seriam essas infrações; e *c)* terceira fase: o ordenamento jurídico pune a dissimulação de bens oriundos de *infrações penais* enquanto gênero (FONSECA, 2018).

No âmbito nacional, é possível perceber que originalmente a Lei 9.613/1998, em seu artigo 1º, já trazia um rol específico de infrações penais antecedentes, para além do tráfico de drogas, inserindo-se, pois, já na segunda fase histórica acima descrita. Posteriormente, com a Lei 12.683/2012, passou a prever que quaisquer infrações penais pudessem figurar como origem espúria dos valores para a prática do crime parasitário.

Nesse ponto, é de se perceber que a lavagem de dinheiro costuma ocorrer em aparatos estruturados de poder, com um refinamento das organizações que a praticam, por vezes comandadas por indivíduos de elevado *status* social, caracterizando-se, nos dizeres de Sutherland, um crime de colarinho branco. A existência dessa organização de poder de forma coordenada permite não somente um maior refinamento na prática delitiva como também uma violação de diversos bens jurídicos de forma difusa.

É nesse ponto, mais uma vez, possível resgatar a crítica da coculpabilidade às avessas. A seletividade dá margem a possível impunidade, pois a criminalização secundária precípua dirigida aos *street crimes* (cometidos pela população menos abastada, como os delitos patrimoniais), violadores de bens individuais, costuma encobrir as cifras douradas de infrações ainda mais danosas, caso dos *corporate crimes* que violam direitos difusos, como ocorre com a própria lavagem de dinheiro (GONZAGA, 2020).

Atualmente, pois, deve-se pensar meios para enfrentar a lavagem de capitais, que respeitem as regras de um Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais, de modo a que a expansão verificada no Direito Penal contemporâneo tampouco se converta em indistinta criminalização das atividades empresariais. Considerando-se tal necessidade, interessante se faz conjugar a atuação do setor público com o setor privado, especialmente os mais sensíveis à ocorrência de tais práticas.

Inclusive, nesse sentido, os artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Lavagem de Capitais, em conjunto, prescrevem alguns deveres para atores que atuam em setores que estão mais propícios

à ocorrência de lavagem: o artigo 10 da lei estabelece, dentre outros, os deveres de identificação dos clientes e adoção de procedimentos e controles internos a fim de atender ao que dispõe o artigo 11, como, por exemplo, a dispensa de especial atenção às operações que possam constituir sérios indícios dos crimes de lavagem.

Apesar de a lei esboçar uma ideia inicial, o legislador percebe que, por mais que possa tentar prever mecanismos idôneos, os órgãos administrativos têm uma capacidade técnica maior para manter atualizadas as formas de prevenção à lavagem. Nesse sentido, o próprio inciso I do artigo 11 dispõe que a atenção especial dada pelos agentes deve ser nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes.

Neste panorama ganha destaque a inovadora Instrução 617 da Comissão de Valores Mobiliários, que busca refinar mecanismos de Prevenção de Lavagem de Dinheiro e Financiamento ao Terrorismo (LD/FT) no âmbito do Mercado de Valores Mobiliários nacional. Dita resolução, que busca o enfrentamento da lavagem de dinheiro e do financiamento ao terrorismo dentro do Mercado Mobiliário, tem como escopo a adoção de mecanismos direcionados a criar espaço mais seguro e não tolerante a práticas desviantes. Um de seus pilares é a Abordagem Baseada em Risco (ABR), estratégia de identificação, análise e compreensão dos riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

A questão que se propõe nesse sentido é a de perquirir como as empresas e entidades privadas submetidas à Instrução da CVM podem operacionalizar os instrumentos propostos e implementar a normativa de modo eficiente?

Dentre as alternativas possíveis, sugere-se a adoção de programas de *compliance*, que podem propiciar ambiente idôneo para que mudanças necessárias sejam implementadas, ao mesmo tempo em que tanto a sociedade quanto a pessoa jurídica estejam acobertadas de riscos.

Logo, no tópico subsequente, passa-se a analisar os mecanismos necessários para que os programas de integridade possam prevenir e detectar as práticas de lavagem de dinheiro, à luz da ICVM 617. Para tanto, porém, primeiramente são abordados conceitos introdutórios de *compliance* para que, em seguida, sejam debatidos os instrumentos necessários especificamente para o atendimento à referida instrução, sobretudo a Abordagem Baseada no Risco.

4. Linhas gerais sobre mecanismos necessários aos programas de compliance para prevenir e detectar práticas de lavagem de dinheiro, à luz da ICVM 617

Em linhas gerais, crê-se que o combate à lavagem de capitais e a prevenção de riscos de envolvimento em operações em que ela ocorra demanda uma postura proativa do empresário (LIMA e GULARTE, 2017). Nesse sentido, um dos meios mais eficazes para evitar práticas desconformes é a elaboração dos programas de *compliance*, que funcionam como mecanismo, dentro da empresa, voltado ao resguardo da atividade empresarial e atuação conforme ao ordenamento jurídico.

Tais programas, voltados à detecção e prevenção do delito de lavagem de dinheiro, podem ser de grande valia, ao promoverem, sobretudo, o cumprimento ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei de Lavagem de Capitais, abordados no tópico anterior, conforme se passará a expor.

As já discutidas alterações promovidas na Lei de Lavagem de Capitais, por sua vez, também promovem cenário propício para o estabelecimento de comportamentos específicos de atividade empresarial e valores de governança regulatória condizentes com a estruturação de programas de compliance:

> (...) as modificações normativas da assim chamada "Nova Lei de Lavagem" (Lei 12.683/2012) oferecem uma série de possibilidades de interação funcional entre, de um lado, as diferenciações ocorridas nas formas de organização empresarial e, de outro, os instrumentos de prevenção contra a criminalidade econômica. Tudo indica que a interpretação da "Nova Lei de Lavagem" esteja apta a introduzir no ordenamento nacional o que se poderia reconhecer como "terceira geração de leis de combate e prevenção à lavagem de dinheiro", estabelecendo comportamentos específicos de atividade empresarial e valores de governança regulatória bastante apropriados à estruturação de programas de criminal compliance (...) SILVEIRA e SAAD-DINIZ (2012a, p.2)

Antes de adentrar em tal temática, porém, cumpre destacar que serão tecidas considerações acerca dos mecanismos de *compliance* em geral, aplicáveis a atividades empresariais como um todo, para que, em um segundo momento, sejam abordados os mecanismos de *compliance* voltados propriamente ao âmbito de abrangência da ICVM 617.

Inicialmente, pois, é relevante pontuar que os mecanismos de *compliance* constituem um conjunto de controles internos de uma corporação, voltados ao gerenciamento de riscos e prevenção de ilícitos (RIBEIRO e DINIZ, 2015), e que adquiriram especial destaque a partir

das décadas de 80 e 90, quando se percebeu que o Estado, atuando com uma postura tradicional, não mais daria conta de combater a criminalidade econômica (ALBUQUERQUE, 2018).

Porém, para que tais programas sejam efetivos, devem ser pensadas ferramentas mínimas de transparência e autonomia para sua implementação e funcionamento.

Em primeiro lugar, ao se pensar em um mecanismo eficiente de *compliance*, um ambiente autônomo, que tenha como objetivo a defesa da integridade e da conformidade ao ordenamento jurídico, separado, ao menos em tese, do puro interesse econômico do empresário, é de grande valia. Por isso, o debate acerca das centrais de *compliance*, o *compliance officer* e a autonomia do setor responsável pela fiscalização do cumprimento das normativas é muito importante.

Assim, ao se inserirem dentro do organograma da empresa e, ao mesmo tempo, gozarem de uma posição de independência, os programas de *compliance* não são capturados facilmente pelos altos escalões. Como adverte ALBUQUERQUE (2018, p. 112), o responsável pelo setor deverá ter suficiente autonomia, pois de nada adianta "a criação de uma série de mecanismos empresariais voltados para a prevenção se, em sua atividade, não existir autonomia."

Considerando-se, portanto, a ideia de *compliance* enquanto conjunto de institutos aptos a permitir que um empresário desenvolva comportamento conforme ao ordenamento jurídico, deve-se estabelecer mecanismos para que, em setores sensíveis, haja a possibilidade de uma análise dos riscos. Para tanto, podem ser instituídos tanto instrumentos preventivos (direcionados a evitar a realização de operações que estejam relacionadas à lavagem de capitais), quanto repressivos (voltados a investigar, coibir e reduzir ou nulificar os danos de operações já realizadas que envolvem o crime em debate).

Mecanismo preventivo, sem dúvida, é o de *due diligence*, procedimento de investigação prévia, realizada pelo empresário, para análise de potenciais riscos de negociação com um parceiro comercial ou realização de uma operação financeira. Conforme ALBUQUERQUE (2018), tal análise deve abranger três fases da operação: a pré-contratual, contratual e pós-contratual. Especificamente quanto à prevenção a riscos de lavagem de capitais, essa análise adquire especial relevo, uma vez consideradas as peculiaridades das fases de colocação, ocultação e integração de ativos ilícitos potencialmente acobertadas.

Já dentre os mecanismos repressivos está a possibilidade de monitorações sistêmicas que os programas de *compliance* possibilitam, ou seja, a utilização de *softwares* que contêm regras de operações atípicas por meio de padrões pré-definidos. Essa monitoração permite que

os empresários possam controlar, mesmo que em um patamar mínimo, a prática de condutas que deem ensejo a uma possível lesão ao Sistema Financeiro (LIMA e GULARTE (2017).

Além disso, é relevante a existência de meios de comunicação e denúncias que permitam o conhecimento, pelo empresário, de práticas que possam caracterizar a lavagem de capitais. Aqui se destaca a figura do *whistleblower*, aquela pessoa que lança sinais de alerta sobre operações suspeitas (LIMA e GULARTE, 2017). Essencial, também, a proteção empregatícia daquele que tenha coragem de informar a ocorrência de uma operação suspeita.

Seguindo essa ideia, para que se possa combater a coculpabilidade às avessas e prevenir riscos, o próprio ambiente corporativo deve estar apto a receber, em seu seio, informações e relatos de condutas desconformes, apurá-los e, se evidenciados, ao menos, mitigar seus danos. Para tanto, nada mais interessante que o próprio ambiente corporativo, com a ética reforçada pelos programas de integridade, proteger e defender aqueles que, dentro de suas próprias fileiras, tenham a coragem de notificar as condutas desconformes.

Acredita-se que, a partir desses mecanismos iniciais, os empresários podem desenvolver uma política de prevenção ao financiamento do terrorismo e à lavagem de dinheiro (LD/FT) de maneira mais consciente. Além de desenvolver, poderão monitorar as operações e inocuizar ou limitar os danos de alguma prática de lavagem de capitais. Nesse sentido, apontam SILVEIRA e SAAD-DINIZ (2012b, p.7), acerca dos aspectos positivos da incorporação dos mecanismos de *compliance*, para fins de prevenção da criminalidade econômica, na medida em que parece:

> (...) possível repensar o problema da prevenção de delitos com referência ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, de tal forma que a corregulação entre os setores público e privado esteja apta a criar alternativas viáveis na regulação de setores estratégicos essenciais à preservação da identidade normativa da sociedade, calibrando os custos relativos à perda da centralidade estatal na prevenção do crime. Assim é que as estruturas normativas peculiares à compliance e à boa governança apontam para uma reorganização da intervenção jurídico-penal no sentido de estabelecer estruturas de atuação no âmbito regulatório, principalmente quando observada a criminalidade econômica.

Feitas considerações preliminares a respeito dos mecanismos essenciais a um programa de *compliance*, passa-se à análise das especificidades decorrentes da adoção da Abordagem Baseada no Risco, um dos pilares da ICVM 617.

A Abordagem Baseada em Risco (ABR) constitui estratégia de identificação, análise e compreensão dos riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo[6]. Apesar de ter-se consolidado há pouco no cenário brasileiro, a ABR já havia ganhado protagonismo no cenário internacional desde 2012, com as Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que estabeleceu os padrões internacionais do combate à LD/FT.

Conforme as recomendações, os países devem exigir de suas instituições financeiras e atividades e profissões financeiras não designadas a adoção de medidas para mitigar seus riscos internos de lavagem de capitais e financiamento a atividades terroristas, sendo que tais medidas variariam de acordo com a dimensão dos diversos riscos identificados. Porém, antes de adentrar na ABR em si, fundamental se faz a compreensão de três conceitos básicos e interligados: o de risco, apetite de risco e tolerância de risco.

Risco[7], conforme a nota 4 do tópico 1.1 do guia 73 de 2009 da ISO, pode ser entendido como a combinação de consequências de um evento (incluindo mudanças nas circunstâncias) e a probabilidade da ocorrência associada. No presente caso, o risco será essa combinação de consequências e a probabilidade da ocorrência da LD/FT. Apetite ao risco, por outro lado, conforme o tópico 3.7.1.2 do guia 73 de 2009 da ISO, é a quantidade e tipo de riscos que uma organização está preparada para buscar, reter ou assumir. Por fim, tolerância ao risco, conforme o tópico 3.7.1.3 do guia 73 de 2009 da ISO, é a disposição em suportar o risco após o tratamento deste, a fim de atingir seus objetivos.

Na perspectiva da ABR, tais conceitos são instrumentais, pois permitem que uma organização, ao valer-se de tal abordagem, possa dimensionar a probabilidade de ocorrência, em seu seio, de LD/FT, bem como suas consequências, de modo a adequar a quantidade e tipo de riscos que está disposta a suportar.

Delimitados tais conceitos, pode-se compreender a Abordagem Baseada em Risco como um conjunto de procedimentos adotados para que se avalie (tanto quantitativa quanto

[6] A chamada *risk-based approach* se diferencia das estratégias anteriores fundadas unicamente no *rule-based approach*, segundo o qual todas as transações acima de um determinado montante ou que se encaixassem em determinados parâmetros legais deveriam ser monitoradas, independentemente de uma análise do risco de tais operações constituírem práticas ilícitas. A nova abordagem se propõe a ser mais flexível e otimizar os recursos escassos à disposição para o combate à lavagem de capitais.

[7] Interessante observar, entretanto, que o próprio conceito de risco merece ser diferenciado de outros termos correlatos. Conforme BELLO e HARVEY (2017) deve-se diferenciar os conceitos de risco e incerteza: a incerteza ocorre quando há a probabilidade de ocorrência de um evento, mas suas consequências são desconhecidas; já o risco seria a situação em que a probabilidade de ocorrência do evento é conhecida e suas consequências mensuráveis. Conforme se percebe, a ISO, nesse sentido, combina a probabilidade de ocorrência do evento e suas consequências para definir risco.

qualitativamente) os riscos de LD/FT e, com base nisso, sejam tomadas medidas em face desses riscos, conforme o artigo 5º da ICVM 617 da CVM. Cumpre ressaltar, porém, que essas medidas não impõem necessária ruptura de relacionamento com clientes que apresentem um grau elevado de risco, mas sim uma avaliação daqueles riscos a que a instituição está disposta a se expor.

Diante disso, determina a ICVM a seus destinatários que realizem duas classificações (em níveis baixo, médio e alto) com base nos riscos de LD/FT: a) classificação interna de seus próprios produtos e serviços, canais de distribuição e ambientes de negociação e registro em que atuem (artigo 5º, inciso I); e b) classificação externa, levando em consideração seus clientes (artigo 5º, inciso II). O objetivo dessa classificação é dar maior enfoque ao monitoramento e análise de operações cujo risco de LD/FT seja mais elevado[8], tendo em vista que os recursos humanos e materiais para tal são finitos. Com isso, almeja-se alcançar nível ótimo de eficiência, e atender ao que é preconizado pelo artigo 11, inciso I da Lei nº 9.613/98.

Feita essa classificação, a instrução estabelece uma série de deveres a serem adotados por seus destinatários, para fins de prevenção de LD/FT. Apesar de seu artigo 7º, inciso I, determinar a adoção de regras, procedimentos e controles, enuncia também que serão eles consistentes "com o seu porte, bem como com o volume, complexidade e tipo das atividades que desempenham no mercado de valores mobiliários". Pode-se dizer, ainda, que há uma margem de flexibilidade para que a política de prevenção à LD/FT reflita o apetite e tolerância ao risco de cada agente atuante no mercado de valores mobiliários.

O art. 4º da ICVM 617 estabelece, em complemento, que, quando da elaboração da política de LDFT, seja respeitado um conteúdo mínimo, fazendo-se necessária a definição dos papéis e a atribuição de responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição no tocante à elaboração e implementação do processo de abordagem baseada em risco.

Feitas as considerações a respeito da ICVM 617 e das premissas essenciais da Abordagem Baseada em Riscos (ABR), passa-se à análise de como os mecanismos de

[8] Nada obstante, há autores que advertem que a definição do que seria risco mais elevado não pode ser arbitrária, sendo difícil de traçar linha clara entre o que seria um risco permitido e o que não seria ou, ainda, o que estaria conforme a parâmetros legais ou não. Diante dessa indefinição e da falta de parâmetros objetivos está a dificuldade de o próprio mercado e os atores submetidos à análise de risco diferenciarem o que é uma operação que revela alto risco de ocorrência de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, conferir BELLO e HARVEY (2017).

compliance acima analisados podem ser utilizados para a realização do disposto na instrução normativa e a análise dos riscos da ocorrência do delito de lavagem de dinheiro.

Inicialmente, é possível verificar que as disposições da ICVM 617, quando vistas em conjunto com o art. 10, III da própria Lei de Lavagem de Capitais reforçam a necessidade de prevenção de delitos e desvios normativos no seio de atividades desenvolvidas no mercado de valores mobiliários, de forma eficiente e alinhada às melhores práticas de Governança Corporativa e, sobretudo, de *compliance*. Desse modo, a implementação e autonomia de um setor de *compliance* dá margem a uma elaboração de uma política de LD/FT que defina os papéis e a atribuição de responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição, no tocante à elaboração e implementação do processo de Abordagem Baseada em Risco.

Isso acontece pelo fato de que, com menores interferências dos altos cargos nos setores de *compliance*, espera-se haver menos possibilidade de ser ditada uma estrutura que acoberte práticas delitivas por meio da eleição de bodes expiatórios. Considerando isso, acredita-se que serão eficientemente implementadas as disposições do art. 4º da ICVM 617.

Por sua vez, os mecanismos preventivos de *compliance*, sobretudo os de *due diligence*, abrem campo, dentre outros aspectos, para cumprimento do disposto no inciso II do artigo 5º da ICVM, haja vista que permitem análise apurada da relação da pessoa jurídica atuante no Mercado de Valores Mobiliários com terceiros, seus clientes, e permite uma adequada classificação destes com base no risco de LD/FT, para que aquelas atividades tidas como de maior risco sejam monitoradas mais detidamente, uma vez considerada a existência de recursos humanos e materiais escassos e a necessidade de otimização das atividades preventivas.

A partir, consequentemente, do adequado mapeamento dos riscos, torna-se possível a operacionalização do programa de *compliance* para fins de monitoramento de atividades suspeitas, abertura de procedimentos apuratórios, e, acaso verificada alguma prática ilícita, comunicação aos órgãos estatais responsáveis.

Expressa-se, aqui, a ideia de autorregulação regulada, pois a CVM traça diretrizes gerais para as corporações, e estas têm a possibilidade de, após analisadas suas realidades, adotar os melhores mecanismos de prevenção à lavagem. Nesse ponto destaca-se o papel dos programas de *compliance* em estabelecer uma série de diretrizes para a realização de diligências internas investigativas, a embasarem eventual comunicação aos órgãos oficiais, consoante o disposto nos arts. 10 e 11 da Lei de Lavagem de Capitais.

As aplicações acima vislumbradas, é certo, constituem hipóteses exemplificativas de como um programa de *compliance* pode contribuir para a prevenção da lavagem de capitais, e contribuir, ainda, para evitar a aplicação de sanções pelo descumprimento do disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98 acima mencionados, na medida em que, consoante o art. 12 da lei, o descumprimento de tais obrigações pode levar à aplicação de elevadas multas, e até mesmo suspensão ou cassação das atividades.

Entretanto, deve-se destacar que, em que pese o fato de a Abordagem Baseada no Risco representar modelo significativamente mais adequado às anteriores estratégias de combate à lavagem de capitais, tampouco está isenta de críticas, como o fazem BELLO e HARVEY (2017), ao proporem uma abordagem baseada nas incertezas (uncertainty-based *approach*) e não no risco[9]. Defende-se, nesse sentido, que a Abordagem Baseada no Risco deve representar um ponto de partida para as discussões referentes ao combate à lavagem de capitais, e seus pontos fortes e também fragilidades merecem ser debatidos, de modo que as estratégias mais adequadas possam ser adotadas pelos agentes privados.

Em síntese, pois, o ordenamento jurídico brasileiro, com a adoção da ABR, se alinha ainda mais à normativa internacional a fim de coibir a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, modernizando e otimizando suas ferramentas para tanto, de forma a fazer frente ao próprio incremento na complexidade de tais práticas delituosas e, assim, ser um instrumento condizente a respeitar os direitos fundamentais e combater a coculpabilidade às avessas.

Para tanto, a adaptação dos mecanismos de *compliance* às premissas da ABR, defende-se, permite uma melhor implementação do disposto na ICVM 617, ao mesmo tempo em que previne a aplicação das sanções do art. 9º da Lei nº 9.613/98, contribuindo para a manutenção da confiança do mercado na higidez das operações realizadas.

[9] Conforme argumentam os autores, a decisão de reportar ou não determinada transação suspeita traz consigo uma série de incertezas quanto às consequências legais e reputacionais associadas a tal decisão: seria o agente financeiro penalizado por não reportar uma transação que efetivamente resultou em lavagem de dinheiro, ou, ao revés, caso tal transação fosse lícita, qual seria a reação do cliente afetado? Desse modo, sustentam que sempre haverá uma incerteza quanto à real natureza da transação investigada, e não seria adequado penalizar o agente financeiro se eventualmente tomar uma decisão, que, no futuro, se revelar incorreta. Sob a ótica da *risk-based approach*, tal decisão incorreta deveria ser penalizada; sob a ótica da *uncertainty-based approach*, por outro lado, não se deve observar somente o resultado daquela decisão, mas a adequação do próprio processo de tomada de decisão. Isto porque, ao se lidar com a incerteza, nem sempre uma escolha inteligente levará a boas consequências. Entretanto, dado o escopo limitado do presente trabalho, não será possível o desenvolvimento de tais premissas a fundo, razão pela qual remete-se à leitura de BELLO e HARVEY (2017).

5. Conclusão

Diante das considerações expostas, é relevante pontuar que não se objetivou, com o presente artigo, esgotar possibilidades, ou trazer conclusões definitivas a respeito da temática proposta. As práticas de lavagem de capital são complexas, e demandam estratégias variadas de prevenção e monitoramento, não podendo se restringir aos mecanismos de *compliance* dos agentes privados, na medida em que as atividades de investigação e persecução criminal, monopolizadas pelo ente estatal, se revelam essenciais.

Por sua vez, a coculpabilidade às avessas, promotora da seletividade do sistema penal, tampouco será solucionada, sem que seja empreendida uma abordagem multifatorial do problema, e sejam propostas mudanças nas mais variadas frentes. As reflexões criminológicas, nesse sentido, se revelam essenciais, a fim de que possam orientar mudanças na política criminal adotada, de modo a que seja priorizada a apuração de delitos de grave danosidade social, característica preponderante em delitos de colarinho branco.

O que se objetivou, portanto, foi traçar considerações preliminares acerca de como os mecanismos de *compliance*, aliados a uma Abordagem Baseada no Risco, constituem um ponto de partida para o cumprimento do disposto sobretudo nos artigos 9 a 13 da Lei de Lavagem de Capitais, e, consequentemente, para o combate à macrocriminalidade econômica. Conclui-se, portanto, que a autorregulação regulada fomentada pelo *compliance*, aliada à atuação estatal eficiente e não seletiva no combate a delitos de grave danosidade social, tais como a lavagem de capitais, é ponto de partida para a compreensão e combate às cifras douradas.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e crime corporativo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BECKER, Howard S., **Outsiders**, Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2008.

BELLO, Abdullahi Usman; HARVEY, Jackie. From a risk-based to an uncertainty-based approach to anti-money laundering compliance. *In*: **Security Journal**, v. 30, p. 24-38, 2017.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

CAMPOS, Nayara Alves de Lacerda. **A Teoria da Coculpabilidade do Estado e a Seletividade do Direito Penal**. Orientador: Manuel da Costa Andrade. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de "lavagem de dinheiro": a utilização do sistema financeiro como porto seguro. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**. [s. l.], v. 4, p. 763-796, julho 2011.

FONSECA, Pedro H. C. **Lavagem de dinheiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Aspectos tributários da lavagem de dinheiro e o Projeto Anticrime. **Revista dos Tribunais**. [s. l.], v. 1011/2020, p. 229-271, janeiro de 2020.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. 2ª edição; São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Vinícius de Melo; GULARTE, Caroline de Melo Lima. Compliance e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul** , v. 1, n. 82, p. 119-145, 5 ago. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, [s. l], p. 293, abril, 2012.

_____. A noção penal dos Programas de Compliance e as Instituições Financeiras na "Nova Lei de Lavagem" - Lei 12.683/2012. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, [s. l], p. 267-279, Julho - setembro 2012.

_____. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do compliance. **Revista Quaestio Iuris**, v. 10, p. 1031-1051, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 7ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2019.

A pessoa jurídica é penalmente responsável pela participação?

Danilo Emanuel Barreto de Oliveira[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo esclarecer "se" e "quando" ocorre a responsabilidade penal da pessoa jurídica (RPPJ) pela participação delitiva no Direito Penal brasileiro, sob o recorte paradigmático da heterorresponsabilidade. Quanto ao "se", mostra-se que a doutrina dispõe de posicionamentos que variam desde a rejeição da RPPJ pela participação delitiva, até o endosso não só do empréstimo da responsabilidade, mas também do título de intervenção delitiva. Quanto ao "quando", mostra-se que a discussão se cinge à extensão significativa dos critérios de responsabilização existentes no art. 3º da Lei de Crimes Ambientais. Sustenta-se, ao final, que o paradigma da heterorresponsabilidade oferece inconsistente delimitação da RPPJ pela participação, abrindo margem a cenários desproporcionais de punibilidade à pessoa jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal; Pessoa jurídica; Responsabilidade penal; Participação; Heterorresponsabilidade.

Abstract: This paper aims to clarify "whether" and "when" occurs the corporate criminal liability (ccl) for participation in Brazilian Criminal Law, under the paradigmatic approach of hetero-liability. As to the "whether" question, it is shown that the doctrine's positions vary from rejection of the possibility of ccl for participation in a crime to a position that supports not only the attribution of responsibility, but also of the title of criminal intervention. As to the "when", it is shown that the discussion is limited to the significant extension of the existing criteria of liability in art. 3, of the Brazilian Environmental Crimes Law. It is argued, in the end, that the paradigm of hetero-liability offers inconsistent delimitation of ccl for participation, opening space for disproportionate scenarios of punishment to the legal entity.

Keywords: Criminal Law; Legal entity; Criminal liability; Participation; Vicarious liability.

[1] Doutorando em Direito Penal, pela Universidade Federal de Minas Gerais.

7. Introdução

O delito é muitas vezes resultado de um concurso de pessoas que atuam com aportes individuais qualitativa e quantitativamente distintos. A comunidade jurídica, diante disso, empreende esforços em construir e sistematizar critérios para individualizar a pena a cada uma das pessoas, de acordo com sua respectiva responsabilidade.

O Direito Penal (DP) brasileiro, desde a Constituição da República (CRFB) e a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais/LCA), assim como já fazem outros ramos do ordenamento, deu grande passo para a superação de uma perspectiva de imputação referenciada estritamente na pessoa humana (ph), passando a reconhecer expressamente a relevância da pessoa jurídica (pj) como núcleo passível de responsabilização.

Esse giro copernicano na política criminal nacional demanda maiores reflexões relacionadas à dogmática penal, sobretudo no que tange à compreensão da extensão da responsabilidade penal da pj (RPPJ) em decorrência da participação delitiva. Contudo, a escassez de referências normativas relativas ao tema e a recalcitrância de parte doutrinária, apegada a tradicionais formulações da teoria do delito, lentejam o esclarecimento da questão.

O presente artigo, objetivando estimular discussão sobre o tema, realiza investigação sobre o problema que diz respeito a saber: "**se**" e "**quando**" a pj deve ser responsabilizada pela participação no DP brasileiro?

8. A interpretação da RPPJ do direito positivo brasileiro sob o paradigma da heterorresponsabilidade

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

BRODT e MENEGHIN (2015, p. 11-12) ensinam que parcela resistente da doutrina realiza uma interpretação "teleológica" da redação do aludido dispositivo constitucional, admitindo tão somente a possibilidade de responsabilização administrativa da pj. A maior parte da literatura, contudo, identifica na norma expresso mandado constitucional de RPPJ.

A legislação penal ambiental ratifica a interpretação majoritária. A LCA, em seu art. 3º, estabelece que a pj será penalmente responsabilizada pela infração cometida por decisão de seus representantes ou órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade.

A disposição infraconstitucional regulamentadora é, contudo, exígua e imprecisa (SARCEDO, 2015, p. 18). O texto não deixa claro o que precisamente se deve compreender por expressões como "infração cometida", "decisão", ou ainda "interesse ou benefício da entidade". Tampouco indica como conciliar a RPPJ de que trata com as categorias jurídicas que integram a teoria do delito.

A norma relega completamente aos operadores do Direito a tarefa de desenvolver a delimitação de seu conteúdo. Doutrina e jurisprudência, destarte, buscam estabelecer os contornos da imputação do modelo de responsabilidade implementado pelo sistema normativo brasileiro.

A literatura dispõe de "modelos de RPPJ", construções teóricas que se prestam a explicar os critérios para a determinação da RPPJ e sua acomodação à teoria do delito (GALVÃO, 2020, p. 21). A despeito de existir um sem-número de variantes desses modelos, a doutrina os classifica entre dois grandes paradigmas teóricos: o da heterorresponsabilidade e o da autorresponsabilidade (GUEIROS, 2021a, p. 209).

O primeiro, também tratado doutrinariamente como responsabilidade por empréstimo (SALVADOR NETTO, 2020, RB-2.2), concebe a RPPJ como uma regra de extensão de responsabilidade por delito realizado por uma pessoa humana (ph) e dá origem a submodelos como o da teoria vicarial (*respondeat superior*) e o da doutrina da identificação (*alter ego*) (GUEIROS, 2021a, p. 211). A aferição do delito, sob o paradigma teórico da heterorresponsabilidade, é feita, em um primeiro passo, tradicionalmente, examinando-se se um indivíduo realizou fato típico, ilícito e culpável (GALVÃO, 2020, p. 22).

Em seguida se realiza um juízo de critérios de responsabilização extrínsecos à teoria do delito, como saber se a ph realizadora do delito integra ou não a pj, se faz parte ou não de seu corpo diretivo, e se o fato foi realizado no exercício de atividades do âmbito da pj e visando a favorecer. Em resumo, para a heterorresponsabilidade a pj não realiza fato algum, mas tão somente é responsabilizada objetivamente por delito em certas circunstâncias realizado por outrem, uma ou mais phs de determinada forma vinculadas à pj.

O paradigma da autorresponsabilidade, ao revés, busca estabelecer requisitos próprios de imputação de RPPJ, por meio da elaboração, adaptação e/ou reinterpretação de elementos

da teoria do delito (GALVÃO, 2020, p. 30 e ss), e possibilita a origem de submodelos como o da ação institucional (GALVÃO, 2020, p. 100 e ss) e o da teoria do defeito de organização (GUEIROS, 2021a, p. 213). O exame quanto à configuração de uma infração penal, para o paradigma da autorresponsabilidade, é feito buscando-se aferir se determinado fato foi realizado, em uma perspectiva normativa, pela própria pj. Ademais, busca-se aferir se a pj deve ser, por critérios que lhe são próprios, reprovada por esse fato. Em síntese, essa perspectiva busca compreender a pj como sujeito com capacidades de ação (ou organização) e de culpabilidade.

Por fim, é importante mencionar que a doutrina ainda destaca a existência de modelos "mistos", "ecléticos" ou "intermediários", que pretendem conciliar elementos e características dos dois paradigmas supracitados (GUEIROS, 2021a, p. 214), com o objetivo de evitar uma transferência automática de responsabilidade da ph à pj. Esse é o caso, por exemplo, do modelo antrópico de AGUILERA GORDILLO (2020, p. 39-40), que concebe uma estrutura composta de RPPJ por ato de conexão, teorizado em uma parte por postulados semelhantes (porém não equivalentes) aos da teoria vicarial, do paradigma da heterorresponsabilidade, e em outra, pela noção de defeito organizativo, do paradigma da autorresponsabilidade (GUEIROS, 2021b, p. 309 e ss).

A despeito dos diferentes submodelos, o predomínio e/ou a escolha entre um ou outro paradigma impacta todo e qualquer estudo sobre a RPPJ, na medida em que um paradigma (o da autorresponsabilidade) considera a pj sujeito efetivamente capaz de realizar delitos, enquanto o outro (o da heterorresponsabilidade), não.

GALVÃO (2020, p. 60) ensina não haver concordância sobre o modelo adotado pelo ordenamento brasileiro. Há relevante setor minoritário da literatura, composto por vozes como a de GÓMEZ-JARA DÍEZ (2015), VERÍSSIMO (GALVÃO, 2020, p. 60) e DETZEL (2016, p. 786), que se esforça no sentido de interpretar as referências normativas sob um paradigma de autorresponsabilidade.

Os autores dessa corrente justificam seu posicionamento sob o argumento de que a previsão constitucional estabelece expressamente que a pj infringe a norma ambiental por meio de suas atividades. Diante disso, defendem que a redação do dispositivo infraconstitucional pode ser interpretada por diferentes construções de autorresponsabilidade, como o modelo institucional, de BAIGÚN (GUARAGNI; DE BARROS; MOSER, 2019), ou o modelo construtivista, de GÓMEZ-JARA DÍEZ (2015, p. 1).

Uma maioria, contudo, formada por autores como GALVÃO (2020, p. 61), SALVADOR NETTO (2020, RB-5.2), ESTELLITA (2020), e LEITE (2018, p. 83), entende que o cenário *lege lata* só pode ser interpretado como um modelo de heterorresponsabilidade.

Os autores dessa vertente explicam seu posicionamento com o argumento de que a redação do art. 3º, da LCA reproduz justamente os requisitos de um modelo vicarial de heterorresponsabilidade, quais sejam: 1) que o fato punível seja realizado por ph que integre a pj; 2) que o fato seja realizado no exercício das atribuições da ph, no âmbito da pj; e 3) que a conduta vise favorecer a pj. Ademais, sustentam que a estrutura da teoria do delito existente no DP brasileiro permanece sendo totalmente referenciada na conduta humana.

Os fatos de a maioria doutrinária interpretar a RPPJ do Direito positivo como um modelo de heterorresponsabilidade, e de o artigo contar com espaço de desenvolvimento limitado, servem como justificativa para o presente estudo realizar um recorte no escopo de sua investigação. Buscando oferecer estudo que atenda às necessidades mais prementes de delimitação da RPPJ pela participação no cenário nacional *lege lata*, o artigo opta por investigar as reflexões desenvolvidas no campo do paradigma da heterorresponsabilidade.

9. Delimitação da RPPJ pela participação delitiva

As previsões normativas relativas ao tema da RPPJ não delimitam expressamente a extensão dessa responsabilidade em caso de contribuições delitivas acessórias.

É verdade que o paradigma da heterorresponsabilidade afasta a possibilidade de participação propriamente dita da pj em um delito, na medida em que essa perspectiva parte da premissa de que a pj é responsabilizada por delito de outrem. Essa compreensão, contudo, não afasta a possibilidade de a pj ser responsabilizada pela participação realizada por uma ph.

Diante disso, faz-se necessário investigar as soluções propugnadas pela literatura para o deslinde do problema. Para tanto, o presente artigo dedica uma subseção à resposta de cada uma das questões que compõem o problema formulado pelo estudo.

9.1 Quanto ao "se": uma pj pode ser responsabilizada pela participação de ph?

A delimitação da RPPJ pela participação delitiva no Direito brasileiro enseja a reflexão sobre uma primeira questão, qual seja: saber "**se**" a pj pode ser responsabilizada penalmente pela participação de uma ph. Essa dúvida é pertinente na medida em que a redação do art. 3º, da LCA estabelece como exigência para a RPPJ, que a "infração (penal) seja **cometida**", sem

precisar se por "cometida" a disposição se refere a qualquer contribuição delitiva ou tão somente à infração realizada a título de autoria.

A questão acima pode ser respondida basicamente de duas maneiras: **não**, a pj só pode ser responsabilizada por terceiros que agem como autores ou coautores de um delito; ou **sim**, a pj pode ser responsabilizada pela participação delitiva de ph. A resposta positiva apresenta comporta, ainda, duas variantes: uma que entende que a heterorresponsabilidade implica não só empréstimo de responsabilidade, mas também do título de intervenção delitiva; outra que entende não ser adequado o empréstimo do título de intervenção delitiva. Abaixo, são apresentadas as diferentes respostas possíveis para essa questão.

9.1.1 Não, a pj não pode ser responsabilizada pela participação delitiva

LASCURAÍN (2019) ensina que a doutrina espanhola enfrenta questão redacional semelhante ao analisar a RPPJ do sistema normativo de seu país. A redação do art. 31 bis. 1, do Código Penal espanhol, estabelece regra de responsabilização à pj por "*delitos cometidos*" por determinadas phs que lhe integram.

A expressão utilizada pela regra espanhola é similar àquela do dispositivo legal brasileiro da LCA ("infração cometida"). A comunidade jurídica, segundo esse autor, diante desse problema encontra-se dividida.

Há, segundo o autor, aqueles que afirmam apoditicamente que a participação delitiva da ph pode dar lugar à RPPJ, como FEIJOO SÁNCHEZ, MIR PUIG e a *Fiscalia General del Estado*[1]. Há também aqueles que se posicionam contrariamente a essa possibilidade, como GÓMEZ TOMILLO, MARTINEZ BUJÁN PEREZ e SILVA SÁNCHEZ.

LASCURAÍN (2019) alinha-se à segunda corrente. No entanto, busca construir uma argumentação para fundamentar a sua posição. Um dos argumentos que a justifica é por ele chamado de "argumento semântico". Esse apoia-se no fato de o diploma penal espanhol dispor do art. 17.2[2], cuja redação utiliza os vocábulos "cometer" e "participar", aplicando-lhes sentidos distintos.

O professor espanhol sustenta que o DP de seu país, em razão disso, diferenciaria o significado das palavras, de modo que "cometer um delito" significaria a realização de um fato

[1] Órgão espanhol com atribuições próximas àquelas do Ministério Público brasileiro.

[2] *Artículo 17.2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a outra u otras personas a participar en él.*

típico e antijurídico como autor, enquanto "participar de um delito" significaria tão somente ajudar um autor a cometer o delito. Assim, se a norma espanhola responsabiliza a pj em decorrência de um "*delito cometido*", essa responsabilização só deve decorrer da realização de um delito por uma ph na condição de autora, mas não na condição de partícipe.

Uma interpretação isolada de alguns dispositivos do Código Penal brasileiro, como os incisos II, III e IV, de seu art. 62, permite chegar em conclusão parecida ao DP brasileiro, àquela desenvolvida pelo argumento semântico de LASCURAÍN (2019) ao DP espanhol. Segundo esse raciocínio, não ocorreria a RPPJ em caso de participação delitiva, mas tão somente pela conduta realizada por uma ph a título de autoria.

9.1.2 Sim, a pj pode ser responsabilizada pela participação delitiva

Uma interpretação sistemática e mais cuidadosa do CP, contudo, permite compreender que o vocábulo "cometer", na absoluta maioria das mais de 70 vezes em que aparece no CP, se refere a qualquer forma de concorrência para o delito.

A interpretação teleológica da norma do art. 3º, da LCA não permite, de igual forma, compreender pela limitação significativa do vocábulo. A situação em que uma ph possa ser punida por uma conduta de participação revela-se incongruente com eventual cenário em que a pj vinculada a essa ph reste isenta de qualquer responsabilidade penal, ainda que a conduta da ph decorra de uma decisão de representante da pj, e lhe reflita interesse ou benefício. Essa interpretação resulta não só em um tratamento desproporcionalmente benevolente à pj, como também serve de estímulo indireto à manutenção de estruturas coletivas dirigidas à cumplicidade criminosa.

Os argumentos semântico-sistemático e teleológico aqui apresentados, dessa forma, permitem, de outra mão, concluir que o significado do vocábulo "cometer" pode abranger a possibilidade de ocorrer a rppj também pela participação da ph.

A resposta positiva, contudo, enseja responder questão que se desdobra a partir da admissão da rppj pela participação delitiva: a pj responderá a título de partícipe ou não? Dois diferentes posicionamentos podem ser obtidos, a partir das doutrinas de SALVADOR NETTO (2020) e GALVÃO (2020).

9.1.2.1 Concurso vicarial: a RPPJ empresta à pj também o título de intervenção delitiva da ph

Autores como GONZÁLEZ SIERRA (2014) e SALVADOR NETTO (2020, RB-3.6) defendem não encontrar dificuldades para o estabelecimento do papel da pj no concurso de pessoas. SALVADOR NETTO argumenta que se se imputa à pj o injusto objetivo e subjetivo de determinada ph, necessariamente deve-se, também, refletir o mesmo título de intervenção ostentado pela ph à pj.

Desse modo, se a ph que gera a RPPJ tiver contribuído para o delito como autora direta, autora mediata, coautora, cúmplice ou indutora, e essa atuação cumprir com os demais requisitos de responsabilização (conforme serão em seguida abordados), a pj será também, respectivamente, segundo os aludidos professores, autora direta, mediata, coautora, cúmplice ou indutora.

É forçoso esclarecer, nesse sentido, que SALVADOR NETTO (2020, RB-3.6) não admite o concurso de pessoa entre pjs e phs. Nesse sentido, o autor interpreta pela impossibilidade de a pj celebrar acordo de vontades nos termos historicamente compreendidos para a verificação de um concurso. O que o autor defende, endossando a posição do doutrinador GONZÁLEZ SIERRA (2014), é que o título de partícipe da ph seja emprestado à pj, como uma decorrência automática do empréstimo de RPPJ pela participação delitiva de uma ph.

Contemplada a redação do art. 3º, da LCA é possível perceber certa inconsistência dessa construção. Se a previsão responsabiliza a pj por infração, é possível que haja mais de uma infração relacionada ao mesmo fato, perpetrada por diferentes phs que exerçam diferentes papéis no delito. Nesse sentido, pode haver a curiosa situação em que, segunda a perspectiva sustentada pelos autores mencionados, a pj pode ser ao mesmo tempo autora e partícipe de um fato.

9.1.2.2 RPPJ pela participação sem empréstimo do título de intervenção delitiva da ph

GALVÃO (2020, p. 22-23) sustenta posição mais razoável que a anteriormente apresentada. O paradigma da heterorresponsabilidade, segundo o autor, torna a RPPJ totalmente dependente da responsabilidade penal da ph, pois essa perspectiva não considera a pj sujeito com capacidade de ação própria.

O delito que serve de pressuposto para o exame da RPPJ, assim, não sofre qualquer intervenção da pj. Desse modo, esse autor sustenta ser indevida a atribuição de títulos como "autora", "coautora" ou "partícipe" a ela.

A perspectiva de GALVÃO não nega a possibilidade de que a pj seja responsabilizada pela participação, contudo deixa claro que a pj não deve ostentar qualquer título de intervenção delitiva, na medida em que não concorre efetivamente para um delito.

9.2 Quanto ao "quando": em que condições a participação de uma ph gera RPPJ?

A delimitação da RPPJ pela participação delitiva no Direito brasileiro enseja ainda reflexão sobre uma segunda questão, qual seja: saber "**quando**" a pj deve ser responsabilizada penalmente pela participação delitiva. A opção pela solução doutrinária que interpreta incabível a RPPJ pela participação no Direito positivo brasileiro prejudica qualquer reflexão quanto ao "quando".

A corrente que sustenta a possibilidade de RPPJ pela participação delitiva, contudo, ainda deve se preocupar sobre os limites dessa responsabilização por aportes delitivos acessórios. Essa tarefa se faz necessária em razão da exiguidade das referências normativas, sobretudo aquelas do art. 3º, da LCA, conforme já suscitado.

Em seguida, são apresentados os principais contornos dados pela literatura quanto aos critérios da referida disposição da LCA, que em última instância, será a responsável por filtrar quando uma contribuição delitiva acessória gerará RPPJ.

9.2.1 "Infração cometida" como participação a um delito tentado

Ainda em relação à expressão "infração cometida", essa parece abranger toda e qualquer espécie de participação, ainda que em concurso a um delito tentado. Isso se explica pela razão de que o art. 31, do CP não admite a impunibilidade da participação da ph.

Se a participação da ph é punível, vez iniciada a tentativa do delito, não há razão para se entender pela irresponsabilidade da pj nesse caso. Os argumentos semânticos e sistemático aludidos acima, para a defesa da extensão do termo "cometer" à RPPJ pela participação aplicam-se aqui, na mesma medida.

9.2.2 "Decisão de representante legal, contratual ou órgão colegiado" pela participação

O requisito legal de que a "infração seja cometida por decisão" implica aferição quanto à existência de um nexo entre a infração como decorrência da decisão (GALVÃO, 2020, p. 85; BUSATO, 2012, p. 113) e não de que a decisão consista em meio de execução da infração.

A decisão que ampara a infração não precisa ser formal, explícita ou específica (LIMA, 2014). Para que uma manifestação dos representantes ou órgão colegiado da pj seja interpretada como decisão, basta que consubstancie uma "indicação mínima de tomada de posição" (LIMA, 2014).

No caso de decisão de órgão colegiado, a doutrina (LIMA, 2014; BUSATO, 2001, p. 175) esclarece que o ato pode ser complexo, secreto e não-unânime. Nesse sentido, substancial parte da jurisprudência (MS 2002.04.01.013843-0/PR, TRF4) entende que o conteúdo da decisão deve servir para se aferir de modo atributivo, o elemento subjetivo a ser utilizado na imputação de RPPJ. Assim, no caso de RPPJ pela participação, a decisão deve, de qualquer modo, permitir que se afira o liame subjetivo do comportamento que dela decorre, como uma conduta dirigida à acessoriedade de outra.

Esse entendimento parece reproduzir equivocadamente uma compreensão particular anglo-saxã do paradigma da heterorresponsabilidade, conhecida doutrinariamente como *identification doctrine*, que confunde a vontade da pj com a vontade de seus representantes ou órgão colegiado. Contudo, vale ressaltar que essa compreensão acaba gerando certa contradição ao discurso que interpreta a RPPJ do ordenamento brasileiro como um exemplo de modelo de heterorresponsabilidade.

Isso ocorre porque de acordo com a previsão legal, o representante ou órgão colegiado não necessariamente se confunde com aquele que cometeu a infração penal. Em muitos casos, inclusive, não há unidade de elemento subjetivo, de modo a ser plenamente possível haver uma decisão imprudente que permita uma infração praticada dolosamente.

Exigir que se realize o juízo de imputação subjetiva sobre a decisão e não sobre a infração, resulta em uma aferição de elemento subjetivo não necessariamente vinculada àquele que realizou a infração.

9.2.3 O “interesse ou benefício” da RPPJ pela participação

Por fim, a norma ainda exige para a RPPJ, que a infração seja cometida por decisão “no interesse ou benefício da entidade”. A maior parte da doutrina, em relação a esse requisito, identifica diferença entre as expressões “interesse” e “benefício”.

GUARAGNI (2012, p. 7) realiza profundo estudo sobre o tema, utilizando-se dos avanços doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, realizados pelo Direito administrativo sancionador italiano, que conta com a construção “interesse ou vantagem”, semelhante à brasileira, “interesse ou benefício”. O autor defende que “interesse” e “benefício” são requisitos alternativos, de modo que a decisão tomada em interesse da entidade não precisa converter-se em benefício, bem como a infração cometida que causa benefício à entidade não precisa decorrer de uma decisão tomada em seu interesse (GUARAGNI, 2012, p. 23).

O interesse, segundo GUARAGNI (2012, p. 24), trata-se de qualidade que caracteriza a decisão idônea a produzir um rendimento ou benefício de qualquer sorte para o ente, uma aptidão objetiva de produção de vantagem, não devendo, portanto, ser confundido com a qualidade de “dolo”. Essa aptidão objetiva, segundo o autor, deve ser aferida *ex ante factum*, que no caso da LCA, seria em momento anterior à decisão da qual sobreveio a infração cometida (GUARAGNI, 2012, p. 24).

O interesse da decisão pode ser exclusivo ou comungado com o interesse de outrem (GUARAGNI, 2012, p. 23-24). Desse modo, o fato de a decisão contemplar interesse majoritariamente voltado à produção de vantagem para outrem, como geralmente ocorre nos casos de participação, não inviabiliza RPPJ, desde que haja tomada de posição motivadora de uma conduta infringente à norma, objetivamente apta à produção de benefícios *ex ante* decisão, também para essa pj. Assim, se a decisão que motivar participação de ph a uma atuação delitiva de outrem comportar interesse, ainda que minoritário à pj partícipe, não há que se falar em exclusão de responsabilidade por falta de interesse da entidade.

O benefício, conforme ensina GUARAGNI (2012, p. 25), refere-se à conversão da infração decorrente da decisão em vantagem para a pj. O exame que afere se houve ou não essa conversão deve ser realizado *ex post factum*, isto é, posterior à infração cometida, no caso do modelo legal brasileiro.

O benefício, segundo o autor, fundamenta a RPPJ inclusive em casos nos quais a decisão que motivou a infração não tenha sido feita em interesse da pj, desde que a decisão seja tomada pelo representante legal, contratual ou órgão colegiado, no exercício material de suas

atribuições. Esse recorte dá conta de dividir situações nas quais há ou não RPPJ, em decorrência de uma infração que converta benefício indireto à entidade (GUARAGNI, 2012, p. 26).

9.3 Síntese da delimitação da RPPJ pela participação delitiva sob o paradigma da heterorresponsabilidade

Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, quanto ao "se" e ao "quando" ocorre a RPPJ pela participação, permitem sintetizar as respostas ao problema formulado pelo artigo.

Quanto ao "se" – Em um paradigma de heterorresponsabilidade, não há RPPJ pela participação da pj, pois essa não ostenta capacidade de ação. Quanto à RPPJ pela participação de ph, há 3 posicionamentos distintos: 1) não há RPPJ pela participação (LASCURAÍN, 2019); 2) há RPPJ pela participação e essa acarreta também empréstimo do título de intervenção da ph à pj (SALVADOR NETTO, 2020, RB-3.6) e; 3) é possível a RPPJ pela participação delitiva, mas não há empréstimo do título de intervenção delitiva (GALVÃO, 2020, p. 22-23).

Quanto ao "quando" – em resumo, a RPPJ ocorre quando forem satisfeitos os requisitos do art. 3º, da LCA, que a princípio são extrínsecos à teoria do delito, sob a premissa do paradigma da heterorresponsabilidade. Alguns aspectos, contudo, merecem esclarecimento: a participação responsabilizável pode estar relacionada a um delito tentado. O elemento subjetivo parece ser aferido de uma maneira atributiva, sob o conteúdo de uma decisão, que pode ser consubstanciada por ato simples ou complexo, formal ou informal, explícito ou implícito, individual ou por órgão colegiado (LIMA, 2014).

A participação ocorre mesmo que a decisão não seja tomada em interesse da pj, desde que a infração lhe reverta benefício, ainda que minoritário em relação a outrem. Da mesma forma, a infração pode ser cometida sem converter benefício à pj, desde que a decisão que a motive seja tomada em interesse, ainda que minoritário, da pj (GUARAGNI, 2012).

10. A inconsistência do paradigma da heterorresponsabilidade para uma devida delimitação da RPPJ pela participação

O paradigma da heterorresponsabilidade tem sido cada vez mais criticado pela doutrina. Muitos apontam que essa forma de RPPJ é inconciliável com a previsão constitucional que reconhece a capacidade de ação da pj (GALVÃO, 2020, p. 68-69), bem como com princípios caros aos DP brasileiro, como o da culpabilidade e o da individualidade da pena (GALVÃO, 2020, p. 29-30; SALVADOR NETTO, 2020, RB-5.5; GUEIROS, 2021a, p. 217).

Além de críticas mais gerais, também é possível perceber a existência de graves problemas do paradigma também no que diz respeito à delimitação da RPPJ pela participação delitiva. A ausência de uma teoria do delito própria à pj, além da existência de critérios de responsabilização com interpretação bastante extensiva, faz com que a RPPJ pela participação possa dar origem a cenários desproporcionais de punibilidade.

Em seguida, são exemplificados alguns casos cuja RPPJ pela participação leva a cenários questionáveis de punibilidade.

RPPJ pela participação sem interesse compatível com a entidade, que tão somente lhe gere benefícios indiretos. A interpretação estritamente objetiva e alternativa do requisito da LCA "interesse ou benefício", faz com que possa haver RPPJ pela participação que não esteja voltada, de qualquer modo ao benefício da entidade, desde que o delito lhe reverta algum benefício, ainda que indireto (GURAGNI, 2012, p. 25). A interpretação estritamente objetiva da aludida referência faz com que a RPPJ pareça ser um artifício de criminalização, não de um injusto, mas de um benefício.

RPPJ pela participação estritamente individualizada de seu representante. Outro cenário questionável pode decorrer da situação em que um representante da pj decida por e execute individualmente uma contribuição delitiva acessória. Novamente, se houver benefício à pj, essa será responsabilizada ainda que toda a infração tenha sido decidida e executada por um só indivíduo, até mesmo em casos nos quais essa decisão não se demonstre compatível com o interesse da pj.

Múltipla RPPJ por diferentes infrações cometidas relacionadas a um mesmo fato. A característica de o art. 3º, da LCA prever a RPPJ pela infração cometida, permite, *a priori*, haver um cenário de múltipla responsabilização penal à pj. Isso pode ocorrer nos casos em que for cometida mais de uma infração penal relacionada ao mesmo fato, como nos casos em que forem apuradas infrações cometidas a título de autoria e participação de phs que integrem uma mesma pj, ou ainda nos mais diferentes cenários de concorrência delitiva. O fato pode ser o mesmo porém a infração não o é.

Problemas como esses, decorrentes de considerações relacionadas ao tema de RPPJ pela participação delitiva, reforçam ainda mais a tese já carreada por parte da doutrina quanto à inconsistência da heterorresponsabilidade como paradigma de interpretação do modelo normativo de RPPJ do Direito positivo brasileiro.

11. Conclusão

A compreensão da RPPJ inevitavelmente passa pela determinação de seus limites. Um desses consiste justamente na compreensão da RPPJ pela participação delitiva.

Doutrina e jurisprudência apresentam diferentes posicionamentos quanto ao tema. As soluções apresentadas sob o paradigma da heterorresponsabilidade variam desde a negação da RPPJ pela participação até compreensões que admitem o empréstimo não só da responsabilidade, mas também do título de intervenção delitiva de partícipe à pj.

Os atuais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não conseguem promover uma adequada delimitação da RPPJ pela participação. Ao contrário, reforçam as fragilidades dessa perspectiva paradigmática.

Uma versão contemporânea do DP não pode mais negar a RPPJ. Essa, contudo, não deve também negar o DP e seus princípios, mas sim ser conformada por um sistema de imputação, que não simplesmente interprete a pj como mero núcleo de responsabilidade penal, mas como verdadeiro sujeito de direitos e deveres, e que assim como os demais ramos do ordenamento preveem, possa também ser responsabilizada por fato próprio.

12. Referências Bibliográficas

AGUILERA GODILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. Navarra: Thomson Reuters, 2020.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 961, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.961.10.PDF. Acesso em: 16 ago. 2021.

BUSATO, Paulo. Vontade Penal da Pessoa Jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, ano 6, n. 12., p. 165-180, abr. 2001.

DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa. In: BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade**

penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 77-88.

DETZEL, André Eduardo; DETZEL, Aline Martinez Hinterlang de Barros. Superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica: reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 2, n. 1, 2016, p. 785-807.

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. O exame da práxis judicial brasileira realizado a partir de acórdãos recentes do STJ. **Revista Jota.info**. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/levando-a-serio-os-pressupostos-da-responsabilidade-penal-de-pessoas-juridicas-10022020. Acesso em: 17 ago. 2021.

GALVÃO, Fernando. **Teoria do Crime da Pessoa Jurídica**. Proposta de alteração do PLS n. 236/12. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. Tradução de Carolina de Freitas Paladino, Cristina Reindolff da Motta e Natália de Campos Grey. Seção Paulo: Atlas, 2015. XIV + 112p.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo**. La imputación penal de las personas jurídicas**: análisis del art. 31 bisCP. Valencia: Tirant lo blanch, 2014. p. 364-365.

GUARAGNI, Fábio André. "Interesse ou benefício" como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – A exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da Lei 9.605/98. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-131.

GUARAGNI, Fábio André; DE BARROS, Ellen Galliano; MOSER, Manoela Pereira. Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à luz do modelo construtivista de autorresponsabilidade. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, [S.l.], v. 1, n. 22, p. 16 -

35, jan. 2019. ISSN 2316-2880. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3859. Acesso em: 2 set. 2021.

GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. **A Lei 9605/98 e o modelo de imputação do crime à pessoa jurídica**: estudo de casos. 2012. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=90f1f4972d133619. Acesso em: 2 set. 2021.

GUEIROS SOUZA, Artur. **Direito Penal Empresarial**: Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

GUEIROS SOUZA, Artur. Resenha ao livro Manual de Compliance Penal en España, de Rafael Aguilera Gordillo. Navarra: Thomson Reuters, 2020. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 303–314, 2021. Disponível em: https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/25. Acesso em: 11 fev. 2022.

LASCURAÍN, Juan Antonio. ¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación? **Revista Almacén de derecho**. 2019. Disponível em: https://almacendederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion. Acesso em: 23 ago. 2021.

LEITE, Alaor. Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 77-88.

LIMA, Gilberto Morelli. **Da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2014. Disponível em: https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/4660-da-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-4660.html. Acesso em: 23 ago. 2021.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2. ed. 2020. 365 p. Livro eletrônico. Não paginado.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2015.

La responsabilisation penale de l'entreprise et de son dirigeant en droit français face aux nouveaux risques: environnement et droit humains

Emmanuel Daoud[1]

Marie Perrault[2]

Julien Roelens[3]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre os riscos das empresas e seus dirigentes serem penalmente responsabilizados. São apresentados os riscos tradicionais da legislação francesa, como o abuso de confiança, a corrupção pública, o tráfico de influências, a corrupção privada, a sonegação fiscal e a lavagem de dinheiro. Além disso, são analisados os novos riscos, trazidos por recentes leis penais, como as infrações ambientais, o ecocídio, o assédio moral, o assédio sexual e, nas grandes corporações, a omissão na adoção de programas de compliance. Em seguida, o estudo analisa os pressupostos de imputação penal para pessoas jurídicas e seus integrantes, enfatizando-se os novos instrumentos do Direito Penal Econômico (tanto na legislação como na jurisprudência), como os acordos entre o Ministério Público e as empresas investigadas, os programas de conformidade, com a sua definição e seus pilares, a proteção aos informantes, as investigações internas e o dever de vigilância frente às novas demandas sociais, como a proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos.

Palavras-chave: responsabilidade empresarial; risco penal; proteção ambiental; direitos humanos; compliance.

1. Introduction

Plus que jamais le dirigeant d'entreprise est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée. De nouvelles législations sont venues encadrer la protection de l'environnement et les

[1] Avocat au barreau de Paris, associé du cabinet VIGO.
[2] Avocate aux barreaux de Paris, New-York, Angleterre et Pays de Galles, cabinet VIGO.
[3] Avocat au barreau de Paris, cabinet VIGO.

droits humains et ont instauré en pratique une répression renforcée de la responsabilité pénale des dirigeants tant individuelle qu'en tant que représentants légaux. L'actualité judiciaire est en effet riche en contentieux stratégiques, notamment climatiques, faisant peser de nouvelles obligations sur les entreprises.

Le dirigeant d'entreprise se doit en conséquence d'appréhender aujourd'hui sa responsabilité pénale de manière plus large.

En effet, une prévention effective du risque pénal implique d'identifier et de définir clairement, au sein de la société, les personnes décisionnaires, ainsi que leur périmètre d'action (géographique et/ou fonctionnel), afin de pouvoir mettre en œuvre, d'une part, des mesures correctives et, d'autre part, de tenter de maîtriser les risques identifiés. Cette approche de prévention offre une véritable boite à outils aux dirigeants pour appréhender leur responsabilité pénale de façon globale et proactive.

2. Les infractions « d'affaires », champ traditionnel de la responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants

Le risque pénal pesant sur l'entreprise et son dirigeant est traditionnellement appréhendé par le prisme de qualifications classiques du droit pénal des affaires sur lesquelles sont fondées de nombreuses condamnations et dont les contours sont tracés par une jurisprudence abondante.

Il convient d'exposer, sans être exhaustif, ces délits bien connus des dirigeants d'entreprises.

- **L'abus de biens sociaux**

De tous les délits relatifs à la responsabilité pénale des dirigeants, ce délit fait partie de ceux qu'on redoute, notamment en raison du caractère polymorphe de sa matérialisation.

Prévu par les articles L.241-3-4° et L.242-6-3° du Code de commerce, l'abus de biens sociaux est le fait pour le gérant de société à responsabilité limitée et pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes de faire, « *de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

L'abus de biens sociaux ne peut être commis qu'au sein de certaines sociétés commerciales ou, sur prévision expresse de la loi, au sein de certaines sociétés civiles, et par certaines personnes limitativement énumérées par le législateur[1].

Les dirigeants visés sont les dirigeants légaux et les dirigeants de fait, conformément à l'article L.241-9 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée, à l'article L.246-2 du Code de commerce pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions et à l'article L.244-4 du Code de commerce pour les sociétés par actions simplifiées.

Le comportement incriminé consiste en un usage contraire à l'intérêt social des biens ou du crédit de la société. L'usage doit s'entendre de toute utilisation des objets sur lesquels le délit doit porter, indépendamment de toute appropriation[2].

Si le législateur exige pour que l'abus de biens sociaux soit constitué que l'usage s'avère « *contraire à l'intérêt social* », la jurisprudence estime toutefois que l'infraction est consommée non seulement quand l'acte d'usage porte effectivement atteinte au patrimoine de la société, mais aussi lorsqu'il « *fait courir un risque anormal au patrimoine social* », peu importe que le risque se réalise ou non.

Ainsi, lorsque l'agent a employé des fonds sociaux à des fins de corruption pour obtenir un marché pour l'entreprise, la jurisprudence estime que l'abus de biens sociaux est constitué[3].

En outre, il n'y a pas d'abus de biens sociaux par imprudence ou par négligence. En effet, l'auteur de l'infraction doit nécessairement avoir la connaissance ou la conscience de contrevenir à l'intérêt social de l'acte accompli. Il est également requis que l'acte ait été fait par le dirigeant à des fins personnelle ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement[4].

---

[1] L'abus de biens sociaux ne peut être commis qu'au sein des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée, des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions, des sociétés par actions simplifiées, ou de certaines sociétés civiles.

[2] *Crim., 28 janv. 2004, n°02-88.094* : La Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 28 janvier 2004, que l'usage abusif des biens ou du crédit de la société peut résulter non seulement d'une action mais aussi d'une abstention volontaire du dirigeant.

[3] *Crim., 27 oct. 1997, n°96-83.698* : Dans l'important arrêt Carignon du 27 octobre 1997, la Chambre criminelle a jugé que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ».

[4] Cette intention est aisément caractérisée en pratique, la chambre criminelle édictant une présomption d'intérêt personnel en estimant que « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux, prélevés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel » (*Crim., 11 janv. 1996, n°95-81.776).*

- **La corruption et le trafic d'influence**

- ***La corruption active***

Si l'infraction, prévue à l'article 433-1 du Code pénal, peut ici être commise par « *quiconque* », elle ne peut en revanche être commise qu'à l'égard d'une personne « *dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public* ». Ces fonctions peuvent être exercées en France, mais aussi dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique[5].

Cette infraction suppose une sollicitation ou une acceptation sans droits, celles-ci devant porter sur des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour soi-même ou pour autrui. La prestation promise pour le corrompu au titre de l'offre ou de l'acceptation doit consister dans le fait d'accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat. En outre, un lien de cause à effet doit pouvoir être constaté entre cette prestation et la contre-prestation. En revanche, peu importe qu'elle soit ou non effectivement réalisée. En effet, la corruption est matérialisée par le seul fait de solliciter ou d'agréer, indépendamment du point de savoir si les choses promises seront livrées ou si l'acte de la fonction sera accompli, la corruption étant une infraction formelle.

- ***La corruption dans le secteur privé***

A côté de l'infraction de corruption active, les articles 445-1 et suivants du Code pénal incriminent de la même manière les agissements de corruption commis dans le secteur privé[6].

- *Le trafic d'influence*

[5] L'infraction ne peut toutefois pas être commise à l'égard d'un magistrat, d'un juré, d'un expert ou d'un arbitre, ni des membres d'une profession médicale ou de santé, puisque ce sont alors les qualifications spéciales prévues à l'article 434-9 et 441-8 du Code pénal qui doivent s'appliquer.

[6] Loi n°2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la justice.

Le trafic d'influence, prévu à l'article 433-1 du Code pénal, ne se distingue de la corruption que par la nature de la prestation recherchée, qui doit consister dans le fait d'« *abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* ».

- **La fraude fiscale**

La fraude fiscale, prévue à l'article 1741 du Code général des impôts, est caractérisée par la soustraction ou tentative de soustraction à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts figurant dans le code général des impôts. La répression concerne aussi bien les impôts directs, indirects, droits d'enregistrement et taxes assimilées que les taxes sur les chiffres d'affaires ou encore l'impôt sur la fortune immobilière.

L'auteur de l'infraction doit avoir eu l'intention délibérée de frauder ou de tenter de frauder[7].

L'infraction peut prendre la forme d'une omission, d'une dissimulation volontaire de sommes soumises à l'impôt (qui est passible de sanction dès lors qu'elle excède 1/10e de la somme imposable ou la somme de 153 euros) ou encore d'une organisation d'insolvabilité. De façon générale, le législateur réprime tout moyen frauduleux mis en œuvre par le contribuable pour se soustraire ou tenter de se soustraire à l'impôt.

- **Le blanchiment**

Aux termes de l'article 324-1 du Code pénal, il convient de distinguer deux formes de blanchiment :

- *La facilitation de la justification mensongère de l'origine des biens et revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect (C. pén., art. 324-1, al. 1er).*

[7] Voir LPF, art. L 227 ; *Crim. 25 mai 1987, n° 85-95.191*.

La justification mensongère peut être opérée par tous moyens (faux bulletins de salaires, fausses factures, fausses reconnaissances de dettes…). La justification porte autant sur les revenus[8] que les biens d'un individu.

A cet égard, l'article 324-1-1 du Code pénal instaure une présomption: *« les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus ».*

- *Le concours apporté à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit (C. pén., art. 324-1, al. 2).*

Il s'agit de dissimuler le produit d'une infraction ou de le réintégrer dans le circuit financier légal, par exemple ouvrir un compte bancaire au nom d'une personne fictive[9].

L'existence d'un profit personnel n'est pas nécessaire. Il arrive ainsi qu'un professionnel du placement d'argent se rende coupable de blanchiment lorsqu'il a connaissance que son client a commis une fraude fiscale et accepte néanmoins de gérer son capital.

S'agissant de l'élément intentionnel du délit, il est constitué par la seule connaissance de l'origine criminelle ou délictuelle des fonds[10]. Une connaissance précise et exacte de l'infraction génératrice n'est pas exigée[11]. La preuve de la connaissance de l'origine frauduleuse des fonds procède le plus souvent d'un faisceau d'indices ou de la profession du prévenu, **spécialement lorsque celui-ci a manqué à ses obligations professionnelles[12], de prudence ou de vérification notamment**.

[8] *Crim., 26 janvier 2011, n°10-84.081* : le délit est réalisé par l'interposition d'une société pour l'achat de véhicule et le paiement d'un entrepreneur chargé de la construction d'une villa
[9] *Crim., 19 févr. 1998, n°97-80.451.*
[10] *Crim., 1er déc. 2004, n°04-82.673.*
[11] *Crim., 3 déc. 2003, n°02-84.646, Bull. crim. n°234*
[12] *Crim., 29 mars 2007, n°06-84.445*

3. Les entreprises et leurs dirigeants pénalement responsables face aux enjeux humains, environnementaux et technologiques

Comme indiqué plus haut, ces dernières années ont été marquées par une judiciarisation croissante des obligations des entreprises concernant les atteintes à l'environnement, aux droits humains et l'utilisation des nouvelles technologies. Les acteurs privés, et au premier plan les entreprises et leurs dirigeants, ne sauraient donc méconnaître les grands enjeux de notre siècle en ne répondant pénalement que des infractions dites classiquement du droit pénal des affaires, étant désormais susceptibles d'être poursuivis pour des faits relatifs à ces nouveaux enjeux. .

Il convient d'en citer quelques exemples, sans ambition d'exhaustivité et en premier lieu l'incrimination du risque causé à autrui, délit extrêmement large permettant une condamnation en l'absence de tout dommage sur le fondement de l'article 223-1 du code pénal disposant que la seule faute d'imprudence suffit à mettre en jeu la responsabilité pénale du chef d'entreprise ou de la personne morale. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu admettre que le non-respect des obligations réglementaires relatives à la protection contre les risques liés à l'amiante suffisait à entrer en voie de condamnation.[13]

- **Les infractions environnementales**

Le droit pénal de l'environnement en droit français peut s'entendre comme l'ensemble des infractions relatives à la protection de la nature, des ressources naturelles, des sites et paysages ainsi que celles relatives à la lutte contre les pollutions et les nuisances. De multiples infractions sont réprimées par des dispositions éparses du code pénal, du code de l'environnement, du code rural et de la pêche maritime, du code forestier et du code minier.

Le Code de l'environnement contient notamment plusieurs dispositions répressives en matière de réglementation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ou la gestion de l'eau et des déchets.

Sont ainsi sanctionnés l'exercice sans droit d'une activité réglementée, à savoir le fait d'exploiter une installation sans l'autorisation ou l'enregistrement requis[14] mais également le

[13] *Crim. 19 avril 2017, n°16- 80.695 ; Gaz. pal. 18 juillet 2017, p. 55, obs. E. Dreyer*
[14] Articles L.173-1 et suivants du Code de l'environnement – A titre d'exemple, voir *Crim. 16 juin 2009, n° 08-87.911.*

fait d'exploiter une installation soumise à autorisation sans satisfaire aux règles générales et prescriptions techniques[15].

En matière de déchets, l'article L.541-46, I, 4° du Code de l'environnement réprime le fait « *d'abandonner, déposer ou faire déposer, dans des conditions contraires aux dispositions* » législatives et réglementaires « *des déchets* » : il peut s'agir de déchets industriels mais également d'ordures ménagères entreposées au mépris des règles de collecte fixées sur le territoire d'une Commune.

En matière de protection des eaux, l'article L.216-6 du Code de l'environnement est le fondement répressif le plus usité. Cette disposition érige en délit le rejet de substances nuisibles dans les eaux naturelles, mais aussi l'abandon des déchets dans les milieux aquatiques.

Ont ainsi été reconnus coupables de ce délit l'exploitant d'une station de traitement des eaux pour le rejet de boues noirâtres[16] ou encore le directeur d'une usine pour avoir déversé accidentellement de l'ammoniac en eau douce ayant entraîné une destruction piscicole[17].

La loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (ci-après la « loi climat ») a ajouté à ce dispositif répressif un nouveau délit de pollution de l'air ou de l'eau (article L. 231-1 du code de l'environnement), caractérisé par, d'une part, une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement et, d'autre part, une atteinte grave et durable à la santé, la flore ou la faune ou des modifications graves du régime d'alimentation en eau.

La loi climat crée également une circonstance aggravante de mise en danger de l'environnement pour certaines infractions. Elle aggrave, par ailleurs, la peine applicable au délit de dépôt ou gestion illégal de déchets lorsqu'il provoque « une dégradation substantielle de la faune et de la flore ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ».

De plus, le nouvel article L. 231-3 du code de l'environnement qualifie désormais d'écocide :

- le délit de pollution de l'air ou de l'eau tel que défini à l'article L. 231-1, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle ; ou encore

[15] Article R.514-4 du Code de l'environnement.
[16] *Crim. 16 janv. 2007, n°03-86.502.*
[17] *CA Toulouse 30 juill. 2008, AZF.*

- le fait d'abandonner, de déposer ou de gérer des déchets en méconnaissance de la réglementation applicable lorsqu'il entraine « des atteintes graves et durables à la santé, à la flore, à la faune ou à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ».

Le délit d'écocide est puni de dix ans d'emprisonnement et 4,5 millions d'euros d'amende (22,5 millions d'euros pour les personnes morales) (ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction).[18]

Par ailleurs, certaines infractions, sans être spécifiquement prévues pour protéger l'environnement, peuvent néanmoins constituer le fondement de poursuites à l'encontre de personnes morales en cas d'atteintes. C'est le cas du délit de mise en danger de la vie d'autrui, défini à l'article 223-1 du Code pénal, ou encore de l'ensemble des atteintes à l'intégrité de la personne pouvant être occasionnées par les dommages environnementaux, telles que les infractions d'homicides et de blessures involontaires définies aux articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal.

En plus de ces dispositions spécifiques, l'article R.610-5 du Code pénal réprime, au titre d'une contravention de 1ère classe, toute « *violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police* ». La méconnaissance d'arrêtés relevant des pouvoirs du Maire en matière de salubrité publique peut relever de ces dispositions[19].

La supervision des activités de la personne morale par les instances dirigeantes ne peut donc plus exclure le suivi des mesures et actions de la personne morale et des collaborateurs lorsqu'il existe une possibilité de risque environnemental. Des outils sont à la disposition des dirigeants pour analyser les risques potentiels et mettre en place une stratégie de maitrise du risque (voir *infra. 5.*)

- **Le harcèlement moral et sexuel**

- ***Le harcèlement moral***

[18] « Mise en danger de l'environnement, délit de pollution et écocide : que change la loi Climat », Emmanuel Daoud et Julia Thibord, RLDA décembre 2021

[19] *Crim. 14 mars 1989, n°87-91.686, Bull. crim. n°127.*

L'article 222-33-2 du Code pénal[20] sanctionne le harcèlement moral dans le milieu du travail, dans le secteur privé et dans le secteur public. A noter que le délit existe aussi à l'article L.1155-2 du Code du travail en étant défini dans les mêmes termes que le Code pénal à l'article L.1152-1. Toutefois, le délit du Code du travail fait encourir une peine moindre (un an d'emprisonnement et 3.750 euros d'amende contre 2 ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende).

Ce délit est caractérisé par des propos ou comportements répétés[21] ayant pour but ou conséquence une atteinte aux droits et à la dignité du salarié, l'altération de sa santé physique ou mentale ou la compromission de son avenir professionnel[22].

Il s'agit d'un délit dont la matérialité est polymorphe : refus injustifiés d'aménager les horaires du salarié, répétition de critiques, brimades ou mesures injustifiées, etc.

- ***Harcèlement sexuel***

Il s'agit là d'un enjeu majeur pour l'entreprise et son dirigeant : le comportement inacceptable de certains et la libération de la parole des femmes, dont il convient de se réjouir, engendre un nombre important de situations que l'entreprise et son dirigeant ne peut ignorer, s'agissant notamment des situations de harcèlement sexuel.

L'article 222-33 du Code pénal réprime les comportements consistant dans le fait « *d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle* ».

La loi du 3 août 2018 a élargi l'incrimination sur deux points : d'une part, sont désormais visés, outre des propos ou comportements à connotation sexuelle, les propos ou comportement à connotation « *sexiste* » ; d'autre part, la loi a précisé l'exigence de répétition des propos ou comportements afin que le délit puisse également s'appliquer dans les cas où cette répétition est le fait de plusieurs personnes.

[20] Le délit prévu à l'article 222-33-2 du Code pénal existe aussi à l'article L.1155-2 du Code du travail en étant défini dans les mêmes termes que le Code pénal à l'article L.1152-1. Le délit du Code du travail fait néanmoins encourir une peine moindre (un an d'emprisonnement et 3.750 euros d'amende).

[21] *Crim., 9 mai 2018, n°17-83.623* : Par exemple, la jurisprudence a pu censurer le harcèlement en présence d'un courrier identique envoyé à plusieurs collègues de travail.

[22] *Crim., 23 janv. 2018, n°16-87.709* : Ces finalités n'ont pas à être atteintes, la simple possibilité suffit.

Le Code pénal réprime également le fait d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, même de manière non répétée.

4. Les conditions « traditionnelles » d'engagement de la responsabilité pénale de l'entreprise et de son dirigeant

En droit français, la responsabilité pénale d'un dirigeant d'entreprise et celle de l'entreprise peuvent être engagées de façon cumulative.

S'agissant des personnes physiques, tout individu commettant une infraction dans l'entreprise peut voir sa responsabilité engagée, qu'il s'agisse d'un membre d'une instance dirigeante, ou d'un préposé.

Traditionnellement, la responsabilité pénale des personnes physiques ne pouvait être engagée que pour des actions, et non pour des omissions.

Cependant, la multiplication des obligations de faire, et notamment des obligations de mise en conformité, incombant aux dirigeants s'accompagne d'une pénalisation de leurs omissions. La loi pénale, relayée par les juges, sanctionne désormais pénalement les négligences et omissions dans l'anticipation du comportement litigieux.

La responsabilité pénale du mandataire social peut ainsi être engagée pour des faits qu'il n'aura pas commis, ni même recherchés. A ce titre, l'article 121-3 du code pénal prévoit que pour certains délits, il n'est pas nécessaire de démontrer une intention de la part de l'auteur des faits, une faute suffit. Par exemple, un dirigeant d'entreprise commet une faute pénale en ne respectant pas certaines obligations en matière d'hygiène et de sécurité, et peut se voir déclarer coupable de faits d'homicide ou de violences involontaires.

S'agissant de la faute commise par le dirigeant d'entreprise, il convient de distinguer la faute simple, la faute caractérisée et la faute délibérée.

En cas de faute simple, c'est à dire en cas de « *faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* »,[23] la responsabilité du dirigeant d'entreprise ou de son préposé est susceptible d'être engagée lorsque son comportement est directement à l'origine du dommage subi par la victime. [24]

[23] Article 121-3 du Code pénal

[24] *Synthèse - Responsabilité pénale des personnes physiques* ; JurisClasseur Pénal Code ; Philippe Salvage ; Jacques Leroy

En cas d'intervention tierce dans la réalisation du dommage, la causalité est indirecte, et une faute caractérisée ou délibérée doit être rapportée. Plus précisément, lorsque le lien entre le comportement et le dommage est distendu, la responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise ou de son préposé ne peut être engagée qu'à condition que soit démontré :

- Qu'il a exposé autrui, par une faute caractérisée, à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer (faute caractérisée) ;
- Qu'il a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (faute délibérée).

Ainsi, en pratique, un dirigeant d'entreprise pourra être condamné pour homicide involontaire alors même que son préposé a agi en contrariété avec les consignes données. A titre d'exemple, dans une affaire jugée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le salarié, ne comprenant ni ne parlant correctement la langue française, avait utilisé un tracteur et avait causé un dommage, alors même que son employeur lui avait interdit d'utiliser le véhicule.[25] Or il appartenait à l'employeur de s'assurer que les consignes de sécurité avaient bien été traduites et comprises par son préposé. Il avait ainsi été condamné pour homicide involontaire.

Il convient désormais de s'intéresser aux conditions d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale.

S'agissant des personnes morales, et conformément aux dispositions de l'article 121-2 du code pénal, l'infraction doit avoir été commise par un organe ou un représentant. Or, la condition d'organe ou de représentant est entendue très largement par la jurisprudence, si bien que les juges considèrent comme tels les mandataires désignés par les statuts ou par la loi, les dirigeants de fait[26], de même que les salariés titulaires d'une délégation de pouvoir[27].

En outre, les juges admettent que la personne morale soit pénalement responsable de faits pour lesquels l'organe ou le représentant, personne physique, n'est lui-même pas responsable, faute d'élément moral. Ainsi, une personne morale engage sa responsabilité en cas de lien de causalité indirecte entre le comportement de l'organe et le résultat de l'infraction,

[25] *Crim. 11 mars 2014, n°12-86.769*
[26] *Crim. 9 novembre 1999, 98-81.746 ; Crim. 15 juin 2016, n°14-87.715*
[27] *Crim. 14 décembre 1999, n°99-80.104 ; Crim. 25 mars 2014, n°13-80.316*

alors même que celui-ci n'a commis qu'une faute d'imprudence ordinaire. En effet, en cas de causalité indirecte, une faute simple de l'organe ou du représentant suffit pour engager la responsabilité pénale de la personne morale. [28]

Pour que la responsabilité pénale de la personne morale puisse être engagée, l'infraction doit en outre avoir été commise pour son compte. Là encore, les magistrats interprètent cette condition avec souplesse. En pratique, si l'infraction a été commise à l'occasion d'activités ayant pour objet l'organisation ou le fonctionnement de l'entreprise, la responsabilité pénale de cette dernière pourra être engagée, et ce, même si elle n'en retire aucun bénéfice.

Il convient enfin de relever un récent revirement de jurisprudence, considérant désormais que la responsabilité pénale d'une société absorbante peut être mise en jeu pour des faits commis par la société absorbée, préalablement à l'opération de fusion acquisition[29].

Ainsi, avant toute opération d'acquisition d'une société, un audit du risque pénal s'impose afin d'éviter à la société absorbante de supporter une responsabilité pénale découlant d'agissements qui lui sont étrangers.

5. Les nouvelles formes d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale

Introduite par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II »), la CJIP a déjà pleinement séduit les services du Parquet. En effet, en à peine six ans d'existence, 16 CJIPS ont déjà été signées.

L'article 41-1-2 du code de procédure pénale permet au procureur de la République de conclure une convention avec une personne morale mise en cause ou mise en examen pour des faits de corruption, de trafic d'influence, de fraude fiscale et de blanchiment et toute infraction connexe.

Une entreprise qui accepte de signer une CJIP[*] se verra dans l'obligation de verser une amende d'intérêt public dont le montant aura été fixé de manière proportionnée aux avantages

[28] *Crim. 24 octobre 2000, n° 00-80.378*

[29] *Crim. 25 novembre 2020, n°18-86.955*

[*] *Convention Judiciaire d'Interêt Public* : La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II » a introduit à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale un mécanisme procédural innovant, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), qui constitue un dispositif transactionnel permettant un traitement efficace et rapide des procédures ouvertes contre des personnes morales. Cette mesure alternative aux poursuites est désormais applicable aux personnes morales

tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements.

La personne morale pourra également être obligée de se soumettre, pour une durée maximale de trois ans, à un contrôle de l'Agence Française Anticorruption (« AFA ») afin de mettre en place un robuste programme de conformité au sein de l'entité.

La CJIP offre d'une part une alternative à une procédure pénale longue et incluant une audience publique qui peut se révéler fortement impactante sur le plan réputationnel pour les personnes morales, et d'autre part une opportunité d'éviter une interdiction d'accès à certains marchés, notamment publics, en raison d'une procédure en cours, et une inscription au casier judiciaire.

Cependant, la signature d'une CJIP n'est pas un chemin aisé et les personnes morales souhaitant s'engager dans cette voie doivent avoir pleinement conscience des attentes importantes du Parquet en la matière.

Les facteurs pris en considération par le Parquet lors du calcul de l'amende sont une potentielle révélation spontanée, le degré de coopération, l'ancienneté des faits, ou encore les mesures correctives mises en place.

Les lignes directrices rédigées conjointement par l'AFA et le PNF publiées en juin 2019 indiquent que la « *coopération de la personne morale aux investigations judiciaires dont elle est l'objet constitue un préalable nécessaire à la conclusion de la CJIP* »[30] et pourra être prise

---

mises en causes pour des faits de corruption et trafic d'influence, actifs et passifs, fraude fiscale, leur blanchiment et toute infraction connexe.

La loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a en outre créé un mécanisme similaire à l'article 41-1-3 du code de procédure pénale pour les délits prévus par le code de l'environnement et infractions connexes.

Cette convention permet d'imposer à la personne morale une ou plusieurs des obligations suivantes : 1. verser une amende d'intérêt public au Trésor public, dont le montant devra être fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, pouvant aller jusqu'à 30 % du chiffre d'affaires annuel de la personne morale signataire ; 2. mettre en œuvre un programme de mise en conformité d'une durée maximale de trois ans, sous le contrôle, selon les cas, de l'Agence Française Anticorruption ou des services compétents du ministère chargé de l'environnement ; 3. la réparation du préjudice causé à la victime ou du préjudice écologique.

Les CJIP conclues antérieurement à la loi du 24 décembre 2020 peuvent être consultées sur le site de l'AFA. Les CJIP conclues en application de l'article 41-1-2 sont, désormais, également publiées sur le site du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance et celles conclues en application de l'article 41-1-3 sont également publiées sur le site du ministère de la Transition écologique. *In* http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/cjip-13002/.

[Note de bas de page ajoutée par les éditeurs de la R-CPJM]

[30] AFA-PNF, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*,26 juin 2019

en compte pour diminuer la sanction prise à l'encontre de l'entreprise, le cas échéant. Plus encore, Jean-François Bohnert, procureur national financier, estime que pour être proposée, l'entreprise doit adopter « *une attitude proche de l'auto-accusation* » et qu'elle doit « *prendre l'attache du PNF pour signaler des infractions qu'elle aurait commises* ».[31]

En pratique, il faut alors que l'entreprise « *accepte d'ouvrir ses archives et ses dossiers et [...] aide [le parquet] à identifier, assez rapidement, les domaines litigieux relatifs à son passé. Elle doit [...] confier [au parquet] les documents et données utiles et [l'] aide à les exploiter* »[32].

Une telle coopération sous-entend une organisation interne robuste et la conduite d'une enquête interne en parallèle de l'enquête pénale – voir *infra*.

Il convient dans le cadre d'une CJIP, d'être particulièrement vigilant quant à l'ampleur des données transmises aux autorités, sans remettre en cause l'engagement de coopération. Cet équilibre peut se révéler périlleux et demande une attention constante de la part des instances dirigeantes.

L'article 41-1-2 du code de procédure pénale prévoit que les informations communiquées en vue de la conclusion d'une CJIP ne peuvent pas être utilisées devant la juridiction de jugement ou d'instruction en cas d'échec de la procédure.

Toutefois, selon l'AFA et le PNF « *[c]ette disposition concerne les documents et informations transmis au parquet après formalisation d'une proposition des CJIP [...]. En revanche, l'article 41-1-2 du code de procédure pénale n'affecte pas la possibilité pour le parquet de faire usage des documents et informations transmis par l'entreprise ou son conseil dans le cadre de la phase d'enquête, laquelle est nécessairement antérieure à la formalisation d'une proposition de CJIP et donc à la procédure prévue à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale* »[33].

Il importe de souligner que la conclusion d'une CJIP ne suppose pas, en principe, de reconnaissance des faits par la personne morale. Cependant, si la CJIP est proposée lors d'une instruction préparatoire, l'entreprise ayant déjà été mise en examen, une reconnaissance de culpabilité déguisée est présente.

---

[31] P. Januel, « *Nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes* », Dalloz actualité, interview de J.-F. Bohnert, 18 mars 2020

[32] Le Club des juristes, *CJIP de la loi Sapin II : Premier bilan d'un changement de paradigme de la justice pénale*, 11 mars 2020

[33] Lignes directrices AFA-PNF, préc.

La conclusion d'une CJIP n'éteint pas l'action publique à l'encontre du dirigeant, personne physique. En effet, à la différence du « *Deferred Prosecution Agreement* » américain, la CJIP exclut de son champ d'application les personnes physiques.

Les lignes directrices du PNF et de l'AFA le rappellent : « *Nonobstant la conclusion d'une CJIP, les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent personnellement responsables. L'intérêt public exige que de telles poursuites soient exercées chaque fois que les conditions juridiques le permettent. Les investigations internes conduites par l'entreprise doivent donc également contribuer à établir les responsabilités individuelles.* »[34]

Le dirigeant de l'entreprise pourra éventuellement envisager un recours à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, procédure de justice négociée introduite en droit français en 2004, sans certitude que celle-ci soit validée concomitamment à l'homologation de la CJIP relevant des mêmes faits.

6. La compliance au cœur de la stratégie de défense contentieuse

La compliance peut se définir comme la branche du droit imposant aux entreprises de se conformer à l'ensemble des réglementations ou exigences légales sous peine de sanction. Le législateur a depuis quelques années par le biais de plusieurs textes clés eu comme objectif de responsabiliser les acteurs économiques et d'inciter les dirigeants à anticiper les risques multiples par le prisme de la conformité. Ainsi, la loi Sapin II, la loi sur le devoir de vigilance ou encore le Règlement Général sur la Protection des Données entérinent pleinement ce virage tant législatif que sociétal.

La mise en place d'un programme de conformité répond à la fois à une volonté de prévenir la commission d'infractions ou de sanctions mais également à une exonération de responsabilité de l'entreprise et/ou de son dirigeant en cas d'infraction en démontrant que toutes les mesures préventives ont été mises en œuvre.

Une réelle implication des dirigeants est requise pour l'adhésion de l'ensemble des collaborateurs à une culture d'entreprise éthique. L'impulsion doit venir des dirigeants afin de faciliter la transmission des valeurs éthiques au sein de l'entreprise et impliquer plus facilement

[34] Lignes directrices AFA-PNF, préc.

toutes les parties prenantes en la matière. C'est le fameux « *engagement de l'instance dirigeante* » énoncé par les dernières recommandations de l'AFA.

Ces nouveaux outils viennent renforcer les mécanismes historiques d'encadrements de la responsabilité pénale des dirigeants et offrir des éléments de défense documentés et précis qui ne doivent pas être sous-estimés dans les contentieux de responsabilité pénale des entreprises et des dirigeants. Il convient à ce titre de souligner que les autorités se saisissent eux-mêmes de ces outils en tirant des conclusions en cas d'absence de ces derniers.

- **La délégation de pouvoir**

La délégation de pouvoirs est un transfert de pouvoirs et de responsabilité uniquement dans le domaine pénal, à l'exclusion des responsabilités civile et administrative. Il s'agit d'une construction jurisprudentielle et d'un mécanisme propre au droit français.

La délégation de pouvoirs est conclue entre, d'une part, le délégant qui transfère une part de ses pouvoirs dans certains domaines de compétences, et d'autre part, le délégataire qui reçoit une partie des pouvoirs du délégant et devient responsable dans les domaines faisant l'objet de la délégation.

Le délégataire est responsable en cas de manquement, commis par lui-même ou les personnes sous son contrôle, aux prescriptions légales dont il doit assurer le respect et dans la limite du domaine qui lui est délégué.

Pour être valide, une délégation de pouvoirs doit être limitée afin de ne pas transférer la totalité des prérogatives du délégant au délégataire, et portée sur des missions précises pour établir de façon circonstanciée les pouvoirs et responsabilités transférés au délégataire.

Il convient ensuite de s'assurer que les personnes délégataires dans ces domaines disposent de la compétence (niveau hiérarchique et qualification), de l'autorité (autonomie dans la prise de décision dans le périmètre délégué), et des moyens (techniques, financiers et humains) nécessaires pour assumer de telles prérogatives – ce triptyque étant la condition de validité de toute délégation de pouvoirs.

Enfin, aucun écrit n'est exigé pour qu'une délégation de pouvoirs soit considérée comme valable, il est donc essentiel lors de la mise en place d'un schéma de délégation de pouvoirs de s'assurer que celles-ci reflètent la réalité opérationnelle afin qu'elles soient opposables en cas de contentieux.

En effet, la responsabilité du délégataire ne saurait être retenue si les conditions de validité de la délégation de pouvoirs ne sont pas réunies. La délégation pourra, le cas échéant, être invalidée par le juge et la recherche de responsabilité se fera alors au niveau du délégant, bien souvent le dirigeant.

La mise en place d'un schéma de délégation de pouvoirs assure ainsi que les personnes identifiées comme décisionnaires au sein de l'entreprise ont pleinement conscience de l'étendue leur responsabilité ainsi que de celle de leurs éventuels délégataires.

Au regard de son utilisation systématique par les tribunaux en cas de contentieux engageant la responsabilité pénale de la personne morale et/ou de son dirigeant, un chef d'entreprise ne peut de nos jours faire l'économie d'une réflexion autour du schéma de délégation de pouvoirs en place au sein de son entité.

- **Le programme de conformité**

Depuis l'introduction de la loi Sapin II, l'obligation de mise en place d'un programme de conformité concerne toute *« société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros »*[35]. Les acteurs publics sont également inclus dans le champ d'application de la loi sans application d'un seuil spécifique.

De plus, la loi Sapin II a une dimension extraterritoriale en visant les sociétés étrangères filiales d'une société mère française.

Le programme de conformité s'articule autour de 8 piliers:

- Un **code de conduite** ;
- Un **dispositif d'alerte interne** ;
- Une **cartographie des risques** ;
- Des **procédures d'évaluation des tiers** (des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires) ;
- Des **procédures de contrôles comptables** ;

[35] Article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016.

- Un **dispositif de formation** ;
- Un **régime disciplinaire** ; et
- Un **dispositif de contrôle et d'évaluation interne** du dispositif anticorruption.

L'Agence française anticorruption a également ajouté l'engagement de l'instance dirigeante comme élément clé d'un programme de conformité dans ses dernières recommandations publiées le 12 janvier 2021 et rappelle ainsi que le dirigeant est personnellement responsable du dispositif, même si la mission est confiée à un collaborateur.

L'AFA précise que la notion d'instance dirigeante vise notamment les présidents, les directeurs généraux, les gérants, les membres du directoire, ainsi que les directeurs généraux d'établissements publics à caractère industriel et commercial. Bien que les membres des conseils d'administration ou autres organes ne soient pas listés, l'AFA prend le soin de préciser que ces derniers sont tenus de s'assurer « *dans le cadre de leur mission de surveillance des activités de l'entreprise, de l'existence, de la pertinence et de l'efficacité des mesures prises par les dirigeants afin de se conformer à leurs obligations légales* »[36]. L'accent mis sur le rôle de l'instance dirigeante qui doit participer activement à instaurer une culture de la *compliance* au sein de l'entreprise est donc sans équivoque.

L'AFA est investie par la loi Sapin II d'un pouvoir de contrôle du « *respect des mesures et procédures* » précitées[37]. A cet effet, les agents de l'AFA sont habilités à effectuer des contrôles sur pièces et sur place des dispositifs interne de lutte contre les manquements à la probité. En cas de manquement constaté, l'AFA peut prononcer une amende administrative allant jusqu'à un million d'euros pour les personnes morales et 200.000 euros pour les personnes physiques, c'est-à-dire le dirigeant.

Dans ses dernières recommandations, l'AFA indique que la personne morale mettant en œuvre la méthodologie préconisée bénéficiera d'une présomption simple de conformité ne pouvant être renversée que par la démonstration par l'AFA d'une « *application non effective, incorrecte ou incomplète des recommandations* ».[38]

[36] Recommandations AFA, version du 12 janvier 2021, para 93 à 95, p. 13 et 14.
[37] Article 17 III de la loi Sapin II.
[38] Recommandations AFA, version du 12 janvier 2021.

La responsabilité de l'entreprise peut également être engagée si elle ne respecte pas le régime légal accordé au lanceur d'alerte, et introduit par l'article 6 de la loi Sapin II. Toute alerte abusive est également sanctionnée.

Désormais, le fait de lancer une alerte dans le respect de ce régime général offre au lanceur d'alerte une **protection légale** :

- la confidentialité de son identité est protégée ;
- il ne peut faire l'objet de mesures de représailles (être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte) ;
- il n'est pas pénalement responsable s'il porte atteinte à un secret protégé par la loi ;
- en cas de « procédure bâillon » à son encontre (procédure en diffamation, par exemple), le montant de l'amende civile peut être porté à 30 000 € ;

Le lanceur d'alerte doit être une **personne physique**, **de bonne foi**, **désintéressée**, ayant eu p**ersonnellement** connaissance des faits reprochés.

Cette protection est en passe d'être renforcée avec la transposition de la directive européenne 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des lanceurs d'alerte.

La directive a pour ambition de créer un cadre commun pour la protection des lanceurs d'alerte à l'échelle de l'UE et innove sur plusieurs points par rapport au régime issu de la loi Sapin II, notamment:

- la condition d'agir de *« manière désintéressée »* n'est pas explicitement prévue par le projet ;
- la procédure de signalement à respecter est assouplie en permettant au lanceur d'alerte de choisir le mode de signalement sans avoir à respecter d'ordre entre (i) le signalement interne et (ii) le signalement externe ;
- les possibilités de procéder à une divulgation publique sont élargies ;
- le champ des personnes protégées est élargi puisque sont protégés au-delà des travailleurs d'une part les actionnaires, anciens travailleurs, sous-traitants et

fournisseurs et d'autre part les tiers facilitateurs personnes physiques ayant aidé ou étant lié au lanceur d'alerte ;

- les mesures de rétorsion interdites sont plus larges car elles vont au-delà des questions entourant le contrat de travail et les sanctions disciplinaires.

Ainsi, au-delà du respect des obligations législatives, la mise en œuvre d'un programme de conformité permet de formaliser des valeurs et une vision commune, de donner du sens à l'engagement de l'entreprise et de ses collaborateurs en répondant à un besoin de clarification des responsabilités de chaque collaborateur par le biais de la responsabilisation individuelle de chacun s'agissant de la protection des intérêts de l'entreprise.

- **Les enquêtes internes**

Le mécanisme de l'enquête interne est, depuis des années, utilisé par les directeurs des ressources humaines et les praticiens du droit social.

La loi Sapin II impose aux personnes morales relevant de son champ d'application de mettre en œuvre un dispositif d'alerte interne ayant pour objectif de permettre un recueil centralisé des signalements des employés Cette nouvelle obligation a ainsi fortement contribué à la multiplication récente des enquêtes internes au sein des entreprises hors contentieux de droit social.

Cependant, aucun texte de loi n'encadre à ce jour la conduite d'une enquête interne, de sorte que sa structure est pour l'essentiel dessinée par les bonnes pratiques mises en place par les entreprises et les avocats, et ses contours fixés par la jurisprudence.

Dans l'hypothèse ou une alerte reçue soulève l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de l'entité ou de tout comportement répréhensible, menaçant ou préjudiciant gravement à l'intérêt général, la personne morale se doit d'en vérifier la véracité.

Cette vérification et cette recherche supposeront dans la plupart des cas de procéder à des investigations internes permettant une compréhension globale, détaillée et documentée de l'événement.

Toute entité, de n'importe quelle taille ou secteur d'activité, est susceptible d'être un jour confrontée à la nécessité de mettre en œuvre une enquête interne. Il convient donc de structurer une méthode d'investigation, en amont si possible de la réception de l'alerte, afin

d'encadrer la gestion de l'enquête de façon réactive et uniforme lorsque celle-ci s'avèrera nécessaire. A noter que cette réactivité dans la mise en œuvre d'une enquête interne s'avère importante pour l'entreprise, celle-ci étant prise en compte dans la jurisprudence[39].

L'alerte doit être catégorisée et hiérarchisée dès sa réception, cette opération permettant de décider de l'opportunité d'une enquête interne. En effet, l'étape primordiale de la structuration d'une enquête réside, d'une part, dans la détermination de la nature et de l'étendue de l'enquête et, d'autre part, dans la mise en place d'un plan d'action global englobant les différentes problématiques soulevées. La désignation d'une personne référente, la gestion de la collecte d'information, la possibilité de recours à un conseil externe ou les éventuels entretiens avec les employés impliqués doivent être pris en compte dès l'établissement du plan d'action.

L'enquête interne est documentée afin de préparer l'entreprise à toutes les conséquences présentes et futures des agissements objets de l'alerte[40].

Des entretiens seront éventuellement menés et le droit des salariés à être assisté, à ne pas répondre aux questions et/ou s'auto-incriminer, ou encore à relire l'éventuel compte-rendu d'entretien doit être rappelé.

En effet, conformément à son obligation de loyauté, le salarié doit s'abstenir d'accomplir tout acte contraire à l'intérêt de l'entreprise. Toutefois, au regard des enjeux pénaux de l'enquête interne et de la consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer comme droit fondamental, ce droit devrait primer sur l'obligation de loyauté de divulguer certaines informations[41].

En effet, l'enquête interne pouvant déboucher sur une enquête pénale, les exigences de l'articles 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ont vocation à s'appliquer à l'enquête interne. Selon cet article, tout accusé a le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination.

---

[39] La cour d'appel de paris a ainsi pu juger qu'un employeur s'est « acquitté de l'ensemble de ses obligations de sécurité par la mise en œuvre rapide de mesures permettant de prévenir des agissements de harcèlement moral – *CA Paris, 8 janv. 2020, n°17/04806*

[40] A cet égard, la jurisprudence a reconnu l'importance de conduire l'enquête interne « de façon méticuleuse, paritaire et loyale » (*CA Paris, 25 janv. 2018, n°15/08177*) et a rappelé que l'enquête doit être menée à charge et à décharge (*Cass. Soc., 9 février 2012, n°10-26.123*).

[41] « *Le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer dont dépend un procès équitable paraît d'une importance suffisamment forte pour qu'il soit ainsi porté atteinte au devoir de loyauté du salarié et au pouvoir de direction de l'employeur* ». (E. GOUESSE et JF TRETON, op. cit)

La notification du droit de se taire est par ailleurs largement recommandée par les différents guides sur les bonnes pratiques en matière d'enquête interne et le projet de loi « Sapin III »[42].

L'enquête se termine par la rédaction d'un rapport de synthèse, qui dressera les conclusions des investigations menées par l'employeur.

Bien évidemment, l'enquête interne, en France, ne remplace pas les investigations de police judiciaire dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction. En effet, une enquête interne a une existence séparée, bien que souvent parallèle, à toute enquête judiciaire (concurrence, sociale, pénale, commerciale, etc.). Ces deux existences peuvent se superposer soit dans le cas où l'entreprise se rapproche des autorités, soit si les autorités informent l'entreprise qu'une enquête est lancée.

Les autorités de poursuites soulignent ainsi elles-mêmes la place de plus en plus essentielle occupée par les enquêtes internes, notamment dans le cadre de la procédure de CJIP. Il est maintenant attendu de la personne morale engagée dans cette procédure d'avoir « *elle-même activement participé à la manifestation de la vérité au moyen d'une enquête interne ou d'un audit approfondi sur les faits et les dysfonctionnements du système de conformité qui en ont favorisé la commission* ». De la bonne tenue de l'enquête interne dépend l'appréciation du degré de coopération de la personne morale et une potentielle diminution de l'amende d'intérêt public pouvant être infligée.

- **La loi sur le devoir de vigilance**

Par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, le législateur renforce la prévention des infractions pénales en entreprise en prévoyant, notamment, la mise en place d'un plan de vigilance.

Ce dispositif législatif prévoit que les entreprises peuvent être condamnées sous astreinte, à l'initiative de toute personne ayant un intérêt à agir et en l'absence de tout dommage, à mettre en place un plan de vigilance. De plus, lorsqu'un dommage est causé, la responsabilité délictuelle de la personne morale pourra être engagée si la mise en œuvre de son plan de vigilance aurait permis d'éviter ce dommage.

[42] Proposition de loi nº 4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption, article 7.

Le risque est donc juridique et réputationnel : le devoir de vigilance introduit de nouveaux « juges » (ONG, consommateurs, collectivités, syndicats, voire concurrents) aux côtés des juges étatiques, qui pourront interpeller l'entreprise dans le cadre de campagnes médiatiques afin de répondre de mesures jusqu'ici considérées comme volontaires.

Selon le 1er article de cette loi, toute société employant plus de 5000 salariés doit mettre en place un plan comportant les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société de la société mère, des sociétés contrôlées directement ou indirectement et des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

Les outils à la disposition des personnes morales assujetties à cette loi se rapprochent des piliers énoncés par la loi Sapin II : cartographie des risques, procédures d'évaluation des tiers, actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, mécanisme d'alerte et de recueil des signalements ou encore dispositif de suivi des mesures mises en œuvre.

Le plan de vigilance, devant être publié par l'entreprise et mis à jour annuellement, est érigé en document central de communication des actions et diligences menées par la personne morale afin d'identifier, prévenir et remédier aux risques compris dans le champ d'application de cette loi.

Née en réaction au drame du Rana Plaza en 2013, la loi sur le devoir de vigilance appelle à l'implication des parties prenantes dans la construction du plan de vigilance, notamment les communautés locales, les ONG et les organisations syndicales, et à une communication accrue des entreprises sur le processus de consultation et d'implication de celles-ci.

L'entité concernée devra ainsi prêter une attention particulière à la communication du dispositif d'alerte aux filiales, aux tiers, aux partenaires commerciaux et diverses parties prenantes, afin que tout type de signalement relatif à ses activités quelle que soit la zone géographique concernée puisse être remonté.

La mise en conformité de l'entreprise avec la loi sur le devoir de vigilance couvrant un large spectre, il sera nécessaire de mettre en place un dispositif d'alerte décentralisé afin de le rendre accessible aux filiales et parties prenantes de l'entreprise.

Ces particularités ne constituent pas une contrainte pour les acteurs économiques, mais une opportunité permettant à l'entreprise de prévenir au mieux les risques liés au devoir de vigilance, et de gérer l'impact de ses activités sur les droits humains afin de se prémunir au mieux des risques contentieux et réputationnels[43].

Si la mise en place d'une démarche de conformité peut parfois être perçue comme un poids pour les entreprises, et notamment au regard de l'aspect financier, il convient d'affirmer qu'un programme de conformité global, efficace et effectif est en réalité une véritable force et un atout concurrentiel.

7. Conclusion

Le 16 décembre dernier, le tribunal judiciaire du Puy-en-Velay a homologué la première convention judiciaire d'intérêt public en matière environnementale en application des dispositions de l'article 41-1-3 du code de procédure pénale consacré par la loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée n° 2020-1672. Les faits concernaient un déversement par une personne morale de substances nuisibles dans les eaux souterraines, superficielles ou de la mer.

Le Syndicat Mixte de Production et d'Adduction d'Eau (SYMPAE) de Monistrol sur Loire a accepté de verser une amende d'intérêt public d'un montant de 5.000 €, de mettre en place un programme de mise en conformité d'une durée de 30 mois, sous le contrôle des services compétents du ministère de l'environnement et de réparer le préjudice environnemental et piscicole évalué au bénéfice de deux parties à hauteur de 2.159 € et de 2.159 €.

La signature de cette première CJIP environnementale démontre l'agrandissement du champ d'application de la responsabilité de la personne morale et des dirigeants.

Il apparait essentiel au regard de la surveillance accrue de la société civile que les dirigeants se saisissent de ces questions cruciales et appréhendent les éléments de stratégie de défense pénale face à ces nouveaux contentieux. Une vision globale de la prévention du risque est indispensable de la phase de mise en conformité à la phase contentieuse, en passant par le précontentieux.

L'avocat conseil a ici toute sa place en apportant aux personnes morales et aux dirigeants la granularité d'analyse nécessaire pour implémenter cette prévention qui se doit, pour être

[43] La réception et le traitement des alertes vigilance ; Marine Doisy & Dalia Boudjellal, Emmanuel Daoud

efficace, d'être pensée sur-mesure en fonction du secteur d'activité et de la structuration de chaque entité.

O processo penal no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica[1]

Fauzi Hassan Choukr[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O processo penal referente à apuração dos fatos imputados à pessoa jurídica ocupa, tradicionalmente, um espaço inferior nas discussões acadêmicas em relação ao reconhecimento – ou não – da responsabilização penal das pessoas morais ou "entes", deixando em aberto discussões sobre eventuais especificidades de técnica processual presentes, em potencial, em todas as fases da persecução. Mais ainda, para economias fragilizadas, pouco se discute o impacto dessa responsabilização no ambiente econômico ou como a persecução penal deva atuar em conformidade com as premissas do Estado de Direito alcançando a responsabilização e imposição de penas, quando necessárias, sem combalir economias nacionais, regionais ou de impactação ainda mais ampla. O presente texto procura introduzir alguns tópicos essenciais para discussão sobre assunto no direito interno e sugere aspectos de possível reforma.

Palavras-chave: processo penal; pessoa jurídica imputada; reforma.

Abstract: The criminal procedure referring to the verification of the facts imputed to the legal entity traditionally occupies a background in academic discussions regarding the recognition - or not - of the criminal liability of moral persons or "entities", leaving open discussions about possible specificities of the know how potentially present in all phases of the prosecution. Furthermore, for fragile economies, little is discussed about the impact of this accountability on the economic environment or how criminal prosecution should act in accordance with the Rule of Law premises, achieving accountability and imposition of penalties, when necessary, without compromising national, regional economies or even having wider impact. This text seeks to introduce some essential topics for discussion on the subject of domestic law and suggests aspects of possible reform.

[1] O presente texto é extraído das bases teóricas que sustentaram projeto de pesquisa comparada desenvolvida pelo PPGD da FACAMP-Faculdades de Campinas, sob a coordenação do autor

[1] **Professor e Coordenador do PPGD da FACAMP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo**.

Keywords: criminal procedure; imputed legal entity; reform.

1. Introdução

A discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica possui um histórico consolidado, sobretudo em países de matriz anglo-saxã[1], nada obstante o evidente alargamento dessa forma de responsabilização para países de outras matrizes jurídicas, com evidente polarização sobre a pertinência ou não[2] de sua adoção.

Insere-se o reconhecimento dessa forma de responsabilização no amplo cenário da expansão do Direito Penal na atividade econômica-empresarial[3], movimento que surge no contexto da mundialização econômica e que possui reflexos nas ordens nacionais[4], comunitárias[5] e globais[6], com adesão frequente de ordenamentos nacionais a este modelo penal que o reconhece cada vez mais para amplas formas de criminalidade.

No entanto, o processo penal referente à apuração dos fatos imputados à pessoa jurídica ocupa, tradicionalmente, um espaço inferior nas discussões acadêmicas em relação ao reconhecimento – ou não – da responsabilização penal das pessoas morais ou "entes" deixando

[1] A ver, por exemplo, LEE, Frederic P. Corporate criminal liability. Colum. L. Rev., v. 28, p. 1, 1928. De forma mais ampla, BERNARD, Thomas J. The historical development of corporate criminal liability. Criminology, v. 22, n. 1, p. 3-18, 1984.

[2] No contexto da crítica à adoção dessa forma de responsabilidade, HASNAS, John. The centenary of a mistake: One hundred years of corporate criminal liability. American Criminal Law Review, 2009.

[3] Ver, entre outros, HEILAND, Hans-Günther; SHELLY, Louise I.; KATOH, Hisao (Ed.). Crime and control in comparative perspectives. Walter de Gruyter, 2012; também, GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano (Ed.). La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales. Société de législation comparée, 2013.

[4] TRICOT Juliette, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2012/1 (N° 1), p. 19-46. DOI : 10.3917/rsc.1201.0019; https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2012-1-page-19.htm SELVAGGI, Nicola. Ex crimine liability of legal persons in EU legislation. An Overview of Substantive Criminal Law. EuCLR European Criminal Law Review, v. 4, n. 1, p. 46-58, 2014 ; FIORELLA, Antonio; GAITO, Alfredo; VALENZANO, Anna Salvina (Ed.). La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni: anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli. Sapienza Università Editrice, 2018.

[5] MANACORDA, Stefano. Retour aux sources? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne. Revue de science criminelle et de droit penal compare, n. 1, p. 187-202, 2015.

[6] Entre outros, no campo global VIADA, Natacha. Derecho Penal y globalización. Cooperación penal internacional, 2005 e no aspecto comunitário, CESANO, José Daniel. Criminalidad económica e internacionalización del derecho penal: experiencias en la unión europea y en el Mercosur. Buenos Aires: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), p. 1 citation_lastpage= 27, 2005.

em aberto discussões sobre eventuais especificidades de técnica processual presentes, em potencial, em todas as fases da persecução.

Trata-se de uma discussão jurídica focada substancialmente no marco do Direito Penal "material" sem, contudo, haver similar extensão de debates no campo do direito processual penal[7], campo que, sem embargo da literatura produzida, há espaço para adensamento de discussões e desafios teórico-práticos naturalmente advindos da amplificação dessa forma de responsabilidade e sua respectiva relação com mecanismos persecutórios igualmente expandidos nas últimas décadas como, por exemplo, a negociação penal.[8]

É relevante destacar que a imputação criminal a pessoas jurídicas possui uma dimensão que impacta de forma singular a vida economia de uma sociedade local e global, condição essa que deve ser ponderada na construção do processo penal que lhe é específico a fim de possibilitar que a apuração de sua conduta e eventual imposição de pena que lhe recair não acarretem efeitos econômicos que possam inviabilizar a própria sustentabilidade econômica da qual empresas possam ser protagonistas.

Para além das discussões de Direito Penal material importa saber como funciona o *processo penal* que tem a pessoa jurídica como ré em todas as fases da persecução penal mas, também, na forma com as penas são executadas, em particular aquelas que importem sua dissolução compulsória. A dizer, algo que se poderia denominar de um "devido processo penal às pessoas jurídicas"[9]

Destaque-se que o estudo da técnica processual, que nunca é desatrelado de bases e consequências sociopolíticas, deve caminhar numa interface com outras áreas jurídicas como, por exemplo, o direito empresarial e não prescinde da necessária interlocução com outros saberes como, em destaque, as discussões próprias da Economia.

---

[7] Para uma abordagem comparada dos aspectos processuais, especialmente entre EUA e Alemanha, ver DISKANT, Edward B. Comparative corporate criminal liability: Exploring the uniquely American doctrine through comparative criminal procedure. Yale LJ, v. 118, p. 126, 2008.

[8] Sobre o cruzamento desses dois aspectos ver, dentre outros, UHLMANN, David M. Deferred prosecution and non-prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability. Md. L. Rev., v. 72, p. 1295, 2012, para quem "Deferred prosecution and non-prosecution agreements, if they occur at all, should be limited to relatively minor cases where civil or administrative enforcement is not available or the exceptional case where other non-criminal alternatives are inadequate. Noncriminal alternatives should never be allowed in egregious cases like the Upper Big Branch mining disaster, unless there is insufficient evidence to support criminal prosecution", p. 1344.

[9] Em sentido similar, GALLI, Martina. Une justice pénale propre aux personnes morales. Revue de science criminelle et de droit penal compare, n. 2, p. 359-385, 2018.

Assim, a preocupação com o devido processo legal seguirá cercada da criação de instrumentos próprios ou, ao menos, de uma hermenêutica específica que vise o equilíbrio persecutório com a dimensão economia da atividade empresarial.[10]

Porém, será na fase de execução da pena que essas especificidades surgirão de forma ainda mais diferenciada. E, notadamente, na aplicação das penas mais severas e, dentre elas, a extinção compulsória da empresa. Neste caso, a forma de liquidação da pessoa jurídica poderá impor desafios técnicos que transcendem os limites do processo penal e chamarão a expertise de outras áreas jurídicas, uma vez que o Direito Penal "e a criminologia não visitaram ainda o direito empresarial para verificar como, por quais meios e quais os instrumentos que o sistema empresarial dispõe para efetivar esse tipo de medida**" [11]**

2. O método comparativo como essencial para compreensão do tema

A opção pelo comparatismo como método primordial justifica-se por este se tratar, contemporaneamente, de ferramenta interpretativa indispensável para a construção do marco teórico-prático interno, não com a ingênua intenção de buscar soluções externas a problemas locais, esta que parece ser a crítica mais frequente – quase de senso comum – quando se emprega esse método para conhecer os limites do próprio direito interno[12], crítica que caminha ao lado de algum ceticismo acadêmico quanto à sua concreta utilidade e faz com que não seja uma unanimidade enquanto ferramenta de compreensão do Direito[13].

Neste ponto, contudo, cabe acompanhar a análise de Delmas-Marty quando aponta que o sistema penal é campo fértil para a *harmonização*[14] fruto da crescente universalização dos direitos do Homem em concomitância com o aprofundamento da globalização econômica.

Ademais, segundo a mesma autora, "Mencionar os estudos comparativos é exprimir uma preferência por uma internacionalização pluralista integrando a diversidade dos sistemas. Mas ela implicaria, para ser exitosa, outra coisa que apenas sua justaposição. É necessário dar

[10] Para uma breve visão sobre essa dimensão econômica ver HENNING, Peter J. Corporate criminal liability and the potential for rehabilitation. Am. Crim. L. Rev., v. 46, p. 1417, 2009.
[11] DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a lei 12.846/13 e o sistema financeiro nacional. ReDE, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 155-239, mar./abr. 2016
[12] ESER, A.; "The importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Science", Nouvelles Études Pénales, 1998
[13] Para a crítica ver, entre outros, FRANKENBERG, Gunter. Critical comparisons: Re-thinking comparative law. Harv. Int'l. LJ, v. 26, p. 411, 1985.
[14] Entre outros textos ver Delmas-Marty, M., Pieth, M., Sieber, U., & Lelieur, J.. Les chemins de l'harmonisation pénale (p. 447). Société de législation comparée. 2008, especialmente pgs. 19 a 38.

atenção às diferenças e encontrar uma gramática comum que permita, seja a realização da compatibilidade (harmonização), seja uma verdadeira fusão (hibridismo).”[15]

3. O marco legal brasileiro

O direito brasileiro, desde o início da tramitação legislativa do PL 1164/91 que dispunha sobre as sanções penais e administrativas das condutas lesivas à fauna e flora, nunca se ocupou do campo processual, sendo seus enxutos 9 artigos, de resto, pobre em técnica legislativa para um tema de tamanha dimensão, nos quais não se mencionava a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Apresentando pelo então Presidente Fernando Collor, em 31/05/1991 por meio da Mensagem 249 ao Congresso Nacional, foi alvo de um primeiro substitutivo, pelo então Deputado Sidney Miguel (PV), em 25/03/1992, de melhor técnica e abrangência, mas sem cogitar da responsabilidade penal da pessoa jurídica e, por extensão, da forma de processá-la.

O projeto caminhou com ressalvas técnicas diante de algumas absurdidades ali contidas, como o retorno ao sucumbido “procedimento judicialiforme”, sendo aprovado com as ressalvas da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara com redação final naquele órgão em 29/06/1994 e redação definitiva na Câmara dos Deputados em 20/03/1995.

Encaminhado na sequência ao Senado sob n. PLC 1164-C, foi apresentado substitutivo e devolvido à Câmara sob n. 1164-D, sendo apresentado às Comissões de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias e de Constituição, Justiça e Redação. em 09/07/1997. agora com menção à responsabilidade penal da pessoa jurídica, e algumas previsões sobre a forma de sua persecução.

A redação sugerida no Senado e submetida à Câmara no processo legislativo com relação à definição da responsabilidade da pessoa jurídica era:

> Art. 30 As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

[15] DELMAS-MARTY, Mireille. Le relatif et l'universel : Les forces imaginantes du droit. Seuil, 439 p., 2004. E completa a autora para afirmar que “Assim, pois, os estudos comparados conduzem à resistência, seja de modo radical pela rejeição de toda integração, seja de modo mais ameno, excluindo a unificação segundo regras uniformes, mas abrindo a via de uma harmonização em torno de princípios comuns aplicados com uma margem nacional de apreciação”

> § 1º. A pessoa jurídica será também responsabilizada, quando o agente agir por conta da entidade, no interesse ou visando o lucro desta, seja para obter um benefício material ou moral, atual ou eventual, direto ou indireto para a entidade.
>
> § 2° A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.
>
> Art. 4° O juiz pode desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica quando, em detrimento da qualidade do meio ambiente, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social ou, ainda, quando, por má administração, houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.
>
> Parágrafo único. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.
>
> Art. 5° O juiz pode determinar que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários ou, no caso de grupo societário, os representantes legais ou contratuais das sociedades que o integram.
>
> § 1 ° As sociedades integrantes dos grupos societários e sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes desta Lei.
>
> § 2° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes desta Lei.
>
> § 3° As sociedades coligadas só responderão por culpa.

Por sua vez, no que toca a regras de processo e procedimento, algumas previsões se destacavam, a saber:

a. O regime da acusação e as formas de intervenção processual:

> Art. 32. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.
>
> § 1 ° Poderão intervir no processo penal, como assistentes do Ministério Público, os legitimados para as ações coletivas indicados no art. 82, incisos lU e IV, da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, aos quais também é facultado propor ação subsidiária da ação pública, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

b. Competência

> Art. 32...
>
> § 2° O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à Justiça Estadual, com a interveniência do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados no território de Município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal correspondente.

c. A forma procedimental

> Art. 35. Os crimes previstos nesta Lei serão apurados mediante processo sumário, aplicando-se, no que couber, as normas do Livro II, Título II, Capítulo V, do Código de Processo Penal, ressalvando-se o procedimento especial disposto na Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, para os crimes de menor potencial ofensivo.
>
> Art. 36. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

d. A indenização pela propositura temerária da ação penal privada subsidiária da pública

> Art. 34. A responsabilidade civil por danos causados pela ação penal subsidiária da ação pública só ocorrerá nos casos de comprovada má-fé.

Em janeiro de 1997 inúmeros requerimentos foram formulados por Deputados de várias origens para retirar-se de pauta a apreciação do substitutivo do Senado ao mesmo tempo em que as Comissões temáticas elaboravam seus relatórios com ressalvas a vários aspectos do texto produzido no Senado.

Determinada a votação da matéria, em 28/01/1998 terminou-se com a redação que, uma vez promulgada, suprimiu toda a parte processual construída no Senado e encurtou sensivelmente a própria previsão da responsabilização da pessoa jurídica.

O dossiê do PL 1164-1991 constante na base de dados da Câmara dos Deputados não registra a construção da redação definitivamente promulgada[16], bem como a base de dados do Senado tal como disponibilizada na sua página "web" igualmente não apresenta dos documentos referentes às razões da inclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as escolhas das regras processuais então feitas.[17]

3.1 Proposta legislativa encaminhada para a Câmara dos Deputados no processo legislativo de reforma global do CPP

A anomia das regras processuais no texto promulgado permaneceram no processo legislativo da reforma global do CPP tal como produzido no Senado (PL 156/09) e durante o

[16] Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=188347, acessado em 17/02/2022. Uma das poucas referências sobre o tema é dada pelo Deputado José Carlos Aleluia (PFL/BA) : "Em conjunto, reavaliamos o projeto do Senado, em particular no que tange à responsabilidade da pessoa jurídica na esfera penal, por exemplo. Trata-se de uma inovação importante de que o projeto cuida com clareza, como cuida também da possibilidade de sua aplicação."

[17] Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/20887, acessado em 17/02/2022.

processo legislativo na Câmara até o presente momento, quando já se supera mais de uma década do sobredito PL naquela Casa Legislativa.

Integrando grupo acadêmicos convidados a colaborar com o aperfeiçoamento do processo legislativo foi produzido o texto apresentado na sequência que fica, assim, submetido à análise dos pares e da sociedade de forma mais ampla.

O texto integra a seguinte obra: Novo Código de Processo Penal: sugestões do Grupo de Trabalho de apoio à Comissão Especial do Código. Morais, Flaviane de M.B.B. de; Sulock, Victoria; Prado, Geraldo e Choukr, Fauzi H. Brasília [s.n], 2020, 48 p. ISBN 978-65-00-07409-3

Ao Presidente,

Prezadas senhoras e prezados senhores,

Encaminhamos o estudo abaixo contendo proposta de atualização do Código de Penal (Dec-Lei n^0 3.689 de 3 de outubro de 1941) para viabilizar a persecução penal de pessoas jurídicas em crimes que permitem a sua responsabilização, bem como a adequação do processo penal de agentes das pessoas jurídicas em virtude das novas modalidades de acordo de leniência e acordo civil definidos na legislação administrativa, especialmente nas Leis n.8.429 (modificada pela Lei 13.964/2019), Lei 12.529/2011 e Lei 12.846/13.

4. PROPOSTA DE ARTIGOS PARA PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PL 8.045/2010

TEMA: Introdução de disposições específicas sobre o processo penal da pessoa jurídica

Abaixo indica-se as propostas de introdução, adequação ou supressão de artigos de lei relacionados ao PL 8045/2010.

1ª parte: introdução de uma seção no título dos sujeitos processuais no capítulo do acusado e seu defensor.

Titulo IV

DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Capitulo IV

DA PESSOA ACUSADA E SEU DEFENSOR

Seção II

A persecução penal da pessoa jurídica

Art. 1º – As disposições nessa Seção se aplicam à persecução penal em que tenha como investigada ou acusada pessoa jurídica nos termos e limites da Constituição Federal e da legislação penal.

Art. 2º – À persecução penal da pessoa jurídica serão aplicados todos os direitos e garantias definidos na Constituição, em lei especial ou neste Código dirigidos à pessoa natural, desde que compatíveis com a condição de pessoa jurídica, atentando-se em particular para:

I - o domicílio da pessoa jurídica que se rege pelo disposto no art. 75 do Código Civil com sua inviolabilidade assegurada nos lugares determinados naquele artigo;

II - o direito ao silêncio da pessoa jurídica que é exercido por seu representante legal especificamente constituído para o processo penal;

III- o direito à não autoincriminação que se aplica à pessoa jurídica;

IV- o respeito ao sigilo dos dados e das comunicações da pessoa jurídica;

Investigação preliminar

Art. 3 – Na investigação penal, quando apurada conduta que se imponha responsabilidade penal a pessoas jurídicas deve a autoridade policial ou o Ministério Público apurar os fatos relativos à atuação executiva da organização por seus administradores e demais representantes na consecução de atos e omissões dirigida a uma conduta penalmente reprovável.

Paragrafo único: Quando a pessoa jurídica exercer atividade econômica que, em virtude das condições técnicas ou industriais, possa gerar desastres tecnológicos, procedimentos perigosos ou falhas na infraestrutura ou na atividade humana que gere repercussões penais deve ser instaurada investigação criminal para apurar a sua responsabilidade independente das pessoas naturais implicadas na conduta.[18]

Medidas cautelares

Art. 4 – No curso da investigação ou após o recebimento da acusação, o juiz competente, a pedido do Ministério Público ou após a concordância deste com o requerimento da autoridade policial se ainda em curso investigação criminal, poderá determinar medidas cautelares

[18] Ver: Ministério da Integração Nacional. Art. 7º, §3º da Instrução Normativa n. 01, de 24 de agosto de 2012: "São desastres tecnológicos aqueles originados de condições tecnológicas ou industriais, incluindo acidentes, procedimentos perigosos, falhas na infraestrutura ou atividades humanas específicas, que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos."

especificamente incidentes à pessoa jurídica, resguardada a continuidade da viabilidade econômica e social da empresa.

§1º As medidas cautelares somente podem ser determinadas quando houver a demonstração da ocorrência de atos que tendem a dificultar a apuração de responsabilidade criminal específica ou que evitem a continuação da atividade delitiva.

§2º A adoção de quaisquer dessas medidas deve ser postulada em audiência específica para este fim, propiciando-se o exercício de direitos defensivos que serão exercidos pela pessoa indicada para representar a pessoa jurídica em juízo.

§3º As medidas elencadas neste artigo podem ser tomadas previamente à audiência mencionada no parágrafo anterior a fim de garantir sua função cautelar, com motivação expressa dessa necessidade e sua obrigatória reanálise na audiência específica.

§4º: Aplica-se à pessoa jurídica as medidas cautelares previstas no art. 625, nos art. 639 e seguintes deste Código e de legislações penais extravagantes cabíveis à espécie, devendo ser revisadas no prazo máximo de 90 dias, não sendo permitida a sua manutenção por tempo desproporcional ao da pena potencialmente aplicável.

§5º: As decisões relacionadas as medidas cautelares serão objeto de recurso de agravo, podendo a pessoa jurídica interpô-lo mesmo não figurando como parte no processo penal.

Competência

Art. 5º – Existindo conexão ou continência entre as infrações penais de pessoas jurídicas e pessoas naturais prevalecerão as regras de competência da pessoa natural.

§1º Ausente a apuração de infração penal de pessoa natural, a competência para processamento da pessoa jurídica se fixará pelo lugar da ação ou omissão e, subsidiariamente,

pelo domicilio da pessoa jurídica diretamente vinculada a infração nos termos do art. 75 do Código Civil

Atos de comunicação

Art. 6º – A citação da pessoa jurídica será efetivada por meio de mandado judicial e dirigida à pessoa natural estatutariamente definida com poderes para recebê-la.

§1º A citação da pessoa natural estatutariamente definida como representante legal da pessoa jurídica na condição de pessoa acusada não supre a necessidade da citação da pessoa jurídica.

Art. 7º. Na primeira vez que a pessoa jurídica participar do processo ou da investigação, deve ela indicar um representante e seu defensor para atuarem em seu nome, cabendo ao defensor constituído receber as notificações e comunicação processuais e ao representante, devidamente intimado pessoalmente, comparecer para depoimento pessoal.

§1º Caso o representante devidamente intimado não compareça em juízo presumir-se-á que a pessoa jurídica acusada exerceu seu direito ao silêncio.

Art. 8º Em caso de conflito de interesses entre a defesa da pessoa jurídica e seu representante legal deve o juiz determinar a substituição deste por representante escolhido pela parte ou, em caso de inércia processual, fará indicar um síndico para representá-la em todos os atos processuais.

§1º Na falta de conhecimento do domicílio da pessoa jurídica a citação será feita pela modalidade editalícia, aplicando-se a regra processual da suspensão do processo e da prescrição nos termo do art. X do CPP.

§2º Caso sobrevenha extinção da pessoa jurídica poderá a sua sucessora ser citada para responder, nos termos e limites da legislação específica, se comprovada que a sucessão, extinção ou fusão da pessoa jurídica tenha ocorrido com fins de fraudar a persecução penal.

Acordo e colaboração

Art. 9º - A pessoa jurídica que celebrar qualquer forma de acordo, ajuste ou colaboração penal em concomitância com a acordo civil ou administrativo sobre a mesma conduta poderá requerer ao juiz competente a compensação dos valores já pagos na esfera extrapenal para preservar a continuidade da atividade social ou econômica.

§1º: A atenuação definida no *caput* do presente artigo condiciona-se à comprovação prévia de existência e efetividade de meios internos de organização e gestão, previamente instituídos pela administração da pessoa jurídica, que incluam medidas de vigilância, controle e conformidade visando a prevenção de crimes da mesma espécie dos apurados em juízo ou reduzindo os riscos de sua ocorrência, desde que devidamente auditados ou monitorados por órgãos autônomos.

[19]§2º A avaliação das condicionantes do §1º , para obtenção dos benefício definidos no caput do artigo quando se tratar de empresa de pequeno porte, microempresa ou empresa individual, definidos nos termo da legislação vigente, deve observar a simplificação do níveis de organização e gestão, bem como da desnecessidade de órgão autônomo interno de controle.

§3º Em qualquer forma de acordo, ajuste ou colaboração poderá deixar de ser imposta pena à pessoa jurídica caso ela se antecipe a qualquer ato de investigação criminal, confesse a autoria da infração penal e comprove a efetivação de todos os atos de reparação do dano e revisão de seus sistemas de controle, vigilância e conformidade.

Art. 10º Nos casos em que a legislação penal não imponha responsabilidade criminal a pessoa jurídica, mas esta venha a celebrar qualquer forma de acordo, ajuste ou colaboração na esfera cível ou administrativa relacionadas a mesma conduta ou aos mesmos fatos, os dirigentes ou

[19] Inserido após a reunião de discussão interna organizada pela Comissão Especial por sugestão do Defensor Público Pedro Carrielo

representantes legais por eles responsáveis e que forem submetidos à persecução penal poderão se valer dos mesmos benefícios previstos no artigo antecedente.

§1º Os benefícios tratados no *caput* deste artigo somente serão reconhecidos caso haja expressa menção nos atos constitutivos e aprovação pelo Conselho de Administração e Fiscal, quando for o caso, da assunção dos custos de acordos ou colaboração no âmbito penal por parte da pessoa jurídica, e vinculados exclusivamente às medidas de vigilância, controle e conformidade de condutas criminalmente relevantes previamente efetivadas.

Art. 11º - A dissolução compulsória da pessoa jurídica, quando aplicada como pena, será regulada pela legislação específica.

2ª parte: Adequação do texto do PL 8.045/2010 para a proposta de capitulo:

1)Supressão do artigo 166 que dispõe sobre a citação nos termos do processo civil :

Art. 166. A citação da pessoa jurídica será feita mediante entrega do mandado ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado.

2) Supressão da parte do artigo 326 que se refere à pessoa jurídica. Na proposta, será o advogado que receberá as intimações e o representante legal sera intimado pessoalmente para participar da audiência em que prestará seu depoimento pessoal.

Art. 326. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

c) Supressão de parte do art. 625. A previsão estende a medidas cautelares a condutas criminosas sem respeitar os limites atuais da legislação penal brasileira que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas nos crimes ambientais.

Capitulo II

Das demais medidas cautelares pessoais

Seção V

Da suspensão das atividades de pessoa jurídica

Art. 625. Faculta-se ao juiz suspender, total ou parcialmente, as atividades de pessoa jurídica sistematicamente utilizada por seus sócios ou administradores para a prática de crimes definidos na legislação penal para os quais a pessoa jurídica sejam imputável.

§ 1° Antes de proferir a decisão, o juiz levará em conta, igualmente, o interesse dos empregados e de eventuais credores e o princípio da função social da empresa, bem como a manifestação do órgão público regulador, se houver.

§ 2° A pessoa jurídica, ainda que não seja ré, poderá agravar da decisão.

Ficha técnica:

Grupo de trabalho:

O presente esboço foi elaborado pelo Grupo de Trabalho formado por:

Prof.ª Dra Flaviane Barros Bolzan de Morais (UFOP/PUC Minas)

Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr (Facamp)

Prof. Dr. Geraldo Prado (UFRJ)

5. Referencias

BERNARD, Thomas J. The historical development of corporate criminal liability. Criminology, v. 22, n. 1, p. 3-18, 1984.

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>.

CESANO, José Daniel. Criminalidad económica e internacionalización del derecho penal: experiencias en la unión europea y en el Mercosur. Buenos Aires: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), p. 1 citation_lastpage= 27, 2005.

DAHER, Afif. La consolidation de l'État de droit du Liban, condition de la convergence avec les normes européennes et internationales. Revue Juridique de l'Ouest, v. 23, n. 4, p. 471-488, 2010.

DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a lei 12.846/13 e o sistema financeiro nacional. ReDE, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 155-239, mar./abr. 2016

DELMAS-MARTY, M., Pieth, M., Sieber, U., & Lelieur, J.. Les chemins de l'harmonisation pénale (p. 447). Société de législation comparée. 2008, especialmente pgs. 19 a 38.

----. Le relatif et l'universel : Les forces imaginantes du droit. Seuil, 439 p., 2004

DISKANT, Edward B. Comparative corporate criminal liability: Exploring the uniquely American doctrine through comparative criminal procedure. Yale LJ, v. 118, p. 126, 2008.

ESER, A.; “The importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Science”, Nouvelles Études Pénales, 1998

FIORELLA, Antonio; GAITO, Alfredo; VALENZANO, Anna Salvina (Ed.). La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni: anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli. Sapienza Università Editrice, 2018.

FRANKENBERG, Gunter. Critical comparisons: Re-thinking comparative law. Harv. Int'l. LJ, v. 26, p. 411, 1985.

GALLI, Martina. Une justice pénale propre aux personnes morales. Revue de science criminelle et de droit penal compare, n. 2, p. 359-385, 2018.

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano (Ed.). La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales. Société de législation comparée, 2013.

GROULX, Élise. La responsabilité des multinationales et des chefs d'entreprise: une conséquence inattendue de la Cour pénale internationale. Humanitaire. Enjeux, pratiques, débats, n. 23, 2009.

HASNAS, John. The centenary of a mistake: One hundred years of corporate criminal liability. American Criminal Law Review, 2009.

HEILAND, Hans-Günther; SHELLY, Louise I.; KATOH, Hisao (Ed.). Crime and control in comparative perspectives. Walter de Gruyter, 2012

HENNING, Peter J. Corporate criminal liability and the potential for rehabilitation. Am. Crim. L. Rev., v. 46, p. 1417, 2009.

LEE, Frederic P. Corporate criminal liability. Colum. L. Rev., v. 28, p. 1, 1928.

MANACORDA, Stefano. Retour aux sources? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne. Revue de science criminelle et de droit penal compare, n. 1, p. 187-202, 2015.

MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, 2015.

PATRÓN, José Manuel Sánchez. Responsabilidad medioambiental y derechos humanos: Los deberes de las empresas en el Derecho Internacional. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), n. 32, p. 12, 2016

SELVAGGI, Nicola. Ex crimine liability of legal persons in EU legislation. An Overview of Substantive Criminal Law. EuCLR European Criminal Law Review, v. 4, n. 1, p. 46-58, 2014

STESSENS, Guy. Corporate criminal liability: a comparative perspective. International & Comparative Law Quarterly, v. 43, n. 3, p. 493-520, 1994.

TRICOT Juliette, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2012/1 (N° 1), p. 19-46. DOI : 10.3917/rsc.1201.0019; https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2012-1-page-19.htm

UHLMANN, David M. Deferred prosecution and non-prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability. Md. L. Rev., v. 72, p. 1295, 2012

VIADA, Natacha. Derecho Penal y globalización. Cooperación penal internacional. Madrid, Marcial Pons, 2005.

O regime de cumprimento da sanção nos acordos de colaboração premiada: uma análise teleológica, holística e garantista do art. 4º, §7ª da lei n. 12.850/2013

Galtiênio da Cruz Paulino[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a incidência do art. 4, § 7º, inciso II, da lei nº 12.850/2013, com a redação estabelecida pela lei n. 13.964/2019, em especial a possibilidade de fixação, em um acordo de colaboração premiada, de regime de cumprimento sancionatório, diferente do previsto em lei, desde que mais favorável ao colaborador. Para tanto, será realizada uma abordagem da previsão legal de maneira sistemática, buscando sempre uma interpretação do referido dispositivo da maneira que melhor favoreça o colaborador, sob uma visão garantista, e se adéque às demais previsões normativas constantes no ordenamento jurídico, bem como esteja de acordo com os objetivos premiais do instituto da colaboração premiada

Palavras-chave: regime de cumprimento da sanção; garantismo penal; colaboração premiada; interpretação lógico-sistemática.

Abstract: This article aims to analyze the incidence of art. 4, § 7, item II, of law nº 12.850/2013, with the wording established by law n. 13,964/2019, in particular the possibility of setting, in an award-winning collaboration agreement, a sanctioning compliance regime, different from that provided for by law, provided that it is more favorable to the employee. To this end, a systematic approach to the legal provision will be carried out, always seeking an interpretation

[1] Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (Portugal). Mestre pela Universidade Católica de Brasília (parceria com a Escola Superior do Ministério Público da União) (2017). Pós-graduação em Ciências Criminais pelo UNIDERP. Pós-graduação pela Escola Superior do Ministério Público da União. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2006). Membro-auxiliar na Secretária da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal, vinculado ao Gabinete da Procuradora-Geral da República (2018/2019). Atualmente é Procurador da República, em exercício como Membro-Auxiliar na Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República junto ao STJ. ex-Procurador da Fazenda Nacional, ex-Analista do Ministério Público da União, ex-Assistente Jurídico do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Orientador Pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União. Endereço: SQSW 300, bloco b, apto. 504, Sudoeste, Brasília – DF, Brasil, CEP: 70673024. E-mail: galtieniopaulino@mpf.mp.br. Telefone: (61) 981914135.

of the aforementioned provision in the way that best favors the collaborator, under a guaranteeing vision, and is in line with the other normative provisions contained in the legal system, as well as being of according to the awarding objectives of the awarded collaboration institute.

Keywords: sanction compliance regime; criminal guarantee; award-winning collaboration; logical-systematic interpretation.

6. Introdução

A lei n. 12850/2013, em seu art. 3.ºA, com a redação estabelecida pela lei nº 13.964/2019, conhecida como lei do "pacote anticrime", estabelece que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova. Além desses enquadramentos jurídicos, a colaboração premiada é um instituto de direito premial, por meio do qual o colaborador, que se propõe a colaborar de maneira efetiva com a persecução penal, receberá um prêmio, consistente em uma "melhoria" de sua dívida social por ter cometido ou participado da prática de crimes que delata.

Ocorre que a lei nº 13.964/2019 introduziu no art. 4 da lei nº 12.850/2013 a previsão normativa constante no § 7º, inciso II, que estabelece que são nulas as cláusulas do acordo de colaboração premiada, relacionadas à sanção pactuada, que

> (...) violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo" (BRASIL, 2013).

Caso seja realizada uma interpretação literal do referido dispositivo, haveria a obrigação de fixação de regime de cumprimento das sanções pactuadas no acordo de colaboração premiada em consonância com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, lei nº 7.210/ 1984.

Desse modo, eventual cumprimento de sanção fixada no acordo deverá ocorrer de acordo com as regras ordinárias de regime, que não poderá ser estabelecido de maneira diversa ao constante nos mencionados diplomas normativos, mesmo que para favorecer o colaborador.

Essa interpretação entra em choque com os objetivos do acordo de colaboração, enquanto instituto de direito premial, que é justamente a possibilidade de se conceder um prêmio ao colaborador em decorrência de ter contribuído com a persecução penal.

O referido dispositivo legal deve, portanto, ser interpretado em consonância com os objetivos da colaboração premiada e de acordo com todas as regras que envolvem o instituto, sejam elas de direito penal ou processual penal. Além de uma visão holística e teleológica do instituto da colaboração premiada, faz-se necessário uma análise do questionado dispositivo, inerente ao regime de cumprimento da sanção estabelecida, em consonância com o garantismo penal, capaz de assegurar os objetivos do instituto (colaboração premiada), ao tempo que possibilita uma interpretação mais condizente com os direitos e garantias fundamentais do colaborador.

Desse nodo, será realizado ao longo desse trabalho uma análise crítica da referida disposição normativa, buscando estabelecer uma interpretação que melhor se adéque ao garantismo penal e se apresente sob uma perspectiva holística em face das regras e princípios que regem a colaboração premiada, devidamente adequada aos fins do instituto.

Inicialmente, será realizada uma breve explanação sobre o garantismo penal e sobre a necessidade de uma interpretação do art. 4, § 7º, inciso II da lei nº 12.850/2013 que melhor resguarde os direitos e garantias fundamentais do colaborador, não havendo vedação, por conseguinte, de se estabelecer regimes de cumprimento sancionatório nos acordos de colaboração premiada mais benéficos do que os legalmente previstos.

No mesmo sentido, será realizada no tópico seguinte uma análise interpretativa do referido dispositivo de modo que melhor se enquadre em uma visão holística do sistema colaborativo, sempre observando os objetivos premiais e a natureza jurídica de negócio jurídico processual do instituto.

7. Garantismo penal e o regime de cumprimento da sanção nos acordos de colaboração premiada

A restrição das liberdades deve ser compreendida em um contexto mínimo de limitação de direitos, o que, no âmbito penal, fez surgir o denominado Direito Penal liberal, voltado primordialmente para a proteção de bens individuais, na qual se sustentou inicialmente o garantismo.

A concepção garantista de Ferrajoli (2014, p. 37) surgiu no contexto histórico de desenvolvimento dos direitos fundamentais, visando consagrar um sistema de garantias desses direitos, muito desrespeitado em razão de atrocidades de períodos anteriores, as quais foram sustentadas por contextos ditatoriais. O surgimento dessa teoria representa o "desenvolvimento social nas mais diversas políticas criminais vigentes até então, começando com as escolas positivas da Itália e da França." (ESCOLAS POSITIVAS, p. 3).

Fundamento da teoria, o termo "garantismo" vem de garantias que significam "direitos e punições que a Constituição de um determinado país permite." Tais garantias, entretanto, na concepção de Ferrajoli, envolvem um dilema representado pelo limite entre o Estado e o indivíduo ou entre o poder punitivo do Estado *versus* a liberdade individual. A Teoria do Garantismo Penal, elaborada por esse jurista, centra-se nesse dilema, propondo um meio termo entre eles (ESCOLAS POSITIVAS).

O garantismo penal, inicialmente, era uma forma de reação à política antiterrorismo italiana e espanhola. Consequentemente, sofreu influência de valores que sustentavam o modelo de Estado Liberal - como a liberdade individual -, ante a postura negativa do Estado frente ao cidadão. Alicerçou-se, em suma, nas garantias da racionalidade e da justiça, bem como na legitimidade da intervenção punitiva. Foi uma valorização dos direitos individuais do acusado no âmbito criminal.

Com isso, passou-se a tutelar, na esfera penal, principalmente a liberdade individual, por meio de um conjunto de garantias que asseguram ao indivíduo um processo justo, baseado na dignidade da pessoa humana e no princípio da presunção de inocência.

Em uma perspectiva mais sociopolítica, a concepção garantista assenta-se no modelo de aplicação do Direito à democracia, por meio da vinculação de todas as formas de poder ao Direito (FERRAJOLI, 2014), em decorrência de um contexto de crises de legalidade do Estado Social e do Estado-Nação, as quais redundariam em uma conjuntura de crise democrática. O sistema garantista surge aí como forma de combater as constantes violações de direitos fundamentais por parte das autoridades públicas (PORTALES).

O garantismo apresenta-se, pelo menos em sua concepção inicial, como um instrumento de defesa de direitos individuais frente a eventuais violações praticadas por outros indivíduos ou mesmo pelo Estado (GASCÓN). Ferrajoli (2014) acentua que a introdução de garantias no sistema jurídico é necessária para assegurar a paz e os direitos humanos e não para o fortalecimento da democracia.

Com o garantismo, o investigado ou réu passa a ser visto não mais como um objeto, mas como um sujeito de direitos na instrução processual, possuindo, destarte, uma série de direitos e de garantias individuais.

Evolutivamente, o garantismo tenta estabelecer uma relação de equilíbrio entre a perspectiva penal minimalista e a doutrina da defesa social, que engloba o movimento da lei e da ordem e a política da tolerância zero. Essa política, por exemplo, gera um contexto de desproporcionalidade entre a infração praticada e a respectiva punição, ante a busca de endurecimento no combate à criminalidade. Defende-se que uma pequena infração, quando tolerada, pode resultar na prática de delitos mais graves (SCHECAIRA, 2009, p. 166), temática relacionada com a teoria das janelas quebradas.

O garantismo, na conjuntura atual de Estado Social e Democrático de Direito, apresenta-se como uma solução alternativa ao extremismo na análise do crime, configurado pela busca da abolição da repressão ou pelo punitivismo exacerbado e desmensurado.

O relevante, no âmbito criminal, é o respeito e a materialização dos direitos fundamentais, defendido pelo garantismo, como bem afirma Rui Pinheiro (2007, p. 17):

> mais importante do que saber se o processo penal respeita e tutela os direitos fundamentais (mais importante que os respeite e tutela), estabelecidos na Constituição, é indagar se aquele corresponde às exigências de uma sociedade que se pretende edificar e harmonizar com o conceito de Estado, a que incumbirá a "substancialização" de tais direitos.

Vale ressaltar que a teoria garantista foi concebida com base em três acepções (FERRAJOLI, 2014, p. 847). Na primeira, o garantismo designaria um modelo normativo de direito que, sob o enfoque político, seria "capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade." (FISCHER, 2015, p. 35). Já sob o aspecto jurídico, o garantismo seria um sistema de proteção dos direitos dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado. A segunda acepção se sustenta na separação entre a validade e a efetividade da norma, que também se diferenciam da existência e da vigência (FERRAJOLI, 2014, p. 848). Separa-se aí o ser e o dever-ser. A terceira acepção designaria o garantismo em consonância com uma filosofia política e jurídica fundada na separação entre o direito e a moral, resultante de uma concepção heteropoiética do Estado e do Direito. Impõe-se "ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos" (FISCHER, 2015, p. 36).

Nesse contexto, o objetivo primordial de Ferrajoli (PORTALES, 2016, p. 55) é estabelecer o máximo de eficácia e de efetividade a todos os direitos fundamentais. Desenvolve-se uma nova concepção de democracia que engloba uma democracia formal e uma democracia substancial. A primeira estaria relacionada à maneira como se toma as decisões políticas do Estado, e a segunda, voltada à defesa dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, ao colaborador, que também se enquadra como acusado em um contexto delitivo que tenha participado, deve ter resguardado seus direitos e garantias fundamentais, fazendo *jus*, por conseguinte, a interpretações jurídicas do ordenamento que lhe sejam favoráveis, como a resultante do princípio do favor rei, em razão da prevalência do direito à liberdade. Ou seja, nada impede, conforme será melhor detalhado no tópico seguinte, que se aplique em favor do colaborador regimes de cumprimento da sanção estabelecida no acordo de colaboração premiada mais favoráveis do que o legalmente previsto, buscando uma interpretação do ordenamento mais favorável ao colaborador (acusado), bem como a prevalência de uma visão garantista do sistema, que, em um Estado Democrático de Direito, privilegia o direito à liberdade.

8. O regime de cumprimento da sanção nos acordos de colaboração premiada sob uma perspectiva teleológica e holística

O art. 4, § 7, inciso II da Lei n. 12.850/2013 estabelece que a fixação de regime de cumprimento de sanção estabelecida em um acordo de colaboração premiada que viole o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo, serão nulas. Exemplo de regime diverso que em tese violaria esses dispositivos é o caso da fixação do regime domiciliar diferenciado.

Ocorre que a previsão legal constante no art. 33 do Código Penal e na Lei de Execução Penal, relativa ao regime de cumprimento de pena, possui natureza jurídica mista, ou seja, de norma de direito material (penal) e processual (CHOUKR, 2009).

Desse modo, admite-se que os citados dispositivos sejam interpretados de maneira restritiva sempre que favorecerem o acusado (condenado ou colaborador, na hipótese de acordo de colaboração premiada). O alcance de uma norma penal pura ou mista pode ser restringido desde que seja para favorecer aquele que, em tese, está infringido uma normal criminal.

Nesse cenário, é admissível se fixar um regime de cumprimento de pena que seja mais favorável ao acusado ou ao colaborador em casos de acordos de colaboração premiada.

As normas jurídicas, sob uma concepção sistêmica, que melhor se adéqua a uma perspectiva jurídica mais condizente com a realidade social, devem se pautar pela análise de acordo com suas consequências sociais[1], tendo como norte, no que diz respeito aos acordos de colaboração premiada, os objetivos do instituto e os valores que o sustentam.

Nesse cenário, mostra-se necessária uma interpretação lógico-sistemática da ordem jurídica[2], de forma a melhor enquadrar a previsão normativa do art. 4, § 7, inciso II da Lei n. 12.850/2013. A interpretação de todos os dispositivos da Lei do Crime Organizado, inerentes ao acordo de colaboração premiada, deverá ocorrer em consonância com o objetivo do instituto, que é proporcionar ao colaborador uma condição jurídica mais favorável em relação a que iria se submeter ordinariamente ao violar a ordem jurídica criminal, em razão de ter colaborado com a persecução penal.

A colaboração premiada é um instituto de direito premial e, como tal, destina-se a premiar todos que venham a contribuir com a persecução penal. A não fixação de um regime sancionatório mais favorável do que o ordinário impossibilita a celebração de qualquer acordo premial, pois há a extinção do fator de incentivo ao colaborador (prêmio), inerente ao referido instituto.

Mesmo que o art. 4, §7, inciso II, da Lei nº 12.850/2013 enquadre-se como um dispositivo de natureza processual, não há vedação legal de se transigir sobre o teor do regime de cumprimento da sanção, principalmente quando se analisa e se interpreta a ordem jurídica de maneira sistêmica, tendo com norte o princípio da unidade. Eventuais conflitos normativos em um ordenamento jurídico devem ser solucionados dentro do próprio sistema (BOBBIO, 1995, p. 80).

[1] "El primado de la orientación al input há de sustituirse por um primado de la orientación al output, se debe enderezar el sistema jurídico hacia sus consecuencias sociales y há de ser controlado a su vez por sus consecuencias" (LUHMANN, p. 44).

[2] "(...) a lei se apresenta tão-só como o primeiro e menor elo da encadeada e sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte, até como garantia de sua resistência, os princípios e os valores, sem cuja predominância hierárquica e finalística o sistema sucumbe, vítima da entropia e da contradição. Vale dizer, a unidade só é assegurada por obra do superior gerenciamento teleológico, patrocinado pelos princípios e valores constituintes da ordem jurídica." (PASQUALINI, 2011, p. 96).

A Constituição Federal, ao prevê a garantia da individualização da pena no art. 5º, XLVI, admite que a lei ordinária estabeleça os seus parâmetros máximos, vedando, no acordo, algo que seja superior ao definido em lei como restrição da liberdade.

Nesse cenário, a Constituição Federal proíbe decisões, ajustes ou sanções mais gravosas ao acusado, porém não veda medidas mais benéficas. Essa interpretação mais favorável ao acusado, posição que se encontra o colaborador, é decorrência lógica do próprio art. 5º, XL, CF, que veda a retroatividade da lei penal que prejudique o réu, mas garante a ultratividade da norma mais benéfica, conforme previsto no art. 2º e parágrafo único do Código Penal.

Outrossim, a colaboração premiada, legalmente enquadrada como negócio jurídico processual no art. 3.º, da lei nº 12.850/2013, também se submete à previsão legal do art. 190 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, é plenamente possível se transigir sobre as previsões legais de natureza processual previstas para o instituto, como é o caso do art. 4, §7, inciso II, desde que seja de uma maneira mais favorável para as partes pactuantes.

Não se pode olvidar que o Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal, estabelece, em seu art. 190, que "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo." Consagra-se, nesse artigo, o denominado negócio jurídico processual.

A interpretação, no âmbito processual penal, deve se reger pelos princípios atinentes a essa esfera do direito, entre os quais está o princípio do *favor rei* ou favor réu. A interpretação processual penal cabível é sempre a que mais favorecer o autor do fato ilícito, ante a visão garantista que se deve ter do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito.

A literal legalidade não é aplicável aos acordos de colaboração premiada também em razão da natureza da sanção estabelecida no pacto entre o Ministério Público e o colaborador. Diferentemente do que ocorre em uma decisão condenatória no bojo de um processo penal, a sanção prevista em um acordo de colaboração premiada não possui a natureza jurídica de pena. Prevê-se apenas um limite sancionatório que será imposto ao colaborador em razão de ele ter contribuído com a persecução penal.

É possível que o colaborador não venha a ser condenado por nenhum delito ou seja condenado em um patamar inferior ao previsto. Na hipótese de ser condenado em um patamar igual ou superior, cumprirá a pena nos termos fixados no acordo de colaboração premiada. A

previsão sancionatória do acordo de colaboração premiada incidirá no momento do cumprimento (execução da pena), como limite sancionatório previamente pactuado.

A pena, nos processos penais que o colaborador venha a ser condenado, será fixada normalmente, de acordo com as regras de dosimetria das penas previstas em lei. A diferenciação do colaborador é apenas, repita-se, com relação ao limite de cumprimento, previamente pactuado.

Fixar um regime de cumprimento igual ao legalmente previsto é impossível, pois se atua no acordo de colaboração premiada com um juízo de prognose, que poderá ou não se confirmar.

Além disso, mesmo existindo vedação expressa, no art. 4º, § 7º, inciso II, da lei n. 12.850/2013, da possibilidade de fixação de regime de cumprimento de pena (ou regras de progressão) de maneira diversa da prevista em lei, o §5º do referido dispositivo estabelece que "se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade *ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos*." Ou seja, àquele que colabora após ter sido condenado é permitida a progressão de regime sem a observância dos requisitos objetivos previstos em lei e ao colaborador que não foi condenado não é concedida essa possibilidade?

Mais uma vez, a interpretação literal de um dispositivo legal, no caso o art. 4º, § 7º, inciso II, e o §5º, da lei n. 12.850/2013, pode levar a incongruente conclusão de que é autorizada a concessão de progressão de regime (logicamente mais favorável) sem a observância dos requisitos objetivos previstos em lei apenas aos colaboradores que já tenham sido condenados no momento da celebração do acordo de colaboração premiada. Em contrapartida, o colaborador que resolve contribuir com a persecução penal antes de ser condenado, ou seja, em tese em uma situação jurídica de violação da ordem menos gravosa que o colaborador-condenado, não poderá ser beneficiado por uma progressão de regime sem observar os requisitos objetivos previstos em lei.

A interpretação acima fere a isonomia sob o aspecto formal e material. Os colaboradores passam a ser tratados formalmente (ambos são colaboradores) e materialmente de maneira desigual, em decorrência de serem diferenciados em razão do momento da celebração do acordo (um colaborador antes de ser condenado, o outro após ser condenado), sendo que o colaborador em situação, em tese, menos gravosa é tratado de maneira mais rigorosa.

Essa diferenciação fere, inclusive, a ideia de sistema do direito, visto que "uma interpretação jurídica que se tem por mais adequada, mais razoável, necessita ser contemporânea, sistêmica e evolutiva." (FISCHER; PEREIRA, p. 42) sendo que

> interpretar o Direito em sua completude não se resume na simples tarefa de ler o conteúdo literal dos textos (internos ou externos), sob pena de se desconsiderar e subestimar a complexidade fenomênica em que se vive (FISCHER; PEREIRA, p. 40)

Nesse sentido, Juarez Freitas afirma que um intérprete será considerado sistemático quando "nunca decide contrariamente ao Direito, mas, sem temor, emite juízos a favor da eficácia direta e imediata, no núcleo essencial, dos princípios e direitos fundamentais." (FREITAS, 2004, p. 24).

Desse modo, a melhor interpretação para os citados dispositivos é a que possibilita a progressão de regime de cumprimento de pena, sem a observância dos requisitos objetivos previstos em lei, para todos os acordos de colaboração premiada, independentemente da situação do colaborador (condenado ou não), buscando um contexto de tratamento isonômico entre os colaboradores, bem como uma interpretação lógica, sistemática e teleológica da lei n. 12.850/2013.

A previsão normativa do art. 4º, § 7º, inciso II, bem como do §5º do mesmo dispositivo, ambos da lei n. 12.850/2013, estão vigentes e, desse modo, devem ser compatíveis com a ideia de sistema do direito e adequada aos valores que regem a referida lei, especialmente o instituto da colaboração premiada, que, entre outros fins, busca premiar os acusados que resolvam colaborar com a persecução penal na medida da colaboração realizada.

No mesmo sentido, não se pode olvidar que a Lei de Execução Penal estabelece, no art. 185, que "Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares" (BRASIL, 1984). O referido diploma normativo, utilizado como baliza pelo art. 4, § 7, inciso II da Lei n. 12.850/2013 veda excesso, mas não a concessão de benefícios.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, buscando impedir a ocorrência de excessos na execução da pena, bem como adequá-la aos princípios constitucionalmente vigentes, entendeu ser perfeitamente possível interpretação favorável ao condenado e editou a

Súmula Vinculante nº 56[3], conferindo benefícios quando faltar estabelecimento penal adequado.

Conclui-se, portanto, que há vedação de fixação de normas de cumprimento sancionatório que sejam superiores ao que se encontra consignado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais. Entendimento em sentido diverso resultaria na vedação da fixação de regimes semiaberto ou mesmo fechado domiciliar[4] por força de decisão judicial, em razão de ser contrária ao arts. 34 e 35, CP.

As balizas legais de regime de cumprimento das sanções estipuladas no acordo de colaboração premiada, fixadas pelo art. 4, §7, inciso II, com base no Código Penal e na Lei de Execução Penal, são, em verdade, um limite imposto exclusivamente ao Ministério Público, que não poderá estipular no pacto um regime mais gravoso do que o legalmente previsto. Nada impede, porém, que seja fixado um regime de cumprimento mais favorável ao colaborador.

Ademais, não se pode olvidar que a Lei nº 12.850/2013 admite a pactuação, no acordo de colaboração premiada, de benefícios que vão desde a concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos, alcançando a possibilidade de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Por conseguinte, se a Lei nº 12.850/2013 autoriza que seja pactuado até o não oferecimento de denúncia e o perdão judicial, que são o mais, evidentemente permite que seja estipulada cláusula sobre as sanções.

9. Conclusões

Por meio da narrativa supra, buscou-se demonstrar que a previsão normativa constante no § 7º, inciso II, da lei nº 12.850/2013 não impede que seja estabelecido um regime de cumprimento da sanção estabelecida em um acordo de colaboração premiada de maneira diversa da legalmente prevista, desde que seja mais favorável ao acusado.

[3] "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS." (STF, 2016, on-line)

[4] Nesse sentido: "Este Tribunal Superior tem posicionamento no sentido de que, embora o art. 117 da Lei de Execuções Penais estabeleça como requisito para a concessão da prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime aberto, é possível a extensão de tal benefício aos sentenciados recolhidos no regime fechado ou semiaberto quando a peculiaridade do caso concreto demonstrar sua imprescindibilidade." (STJ, 2018, on-line).

Essa interpretação é um mecanismo de conciliação entre os objetivos premiais da colaboração premiada com as previsões normativas constantes em nosso ordenamento, que deverão ser sempre interpretadas de maneira mais favorável ao acusado, *status* que se encontra o colaborador.

A visão sistêmica do direito é necessária em um ordenamento jurídico, enquanto mecanismo de conciliação de possíveis divergências entre previsões normativa e fins almejados por institutos jurídicos, sempre objetivando a prevalência dos direitos e garantias fundamentais, condizentes com uma perspectiva garantista do processo penal.

A ordem jurídica deve ser visualizada sempre de maneira una, proporcionando, no campo penal, tratamento isonômico entre os acusados, interpretações que garantam seus direitos e garantias fundamentais, bem como assegure os fins almejados por todos os institutos jurídicos. Não existe acusado de "segunda categoria" cujos direitos fundamentais valem menos do que o dos demais acusados.

10. Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 80.

BRASIL. **Lei n. 7.210,** de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.850,** de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 456.301/SP**. Disponível em: <http://www.stj. jus.br> Acesso em: 18 maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 56**. Disponível em: <http://www.stf. jus.br> Acesso em: 18 maio de 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ESCOLAS POSITIVAS. TEORIA do Garantismo Penal**.** 2012. Disponível em: <https://leiadireito.wordpress.com/> Acesso em: 18 maio 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo.(Org.) **Garantismo penal integral.** Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**. 2.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direto**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (Org.) **Garantismo:** estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica.** Tradução Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamano, Benigno Choque Cuenca. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

PASQUALINI, A. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista dos Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v.7, n.4,out./dez. 1995. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22178/interpretacao_sistematica_direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jul. 2011.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal.** Coimbra: Coimbra, 2007.

PORTALES, Rafael Enrique Aguilera; SANCHES, Rogelio Lópes. **Los derechos fundamentales em la teoria jurídica garantista de Luigi Ferrajoli.** Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx> Acesso em: 5 abr. 2016.

SHECAIRA, Sérgio S. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**,n.5, 2009.

O dano tributário do crime de sonegação fiscal: um estudo empírico do discurso do tribunal de justiça de Rondônia

Glauco Maldonado Martins[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O dano causado pelo crime tributário do art. 1º da Lei 8.137/90 pressupõe a interpretação do tipo a partir da proteção do bem jurídico, o qual é identificado na dogmática penal como o patrimônio da fazenda pública. Em julgamento de 11/03/2020, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o dano tributário-penal considerando o valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa (REsp 1.849.120/SC). Por meio da análise de acórdãos do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO) durante a vigência do art. 1º da Lei nº 8.137/90, verificou-se que a compreensão acerca dos limites do dano tributário pode prejudicar a tutela do erário como bem jurídico quando considera o valor original do tributo, excluindo a correção monetária e os acréscimos legais. O artigo pretende, portanto, entender as percepções de dano tributário presentes em acórdãos do TJRO e suas implicações jurídicas.

Palavras-chave: Crime. Ordem tributária. Crédito Tributário. Correção. Juros. Multa

Abstract: The damage caused by the tax crime of art. 1 of Law 8.137/90 presupposes the interpretation of the type based on the protection of the legal asset, which is identified in criminal dogmatics as the patrimony of the public treasury. In judgment of 03/11/2020, the Third Section of the Superior Court of Justice standardizad the tax damages considering the current and full value, including the legal additions of interest and fine (REsp 1.849.120/SC). Through the analysis of judgments of the Court of Justice of Rondônia (TJRO) during the validity of art. 1 of Law No. 8,137/90, it was found that the understanding of the limits of tax damage can harm the protection of the treasury as a legal asset when considering the original value of the tax, excluding monetary correction and legal additions. The article therefore intends

[1] Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia com atuação, desde 17/05/2021, no Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal (GAESF). Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

to understand the perceptions of tax damage present in TJRO rulings and their legal implications.

Keywords: Crime. Tax order. Tax Credit. Correction. Fees. Traffic ticket

1. Introdução

A publicação da Súmula Vinculante nº 24[1] do Supremo Tribunal Federal em 02/12/2009, a qual subordina a consumação do crime fiscal ao lançamento definitivo do tributo, consolidou na prática forense a compreensão atual de que os crimes contra a ordem tributária do art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90 são delitos materiais[2].

Essa jurisprudência tem origem na interpretação do *caput*[3] do art. 1º da lei 8.137/90. O tipo penal incriminador previu que o crime de sonegação fiscal tem como resultado naturalístico a supressão ou redução do tributo e qualquer acessório. Bastaria praticar as condutas-meio dos respectivos incisos do tipo, as quais estão associadas à fraude, omissão ou falsidade. O resultado naturalístico corresponde ao próprio dano ao erário, que é causado pela supressão ou redução do tributo e qualquer acessório.

O interesse na discussão sobre o que compõe o montante do dano tributário na esfera penal tem relevância prática para a aplicação do (i) princípio da insignificância fundamentado inexpressividade da lesão jurídica; e para a aplicação da (ii) causa de aumento de pena do grave dano à coletividade (Lei 8.137/90, art. 12, I).

Atuando como Promotor de Justiça no âmbito do Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal (GAESF) do Ministério Público de Rondônia (MPRO), pude perceber como o direito é aplicado na realidade. Notei que há um campo fértil para uma pesquisa empírica, com relação à delimitação praticada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia quando define o montante do dano tributário na órbita penal.

---

[1] Súmula Vinculante nº 24 do Pretório Excelso: "*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*".

[2] *"O crime material ou de resultado descreve a conduta cujo resultado integra o próprio tipo penal, isto é, para a sua consumação é indispensável a produção do dano efetivo. O fato se compõe da conduta humana e da modificação no mundo exterior por ela operada.*" (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 148)."

[3] Lei Federal 8.137/90, art. 1º, caput*: "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:* (...)" – sublinhei.

Sob tal enfoque, a pesquisa colima responder a seguinte pergunta: como foi percebido o montante do dano tributário, por desembargadores do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), em relação ao crime do art. 1º da lei 8.137/90 entre 1990 e 2021?

Para responder a essa indagação, o trabalho está dividido em algumas partes. O primeiro tópico é dedicado à análise do bem jurídico relativo ao crime contra a ordem tributária. Enquanto marco teórico indispensável para a interpretação constitucional do tipo, o estudo do bem jurídico é fundamental como ponto de partida para a compreensão do montante do dano enquanto resultado do ilícito penal tributário[4].

Na segunda parte, o estudo pretende compreender a composição do montante do dano tributário do art. 1º da lei 8.137/90, o que se faz a partir de uma análise científica dos elementos normativos "tributo" e "qualquer acessório" do tipo penal tributário. Nesse sentido, a análise dogmática tem a pretensão de refletir se, além do valor original do tributo, a correção, juros e multa integrariam ou não o dano tributário. Com apoio em literatura jurídica sobre tema tão específico e na posição atual da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), considero o montante como sendo o valor atual e integral do dano tributário, incluindo os acréscimos legais de juros e multa[5].

A empiria da pesquisa está no terceiro capítulo do trabalho. Ela expõe o modo como foi percebido o montante do dano tributário, por desembargadores do Tribunal de Justiça Rondônia (TJRO), a partir da análise de discursos separados de acórdãos criminais. Neste ponto, há a problematização de implicações práticas que se refletem na tutela do bem jurídico do ilícito penal tributário no Estado de Rondônia.

A metodologia aplicada nesta pesquisa é do tipo empírica[6], com emprego de expressões determinadas, chamadas de *metadados*, na base de jurisprudência do Tribunal de Justiça de

[4] SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos.** In O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? GRECO, Luis et al (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 23-67

[5] REsp 1.849.120/SC da Terceira Seção do STJ cujo julgamento ocorreu em 11/03/2020.

[6] Adotamos no presente trabalho acadêmico a concepção de pesquisa empírica ensinada por Gustavo Silveira Siqueira: *"Não pretendo discutir os diversos conceitos aqui; portanto, a pesquisa empírica, resumidamente, tenta entender como o direito existe na realidade. É uma discussão não do "dever ser" ou da norma jurídica, mas do que ela é. É o direito no dia a dia, nos tribunais, nas salas de aula, nos documentos históricos. É o impacto do direito na vida das pessoas. Trata-se de uso, por exemplo, de métodos sociológicos ou antropológicos de entrevista para conhecer os sujeitos que praticam ou que vivenciam o direito; do uso de métodos históricos para fazer uma história do direito; de estatísticas na análise de sentenças e padrões decisões."* (SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2ª ed., Belo Horizonte, 2021, p. 105).

Rondônia. Uma vez concluída a abordagem quantitativa, com reunião de acórdãos, houve logo em seguida uma abordagem qualitativa, com técnicas de depuração e de refinamento, para se restringir a análise do discurso do dano tributário somente no âmbito do direito penal tributário. O método aplicado é o hipotético-dedutivo, pois a investigação se inicia com base em hipótese que, ao final, será ou não ratificada.

A pesquisa coloca em evidência uma aproximação nova de conhecimentos teóricos existentes para problematizar reflexos da prática forense implementados por desembargadores do TJRO em razão da compreensão do dano tributário na órbita penal.

2. Bem jurídico do tipo penal tributário

Segundo Bernd Schünemann, a determinação do conteúdo do bem jurídico protegido e da estrutura do delito dele dependente são premissas fundamentais da exegese para fixar a matéria de proibição da norma penal[7]. Para o autor alemão, portanto, o princípio da proteção do bem jurídico é o ponto de partida da interpretação do tipo.

Por sua vez, H.H. Jescheck leciona que o bem jurídico constitui a base fundante de toda a estrutura do delito, razão pela qual cabe a ele orientar a interpretação dos tipos penais. Desse modo, o bem jurídico é por definição essencial para a exegese do tipo. Por meio dele é que devem ser interpretados os elementos objetivos e subjetivos do ilícito[8].

O crime tributário tem um bem jurídico de natureza supraindividual ou coletivo. A literatura identifica a disputa entre duas teorias sobre o conteúdo do bem jurídico para delitos dessa espécie: (i) patrimonialista e (ii) funcionalista. A teoria patrimonialista define que o bem jurídico do crime fiscal gravita em torno de interesses patrimoniais supraindividuais do Estado. Parte-se do pressuposto de que o delito tributário tem objetivo de defender o patrimônio da fazenda pública, vale dizer, aquilo usualmente chamado de *erário* ou *arrecadação tributária*[9]. Nesse caso, os limites constitucionais do bem jurídico estão fixados nos arts. 145 a 169 da Constituição Federal de 1988.

---

[7] Nesse sentido, o doutrinador Bernd Schünemann chega a apontar a indispensabilidade da categoria do bem jurídico para a interpretação do tipo, o que é não apenas reconhecido, como destacado por seus mais agudos críticos. SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos.** In O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? GRECO, Luis et al (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 25-26.

[8] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general. 5. Ed. Tradução de Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 234*

[9] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 370.

De outro lado, a teoria funcionalista rejeita a ideia de que o interesse meramente patrimonial é o bem jurídico do crime tributário, porquanto salienta que o objeto da tutela é precipuamente a função que deve cumprir o tributo[10]. A arrecadação tributária, segundo essa corrente, tem natureza apenas instrumental, pois sua finalidade é fundamentalmente cumprir o amplo espectro de deveres do Estado Social.

Carlos Martínez Buján Pérez, que adota a teoria patrimonialista de bem jurídico no delito tributário, não repele totalmente a ideia da corrente oposta de tutela da função tributária nesses delitos. Para o autor, porém, a ideia de função do tributo somente é válida desde que vista como bem jurídico "indireto", com a ressalva de que a referida perspectiva "funcional" do bem jurídico não poderia guardar relação com a descrição do tipo ou com a delimitação do injusto penal praticado[11].

Na doutrina brasileira[12] parece prevalecer a teoria patrimonialista. Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, adota a corrente patrimonial. Na opinião dele, a "ordem tributária" é o bem jurídico supraindividual protegido diante da Lei 8.137/90. A referida expressão "ordem tributária" é entendida, pelo autor, como o "patrimônio administrado pela Fazenda Pública na sua face de ingressos e gastos públicos"[13].

Depreende-se da literatura, ademais, uma teoria eclética. Cuida-se de percepção que admite as características de tutela da ordem tributária e das funcionalidades do tributo. Isso porque as particularidades das duas teorias clássicas (patrimonial e funcional) não seriam excludentes; elas seriam importantes para a definição do bem jurídico[14].

---

[10] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op*. Cit., p. 372.

[11] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte especial**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 545.

[12] Há no Brasil defensores de que o bem jurídico protegido é funcionalmente a ordem tributária entendida como a consecução de objetivos fundamentais da república (v.g. MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 328-333; ESTELITA, Heloísa. A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188). Porém, a maioria adota uma posição patrimonialista, em que o bem jurídico é o patrimônio público (v.g. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. V.1, p. 680; BALTAZAR JÚNIOR, Crimes Federais, p. 798; PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico, 6ª ed. São Paulo: RT 2014, p. 267; HARADA, Kioshi. Crimes Contra a Ordem Tributária, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215; DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a Ordem Tributária, 5ª ed. Belo Horizont: Forum, 2010, pp. 65-66; VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes Tributários. São Paulo: Quatier Latin, 2011, p. 74).

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 679-680.

[14] Na literatura estrangeira: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 113. De outro lado, na literatura nacional: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). Ordem tributária, econômica e relações de consumo - Lei nº

Para os defensores da corrente eclética do bem jurídico em relação ao crime tributário, a supressão delituosa de tributo não afetaria somente interesses meramente patrimoniais. Isto porque o citado delito reflete igualmente na diminuição da capacidade do Estado em cumprir os objetivos sociais com assento constitucional, causando prejuízo à população que depende especialmente do poder público para ter uma vida digna.

A jurisprudência brasileira nos tribunais superiores parece acolher a corrente patrimonialista do bem jurídico do crime tributário, pois adota unicamente o critério do valor do dano fiscal causado aos cofres públicos. Com relação aos crimes tributários federais, *v.g.*, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplica o critério único de R$ 20.000,00, abaixo do qual reconhece o princípio da insignificância (REsp 1.688.878/SP), bem como aplica o exclusivo critério de R$ 1.000,000,00, acima do qual admite a causa de aumento do grave dano à coletividade (REsp 1.849.120/SC).

Sem embargo ao fundamento lógico da teoria funcionalista, percebo haver uma inegável abstração e generalidade sobre a ideia de função do tributo, enquanto instrumento do Estado para cumprir deveres constitucionais. Por consequência, fica prejudicada a legitimidade dogmática na aplicação do direito penal por ser impossível demonstrar o nexo causal mantido por conduta daquele que sonega tributo e qualquer acessório com relação a obras e serviços públicos custeados por receitas.

Dito isso, embora existam três teorias do bem jurídico para o crime contra a ordem tributária, identifico o predomínio da teoria patrimonialista na doutrina e na jurisprudência internacional e brasileira. Para o presente ensaio científico, o marco teórico utilizado será, portanto, a concepção patrimonial do bem jurídico, que é relevante para a exegese da estrutura do crime conforme visto abaixo.

3. Dano tributário do crime de sonegação fiscal (Lei 8.137/90, art. 1º)

A análise do patrimônio da fazenda pública como bem jurídico do tipo penal tributário descortina os limites constitucionais do tema (CF, arts. 145 a 169), revelando o erário público como sendo o ponto de arranque para a interpretação do tipo.

Nesse sentido, o tipo penal que interessa problematizar é o art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/1990, cuja importância para a pesquisa justifica o destaque a seguir:

8.137/1990. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). **Leis penais especiais comentadas**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. Cap. 17. p. 772-773.

> *Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir* ***tributo****, ou contribuição social* ***e qualquer acessório****, mediante as seguintes condutas: (Destaquei)*
>
> *I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*
>
> *II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*
>
> *III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*
>
> *IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;*
>
> *V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.*
>
> *Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

A norma penal revela um crime tributário de resultado. O tipo exige sempre uma diminuição pecuniária da fazenda pública causada pela supressão ou redução de tributo e qualquer acessório. Aqui impõe lembrar que a consumação do delito fiscal dependerá do lançamento definitivo do tributo, ao menos em relação aos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90, conforme a já mencionada Súmula Vinculante nº 24 do STF.[15]

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o legislador estabeleceu no *caput* do referido tipo penal uma autêntica normal penal em branco[16]. Para ele, o tipo utiliza expressões de natureza normativa, tais como "tributo" e "qualquer acessório"[17]. A própria exegese dessas categorias jurídicas subordina o limite da tipicidade penal. A ilação de que o crime fiscal é norma penal

---

[15] A súmula vinculante nº 24 do STF pacificou na jurisprudência o entendimento de que apenas as condutas-meio dos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 são delitos materiais, de modo que o inciso V da norma seria um crime formal para o Pretório Excelso. Não obstante, a exegese não parece observar a melhor técnica de interpretação, pois o caput exige literalmente como resultado naturalístico o dano ao erário pelo não pagamento do tributo e ele se refere a todos os incisos da mencionada norma penal.

[16] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35. Para o autor, a técnica é perfeitamente válida no direito penal, desde de que o núcleo essencial da conduta incriminadora tenha sido fixado pelo legislador penal.

[17] Como bem observa Cezar Roberto Bitencourt: *"No âmbito dos crimes contra a ordem tributária os elementos normativos estão intrinsicamente vinculados a conceitos normativos relacionados com as normas do Direito Tributário, de modo que sempre será necessário buscar, naquele ramo do Direito, as informações para o entendimento do alcance do tipo penal, mas sem perder de vista que o núcleo essencial da conduta incriminada é estabelecido pelo legislador penal. Apenas como exemplo, destacamos a utilização dos seguintes conceitos e expressões: "tributo", "contribuição social", "acessório", "nota fiscal", "fatura", "duplicata", "nota de venda", "autoridade fazendária", "livro exigido pela lei fiscal", "inventivo fiscal", "em desacordo com o estatuído", "informação contábil", "pagamento indevido", "vantagem indevida" etc. presentes nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.137/90."* (BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra..., cit p.** 35 p.)

em branco decorreria, pois, da necessidade de conjugação da lei penal com outras normas para a realização da adequação típica.

Desse modo, surgem algumas perguntas. O que é "tributo"? O que é "qualquer acessório"? Tais elementos podem delimitar do montante do dano do crime fiscal?

Em primeiro lugar, para entender o significado jurídico dos elementos normativos "tributo" e "qualquer acessório", é preciso recorrer à lei extrapenal enquanto fonte do direito para definição da extensão do bem jurídico protegido pelo tipo. Para além disso, o recurso à norma extrapenal permitirá compreender justamente o alcance do que se entende por "dano" causado pelo crime de sonegação fiscal. Isso porque o legislador penal estabeleceu o "tributo" e "qualquer acessório" como objetos sobre os quais recaem a conduta criminosa. Com outras palavras, a supressão ou redução daqueles elementos normativos patrimoniais é o que constituirá o dano tributário na órbita penal.

A propósito, o conceito de tributo está definido no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) da seguinte forma: "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*".

Portanto, haverá o crime tributário se o agente, mediante conduta de omissão, falsificação ou fraude, não fizer o pagamento daquela prestação pecuniária compulsória (tributo) definida no art. 3º do CTN. Denota-se que são pressupostos para o delito fiscal o reconhecimento de uma relação jurídica-tributária prévia entre o Estado e o sujeito ativo do delito e, além disso, uma dívida tributária qualificada pela fraude[18].

Por sua vez, a definição, o conteúdo e o alcance do elemento normativo "qualquer acessório", o qual está presente no *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90, deve ser analisado sob o prisma da correção monetária, dos juros e da multa subjacentes ao tributo. Assim, cabe recordar a doutrina civil sobre obrigações reciprocamente consideradas, as quais se dividem em principais e acessórias. A respeito, Carlos Roberto Gonçalves leciona: *"As primeiras subsistem por si, sem depender de qualquer outra, como a de entregar a coisa, no contrato de compra e venda. As obrigações acessórias têm sua existência subordinada a outra relação jurídica, ou seja, dependem da obrigação principal. É o caso, por exemplo, da fiança, cláusula penal, dos juros, etc."*[19]

[18] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **El delito de defraudación tributaria**. **Revista Penal**, v. 1, p. 57, 1998

[19] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações.** 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

A classificação da doutrina traduz a regra geral de que o acessório segue o destino do principal (*accessorium sequitur suum principale*). O brocardo levou o legislador civilista a prever a regra no art. 233 do Código Civil com a seguinte redação: "*A obrigação de dar coisa certe abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso*".[20] A utilidade da referida classificação civilista para o direito penal-tributário é notória, pois o tributo é obrigação principal e as outras obrigações derivadas serão necessariamente acessórias.

Em princípio, poder-se-ia interpretar a correção monetária como acessório do tributo, sendo o resultado do inadimplemento com a administração tributária, o que já seria o suficiente para defender a ideia de que ela compõe o dano tributário na órbita penal. A doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, porém, nos ensina que a correção monetária não é pena, acréscimo ou *plus*, pois apenas objetiva evitar a desvalorização da moeda pela inflação, e busca impedir o enriquecimento sem causa do devedor[21]. Na opinião do autor, a correção monetária seria um "*componente indestacável*" do prejuízo a reparar e, por isso, deve retroagir desde o momento do evento danoso em caso de ato ilícito[22]. À luz da doutrina civilista referenciada, parece possível uma exegese de que a correção monetária tem a mesma natureza jurídica da obrigação tributária principal[23], uma vez que é apenas uma atualização da dívida de valor inadimplida, não passando de uma consequência natural da inflação para garantir a integral reparação da lesão.

Desse modo, seja para quem interpreta que o elemento normativo "qualquer acessório" abrangendo a correção monetária, seja para os defensores de que atualização integra o próprio elemento normativo "tributo" como dívida de valor, nos dois casos restará a conclusão de que a correção é parte do dano causado pelo crime de sonegação fiscal. Em qualquer das duas

[20] O aprofundamento do tema foge do propósito do trabalha acadêmico, porém é importante dizer que o legislador repete a mesma ideia de que o acessório segue o principal no art. 92 e 364 do Código Civil.

[21] Nesse sentido, o art. 97 do Código Tributário Nacional dispõe no § 2º: *"Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo"*. Como visto, da leitura da redação, podemos depreender que, se a correção monetária não é sequer majoração do próprio tributo para fins do princípio da legalidade do direito tributário, com maior razão não poderia ser parte estranha à obrigação principal, tal como uma pena, acréscimo ou *plus*.

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil...**, Op. Cit., p. 68-69.

[23] Sobre a obrigação tributária principal: *"A obrigação principal, no dizer do CTN, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, §1º). Tem sempre conteúdo patrimonial".* (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.103).

perspectivas de interpretação, a atualização monetária integraria o bem jurídico identificado como patrimônio da fazenda pública.

Anoto que não há recurso à analogia *in malam partem* para concluir que a correção monetária é objeto da tutela do art. 1º, *caput*, da Lei 8.137/90. Isto porque a exegese deriva diretamente dos elementos normativos *tributo* e *qualquer acessório*, cujos conceitos, importados de outros ramos do direito, são válidos, pois há o respeito ao núcleo essencial da conduta incriminadora fixada pelo legislador penal. Ademais, de acordo com o processo penal contemporâneo, a proteção da vítima de qualquer crime autoriza o juiz até a fixar na sentença a reparação do dano (CPP, art. 387, IV), o que revela a tendência atual de diálogo entre a instância penal com ramos do direito civil[24].

De outro lado, sendo o art. 1º da Lei 8.137/90 uma norma penal em branco sob o aspecto do elemento normativo "qualquer acessório", Zelmo Denari e Paulo José da Costa Jr. defendem que os juros integram objeto do tipo porque são acessórios[25]. Não se pode olvidar que os juros têm natureza jurídica de frutos civis, que são devidos em razão da utilização indevida do valor pelo contribuinte em detrimento do Estado.

Como visto acima, a redação do art. 233 do Código Civil estabelece que a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela até quando não expressamente mencionados. Nesse contexto, o tributo é uma obrigação tributária principal (CTN, art. 113, §1º), cuja natureza é de obrigação de dar. Por sua vez, o legislador penal fixou literalmente no art. 1º, *caput*, da Lei 8.137/90, a tutela imediata do "tributo" e, também, de "qualquer acessório", razão pela qual não se está utilizando a analogia quando se considera os juros como acessórios para fins de dano tributário na órbita penal.

É necessário constatar que não existe controvérsia na doutrina acerca da natureza acessória dos juros de mora, que deflui da classificação das obrigações reciprocamente consideradas. Ademais, o bem jurídico penalmente tutelado é o erário público, de modo que o tipo penal protege, além do tributo, qualquer acessório. Dito isso, a minha intepretação do tipo,

[24] Sobre as perdas e danos e a obrigação de pagamento em dinheiro com atualização monetária, destaca-se o art. 404 do Código Civil, o qual expressamente impõe a obrigação de atualização monetária.

[25] COSTA JUNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 116.

à luz do princípio da proteção do bem jurídico, é de que os juros compõem o montante do dano causado pelo crime contra a ordem tributária[26].

No que é relativo à multa, já se viu que o tipo penal tributário tem como objeto, não só o "tributo", mas também "qualquer acessório" dele. Os núcleos do tipo são os verbos suprimir ou reduzir e, dessa maneira, revelam uma ação cujo objeto deve ser uma prestação pecuniária (obrigação de dar). Por conta disso, não parece possível que o elemento do tipo "qualquer acessório" possa assumir o significado de "obrigação tributária acessória"[27], cuja natureza jurídica é obrigação de fazer ou não fazer.

Cezar Roberto Bitencourt, contudo, observa que o descumprimento da obrigação tributária acessória converte-se em obrigação tributária principal. Nesse sentido dispõe o art. 113, §3º, do CTN: "*A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária*." Dessa forma, o autor afirma que o objeto da redução ou supressão em relação a "qualquer acessório" deve incluir o inadimplemento da penalidade pecuniária, vale dizer, multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária acessória[28].

Não parece controverso que a multa costuma ser um exemplo típico de obrigação acessória que depende da existência de relação jurídica principal. No direito tributário, a multa cria uma expectativa de ingresso de receita pública e sua tutela guarda convergência com o bem jurídico identificado como patrimônio da fazenda pública. Outrossim, o legislador penal possibilita a exegese de que a multa é objeto da tutela penal, uma vez que o tipo descreve a elementar "qualquer acessório".

---

[26] Em sentido diverso da doutrina de Zelmo Denari e Paulo José da Costa Jr. adotada nesse trabalho: *"No entanto, essa orientação nos parece absolutamente desarrazoada: a redução ou supressão do pagamento de juros de mora não pode ser considerada crime, como se fosse redução ou supressão de tributo; na verdade, como acessória pode ser considerada eventual penalidade pecuniária aplicada pelo não cumprimento da obrigação tributária, a qual, evidentemente, não se confunde com juros de mora. E, também nessa hipótese, é necessário constatar, para caracterização do crime, a existência da referida obrigação, em outras palavras, é necessário reconhecer como pressuposto, a prévia existência de uma determinada relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo do delito e a administração tributária, concretamente, da qual, em virtude do não cumprimento de deveres instrumentais ou formais, haja nascido uma dívida tributária (a obrigação de pagar a multa)."* (BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309)

[27] Código Tributário Nacional, art. 113, §2º: *"A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos"*. A doutrina de César Roberto Bitencourt critica a ideia de que acessório poderia ser interpretado como sinônimo de obrigação tributária acessória, pois essa interpretação teria o pressuposto equivocado de que a mera infração a deveres instrumentais constituiria crime. (BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra...** Op. Cit.,. 311)

[28] *Ibdem*.

Como se percebe, a partir da ideia de que o patrimônio da fazenda pública é um bem jurídico penalmente tutelado com previsão constitucional, adoto a interpretação do tipo penal contido no art. 1º, *caput*, da Lei 8.137/90, no sentido de que o tributo, a correção monetária, os juros de mora e a multa constituem objeto da tutela penal; todos eles compõem o montante do dano tributário causado pelo crime de sonegação fiscal.

A propósito, o Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, proferiu decisão monocrática no HC nº 179470/SC, publicada no DJe de 03/02/2020, em que indeferiu a pretensão para afastar a majorante do grave dano à coletividade aplicada em acórdão condenatório (art. 12, I, da Lei 8.137/90). Na fundamentação, o Ministro afirmou: "*tem-se que o valor do crédito tributário constituído e inscrito pela Fazenda estadual como dívida ativa, computa todos os consectários legais, ou seja, não basta mais o simples pagamento do valor real sonegado, a solvência da situação demanda a quitação integral dos débitos, inclusive, dos juros, da multa e da correção monetária*".

Na mesma linha, a Terceira Seção do STJ, formada pela 5ª e 6ª Turmas, conquanto até 2019 excluísse juros e multa da noção de dano tributário na órbita penal, passou a considerar – desde 2020 – que tais consectários integram o montante do dano tributário causado por crime fiscal. Segundo o REsp 1.849.120/SC, publicada no DJe de 25/03/2020, o recorrente pretendia afastar a majorante do grave dano à coletividade (art. 12, I, da Lei 8.137/90), alegando a exclusão dos juros e multa para fins penais, porém a ementa da Terceira Seção dispôs que "*o dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa*".

Esses precedentes, além de atuais e dominantes, são relativos a crimes de sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei 8.137/90. O pano de fundo deles é a análise da causa de aumento prevista no art. 12, I, da referida lei. Observa-se que a noção de dano tributário atual e integral, composto pelo tributo e consectários legais (juros, multa e correção), assume a função de pressuposto conceitual. Nesse sentido, os precedentes permitem estabelecer a relação direta com a interpretação de que juros e multa integram o elementar "qualquer acessório", que está presente o *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90, pois o dano para fins da majorante do art. 12, parece ser o mesmo dano do art. 1º.

Portanto, seja de literaturas referenciadas, seja de decisões dos tribunais de superiores, há uma interpretação legítima de que o dano tributário, em relação ao crime de sonegação fiscal, compõe-se pelo tributo, correção monetária, juros e multa. Ademais, a interpretação

apresentada parece ser mais compatível até mesmo com a política criminal tributária, pois a medida despenalizadora de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito depende do adimplemento do tributo e dos acessórios[29].

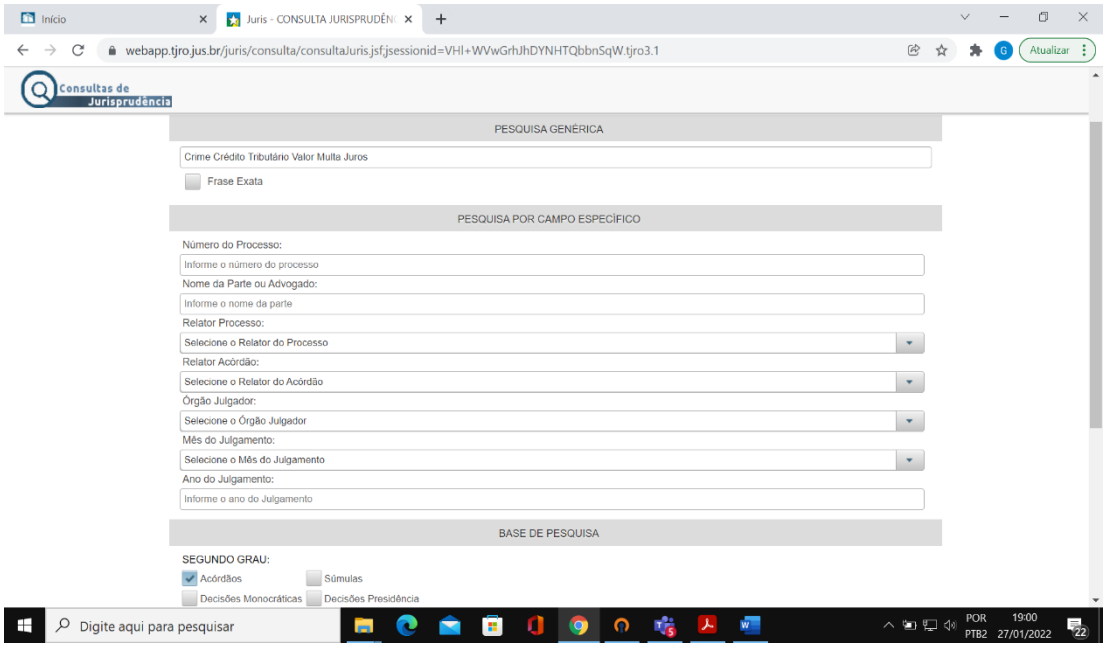
4. Pesquisa exploratória e análise dos acórdãos do TJRO

O Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO) foi escolhido por dois fatores. O primeiro é a proximidade geográfica do TJRO com a vida profissional do autor, o qual – como declinado no início desse texto – atua como Promotor de Justiça do Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal (GAESF) do Ministério Público de Rondônia (MPRO). O outro fator tem relação com o lado acadêmico do pesquisador, o qual é pós-graduando de mestrado em direito penal na Universidade Estadual do Rio de Janeiro/UERJ, o que suscita o interesse de uma análise crítica do tema, associando-se a abordagem teórica com a prática institucionalizada.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada no *site* do TJRO (*www.tjro.jus.br*). Foi utilizado, no filtro "pesquisa genérica", os metadados *crime*, *crédito*, *tributário*, *valor*, *multa* e *juros*, uma vez que são termos frequentes no discurso do dano tributário causado pelo crime fiscal. Por sua vez, não se preencheu o filtro "pesquisa por campo específico". No filtro "base de pesquisa" ficou marcado somente o item "segundo grau: acórdãos". A despeito do site do TJRO não permitir atualmente um filtro refinado para buscar acórdãos entre ano inicial e final, deflui-se que a pesquisa atingiu com tais filtros todos acórdãos entre 27 de dezembro de 1990 (início da vigência da Lei nº 8.137/1990) e 27 de janeiro de 2022 (data da pesquisa). Na Figura 1, para ilustrar a pesquisa, é possível identificar os metadados utilizados através da captura de tela do *site* do TJRO.

[29] Lei 9.430/96, Art. 83, §4º: *"Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos,* ***inclusive acessórios****, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento"*. (negritei)

Figura 1 - Filtros utilizados no site do TJRO



Uma vez aplicado os filtros, a pesquisa identificou a existência de 67 acórdãos das Câmaras do Tribunal de Justiça de Rondônia entre 1990 e 2021. No entanto, houve necessidade de excluir 44 acórdãos. Primeiro, porque a pesquisa no site do tribunal identificou 24 acórdãos de Câmaras Cíveis, apesar da utilização da palavra "crime" como metadado, o que reduziu para 43 acórdãos de Câmaras Criminais. Desse novo *corpus*, houve identificação de 03 acórdãos criminais de embargos de declaração e outros 17 acórdãos de apelações que não têm relação com o tema-problema. Desse modo, com as citadas deduções, a amostra final da pesquisa reduziu para 23 acórdãos criminais, divididos entre a 1ª Câmara Criminal e a 2ª Câmara Criminal do TJRO.

Do universo final de 23 acórdãos, a maioria é oriunda das Comarcas de Porto Velho/RO (12 acórdãos) e de Espigão do Oeste/RO (04 acórdãos), assim como a maioria foi julgada pela 1ª Câmara Criminal (19 acórdãos). Daquele número, 06 acórdãos foram proferidos em 2019, outros 12 no ano de 2020 e 05 foram julgados em 2021. Não houve decisões do TJRO anteriores a 2019 sobre o tema-problema, embora o período investigado ter sido de 1990 (vigência da Lei 8.137/90) até 2021 (último ano pesquisado). A explicação para isso pode ter relação com a criação do GAESF[30] pela Resolução nº 01/2016/MPRO, de 16/03/2016, quando, então, o debate

[30] Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e ao Crime Contra a Ordem Tributária.

sobre crime tributário material aconteceu de modo mais efetivo em Rondônia. Ademais, o TJRO só começou a discutir montante do dano em crime fiscal quando passou a aplicar o princípio da insignificância no *leading case* RESE nº 0001837-92.2019.8.22.0501 (julgado em 04/07/2019).

Uma vez coletadas as amostras, utilizei o método qualitativo de análise de conteúdo, com objetivo de identificar o alcance das decisões. Segundo Laurence Bardin[31], o objetivo da análise de conteúdo é a verificação da expressão desse conteúdo (das mensagens). O escopo não é o de focar apenas nas palavras, mas entender o seu significado no texto, procurando conhecer aquilo que está por trás das palavras.

A referida análise foi realizada nas etapas sugeridas por Bardin[32]. A primeira fase, denominada pré-análise, foi realizada através da leitura dinâmica dos documentos, seguida da escolha de acórdãos que seriam utilizados, com formulação de objetivos derivados da leitura inicial e elaboração dos indicadores a serem utilizados. Na segunda fase, de exploração do material coletado, definida pelo autor como a transformação[33], fiz recortes de trechos dos acórdãos e classifiquei as informações extraídas dos acórdãos. A terceira fase correspondeu ao tratamento dos resultados, mediante interpretação para dar-lhes sentido e para aplicá-los à presente pesquisa.

Durante a análise dos documentos, parte da sistematização dos dados das etapas ficou organizada em um quadro com informações sobre o número do processo, comarca de origem, câmara criminal julgadora, relator ou relatora para o acórdão. Além disso, o quadro apresenta duas categorias/indicadores, sobre as quais foram distribuídos trechos das leituras dos acórdãos, a saber: (a) quanto à atribuição do significado do elemento normativo ‘qualquer acessório’ e (b) quanto à inclusão ou exclusão da correção monetária, juros de mora e multa como parte integrante do dano provocado pelo crime tributário. Portanto, cada acórdão produziu quadro com a seguinte forma:

1. Número dos Autos:	**2. Comarca de Origem:**
3. Câmara Criminal:	**4. Relator:**
5. Categorias / Indicadores:	**6. Trechos:**

[31] BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70. 1977, p. 46.
[32] Idem, pp. 95-100.
[33] Ibidem, 101-102.

5.1 Definição do elemento "*qualquer acessório"*	
Apresenta conceito ( ) Não apresenta ( )	
5.2 Correção, juros e multa	
Excluído do dano ( ) Incluído no dano ( )	

As 23 decisões foram lidas e classificadas em cada categoria, o que foi ilustrado por intermédio de gráficos, apresentados neste artigo, com a finalidade de demonstrar também através de números o que foi encontrado a partir da análise dos acórdãos. Desse modo, os dados foram divididos em dois gráficos, relacionados às duas categorias, ou seja, quanto ao significado do elemento "qualquer acessório" e quanto à inclusão ou exclusão da correção, juros e multa como parte do dano. Essas foram as categorias que melhor ilustraram, no discurso dos desembargadores e das desembargadoras, o que poderia ser o dano tributário causado pelo crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90.

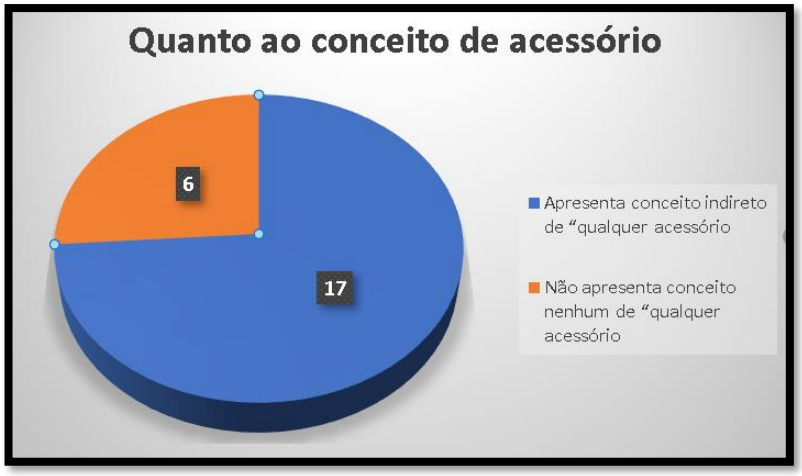
Como visto, o estudo analisa especificamente os elementos "tributo" e "qualquer acessório" presentes no art. 1º da Lei 8.137/90. Da leitura da referida norma penal, percebe-se que o legislador penal estabeleceu o "tributo" e "qualquer acessório" como objetos sobre os quais recaem a conduta criminosa. Portanto, a supressão ou redução daqueles elementos normativos patrimoniais é o que constituirá o dano.

De acordo com a pesquisa, não há polêmica sobre o significado do "tributo" no momento de aplicar a lei, eis que existe um conceito definido pelo legislador (CTN, art. 3º). No entanto, com relação ao significado do elemento do tipo "qualquer acessório", há dissenso quando a lei é aplicada pelo juiz, em especial porque não há definição direta da expressão no Código Tributário Nacional, tal como ocorre com o "tributo".

Nos 23 acórdãos analisados, identifica-se a ampla utilização da expressão "acessórios" em 17 acórdãos, porém os desembargadores não apresentaram diretamente nos votos o próprio entendimento a respeito da expressão "acessórios". Parece não ter havido, nos casos analisados, uma preocupação em apresentar um marco teórico referencial a respeito do significado jurídico do termo "acessórios", embora se trate de elemento presente no tipo penal e associado ao dano causado pela conduta.

Percebe-se que, nas 17 vezes em que o termo "acessório" foi utilizado por desembargadores em seus votos, apareceu um conceito "indireto" do aludido elemento do tipo

penal. Isso porque, na maioria dos casos, ficou subentendido que, para os julgadores, "acessórios" poderiam ser os juros, multa ou correção monetária.



A primeira aplicação da lei com a noção indireta de "acessório" ocorreu na 1ª Câmara Criminal do TJRO, no julgamento, de 04/07/2019, do recurso em sentido estrito nº 0001837-92.2019.8.22.0501, o qual se tornou um *leading case* posteriormente bastante citado em outros julgamentos. Por isso, destaco trecho do voto nesse sentido:

> *"(...)*
>
> *Decerto que, após a inscrição em dívida ativa, o crédito tributário regularmente constituído corresponde ao somatório da obrigação principal* ***com seus acessórios****,* ***derivados de juros de mora e multa****, sendo, portanto, indivisível, convolando-se, pois, em valor único. Na espécie, o valor da CDA indicado às fls.24 corresponde a R$38.492,00, que,* ***atualizado*** *em dezembro de 2017, chegou a R$43.322,87."*[34] *– negritei*
>
> *(...)"*

Dentro daquele universo de 17 acórdãos em que aflorou o conceito indireto do elemento "qualquer acessório", pude perceber que, na grande maioria deles, há uma motivação por referência à fundamentação do leading case citado. Sendo assim, concluí que a motivação apropriada incorporou aquela noção de "acessórios" transcrita acima.

De outro lado, embora a maioria das amostras revele que magistrados admitam que o elemento "qualquer acessório" tem significado de juros, multa e correção, a pesquisa revelou que, em 20 acórdãos do TJRO, referidas categorias jurídicas foram excluídas do dano causado pena sonegação fiscal para limitá-lo ao tributo original.

[34] Tribunal de Justiça de Rondônia (2019). Recurso em Sentido Estrito nº 0001837-92.2019.8.22.0501, Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Daniel Ribeiro Lagos. Julgado em 04/07/2019.

Nesse sentido, observa-se na fundamentação do leading case da 1ª Câmara Criminal, relativo ao recurso em sentido estrito nº 0001837-92.2019.8.22.0501, que o Relator manifestou uma preocupação em se alinhar com uma posição do Superior Tribunal de Justiça naquela época dominante, a qual definia o montante do dano tributário do art. 1º da Lei 8.137/90 como sendo o tributo, porém deduzidos os juros e multa:

> *"(...)*
> *Entretanto, a Corte Superior de Justiça orienta que, para efeitos de aplicação do princípio da insignificância, vale o* ***montante principal da exação***, ***deduzidos juros e multas***, *como se vê do julgado que ora cito: PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária, quando, na ocasião do delito, o valor do débito com a Previdência Social não ultrapassar o montante de R$ 10.000,00,* ***descontados os juros e as multas***. *Precedentes. Ressalva do Relator. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1.419.836/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017"*[35]*. – negritei*
> *(...)"*

A ementa do *leading case* do TJRO referenciado imprime com maior clareza a posição da 1ª Câmara Criminal, no sentido de excluir do montante do dano tributário até mesmo a correção monetária, além dos juros de mora e da multa de ofício. Veja-se:

> *TJRO: CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. VALOR MÍNIMO PARA AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA RELEVÂNCIA DA LESÃO AO BEM JURÍDIDO. LEI ESTADUAL.* ***Se o valor do crédito tributário é aquele apurado originalmente no procedimento de lançamento****, aplica-se o princípio da insignificância,* ***desconsiderando-se a fluência de juros moratórios, correção monetária e eventuais multas de ofício****, se não acrescem valor aos fins de aferição do alcance do paradigma quantitativo fixado em lei estadual para manejar a execução fiscal.* (Recurso em Sentido Estrito, Processo nº 0001837-92.2019.822.0501, Tribunal de Justiça de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Rel(a) do Acórdão: Des. Daniel Ribeiro Lagos, Data de julgamento: 04/07/2019)[36]. – negritei

Apurou-se, ainda, que a mesma fundamentação destacada do *leading case* da 1º Câmara Criminal do TJRO acabou sendo transposta como razão de decidir na maioria dos julgados

[35] Tribunal de Justiça de Rondônia (2019). Recurso em Sentido Estrito nº 0001837-92.2019.8.22.0501, Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Daniel Ribeiro Lagos. Julgado em 04/07/2019
[36] Idem

supervenientes daquela Câmara Criminal, limitando o dano tributário na órbita penal ao tributo original, excluindo a correção, os juros e multa.

Nessa linha de raciocínio, a maioria dos 20 acórdãos seguiu a posição do STJ no REsp 1.419.836/RS, o qual foi referenciado pela primeira vez no *leading case* do TJRO, bem como ficou constatado que tais acórdãos reforçariam tal interpretação restritiva da noção do dano tributário na esfera penal mediante citação do RHC n. 106.210/CE:

> *"(...)*
>
> *A colenda Corte Superior e este egrégio Tribunal de Justiça têm reiterado sua* ***jurisprudência*** *na mesma esteira do voto acima transcrito, salientando, inclusive, que, para fim de aplicação do princípio da insignificância na esfera penal, o valor a ser considerado é aquele apurado originalmente no lançamento tributário, ou seja,* ***sem o acréscimo de multa, juros e correção monetária****, entendimento este deveras coerente, visto que, a se pensar de modo contrário, haveria constante modificação em tal quantum, em virtude da data de ajuizamento da ação ou da prolação da sentença, em flagrante prejuízo ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, confira-se (grifos nossos): (...) "cabendo esclarecer que, para verificar a insignificância da conduta, o valor do crédito tributário objeto do crime tributário material é aquele apurado originalmente no procedimento de lançamento,* ***não sendo possível o acréscimo de juros e correção monetária para aferição do valor****". (...)* (RHC n. 106.210/CE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019)[37] – negritei
>
> *(...)"*

Em sentido parcialmente diverso, há achados na pesquisa revelando 02 acórdãos da 2ª Câmara Criminal, nos quais o dano tributário causado pelo art. 1º da Lei 8.127/90 corresponde ao tributo e à multa, sem, contudo, incluir juros de mora e correção:

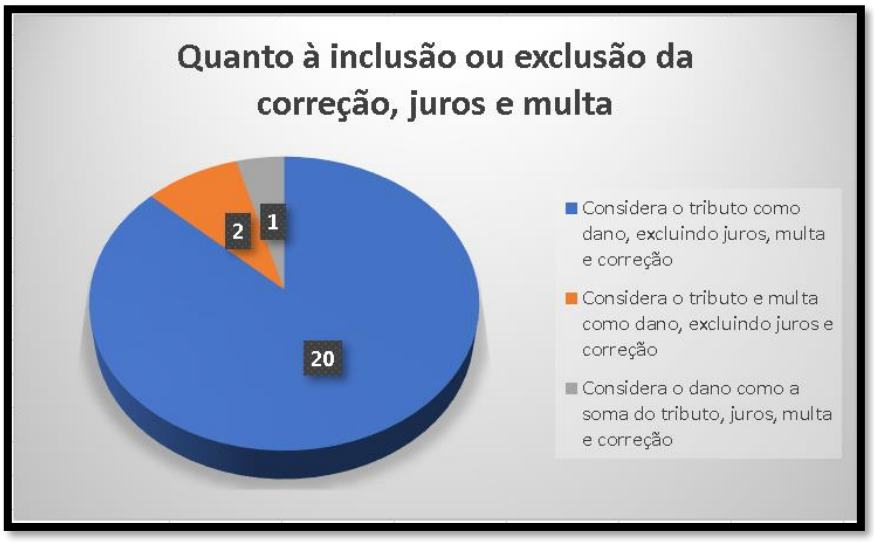
> *"Com efeito, verifica-se que o tributo apurado nos autos, trata-se de ICMS, totalizando o valor de R$ 8.736,14, que* ***incidindo a obrigação acessória (multa)*** *chega ao numerário de R$ 25.471,28 (...) Soma-se a isso a legislação vigente à época do fato 2014, Lei 3.212/13, que estabeleceu um teto mínimo para execução fiscal de 200 Unidades Padrão Fiscal (UPFs), tendo por base o valor de Unidade de R$53,05. Logo, considerando que à época dos fatos (data da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO) a* ***redução dos tributos*** *totalizavam o valor de R$23.301,42 (valor do* ***tributo suprimido*** *e da* ***multa (SEM QUALQUER ATUALIZAÇÃO)****, eram superiores aos limites de 200 UPF, impostas à época[38]. - negritei*

[37] Tribunal de Justiça de Rondônia (2020). Apelação Criminal nº : 0012070-85.2018.8.22.0501, Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. José Antônio Robles. Julgado em 12/03/2020

[38] Tribunal de Justiça de Rondônia (2021). Apelação Criminal nº 0000881-21.2019.8.22.0002, Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Jorge Luiz dos Santos Leal, Julgado em 06/05/2021.

Do total das 23 amostras, 01 acórdão originário da 2ª Câmara Criminal registrou compreensão de que o dano tributário causado pela sonegação fiscal deve ser composto pelo tributo, juros de mora, multa e correção monetária. Isso é possível depreender do voto do Relator, a saber: "Sobre a insignificância do valor suprimido, entendo que o recorrente não tem melhor sorte. É que o **valor nominal do tributo** era de R$ 45.812,26, o qual **acrescido de correção monetária (R$ 4.085,80), multa (R$ 44.908,25) e juros (R$ 12.782,32)**, importou em 107.588,63. Isso à época dos fatos"[39].

Dessa maneira, no que é pertinente à categoria de inclusão ou exclusão dos juros de mora, multa e correção monetária, é possível apresentar os dados dos 23 acórdãos pesquisados em gráfico organizados a partir de três indicadores distintos:



Ficou constatado que os magistrados de 2º grau também não apresentaram marco teórico naqueles 20 arestos para justificar a exclusão dos acessórios do dano tributário na esfera penal. Observou-se que eles se reportam a dois precedentes do STJ, julgados, um em 2017 e, outro, em 2019, para justificar a posição restritiva de dano.

A compreensão de desembargadores do TJRO que exclui da tutela penal juros, multa ou atualização monetária diverge das doutrinas mencionadas no tópico anterior, as quais defendem que eles integram o objeto do tipo enquanto acessórios do tributo sonegado e, via de consequência, compõe o montante do dano na órbita penal.

[39] Tribunal de Justiça de Rondônia (2021). Apelação Criminal nº 0001086-66.2018.8.22.0008, Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Marialva Henriques Daldegan, Julgado em 07/04/2021.

A interpretação restritiva parece estar em desacordo com a doutrina de Zelmo Denari e Paulo José da Costa Jr., que defendem os juros como objeto do tipo, pois integram o elemento "qualquer acessório[40]. Além disso, a posição dos desembargadores se distancia da doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, que trata a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária acessória como objeto do art. 1º da Lei 8.137/90, enquanto categoria jurídica que está inserida no elemento "qualquer acessório [41].

De outro lado, não parece útil sequer sustentar o princípio da uniformidade da jurisprudência para defender o alinhamento do TJRO à posição dominante do STJ, pois a Terceira Seção do STJ, no REsp 1.849.120/SC, publicada no DJe de 25/03/2020, possui na ementa a redação clara de que "*o dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa*".

A empiria pode revelar que a orientação da 1ª Câmara Criminal do TJRO, no sentido de que o dano tributário na seara penal excluiria juros, multa e correção, está desprovida de suporte dogmático penal. A par disso, evidencia-se que parte significativa dos desembargadores do Poder Judiciário de Rondônia insiste – ao menos, até 2021 – em verticalizar jurisprudência do STJ superada desde 2020. A citada verticalização não acompanharia o atual entendimento do STJ que inclui consectários legais no conceito de dano tributário em relação ao delito de sonegação fiscal (art. 1º da Lei 8.137/90).

5. Conclusão

Após analisar os acórdãos do TJRO ao longo da vigência da Lei 8.137/90, percebi, principalmente no discurso dos desembargadores da 1ª Câmara Criminal, uma contradição jurídica. Isso porque houve o reconhecimento de juros, multa e correção como categorias jurídicas integrantes conceito de "acessório". Porém, não houve reconhecimento de que tais acessórios são objeto de tutela do art. 1º da Lei 8.137/90. Essa compreensão judicial desconsidera o elemento "qualquer acessório", sem, contudo, apresentar qualquer marco teórico na fundamentação dos votos.

[40] COSTA JUNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 116.

[41] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35. Para o autor, a técnica é perfeitamente válida no direito penal, desde de que o núcleo essencial da conduta incriminadora tenha sido fixado pelo legislador penal.

Além disso, essa concepção parece ter apoio no REsp 1.419.836/RS (publicado no DJe de 23/06/2017) e no RHC n. 106.210/CE (publicado no DJe 13/08/2019), os quais – como já mencionado no texto – foram superados no STJ pelo REsp 1.849.120/SC (publicada no DJe de 25/03/2020). A grande quantidade de julgados do TJRO estabelecendo uma posição restritiva que exclui juros, multa e correção, acarreta – na minha opinião – um problema grave para a sociedade, à qual, por meio de representantes eleitos e mediante processo legislativo, escolheu tutelar referidas categorias jurídicas, enquanto aspectos essenciais do patrimônio da fazenda pública.

Parece provável que a percepção de desembargadores acerca dos limites do dano tributário pode prejudicar a tutela penal do erário como bem jurídico, eis que considera dano tributário na seara penal somente o valor original do tributo, excluindo os acréscimos legais. Nos acórdãos que aplicaram essa noção restrita de dano houve a utilização do princípio da insignificância com a absolvição do acusado por diminuta ofensa ao bem jurídico; sem dúvida, a exclusão dos juros, multa e correção pode ter concorrido para o referido resultado. Além disso, a despeito de inexistir achado entre referidos acórdãos enfrentando a majorante do grave dano à coletividade (Lei 8.137/90, art. 12, I), resta claro que a percepção restritiva de dano é um pressuposto conceitual comum que poderia ser aplicado pelo TJRO para afastar a mencionada majorante com a exclusão dos juros, da multa e da correção da noção do que é dano tributário penal.

O bem jurídico tutelado no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 é o patrimônio da fazenda pública. É vital para o Estado arrecadar tributos para a consecução dos fins que lhe são atribuídos constitucionalmente. O imposto é que permite ao Estado os meios financeiros para implementar objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e marginalização; e redução de desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º). A par disso, todos os casos decididos pelo TJRO são relativos a ICMS. De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), o ICMS seria o tributo mais sonegado no País[42]. A sonegação de valor exorbitante de ICMS retira dos Estados a capacidade para se desincumbir adequadamente da execução de política públicas fundamentais.

[42]https://ibpt.com.br/a-sonegacao-fiscal-no-pais-aos-olhos-de-um-especialista/#:~:text=O%20tributo%20mais%20sonegado%20%C3%A9,em%20417%20bilh%C3%B5es%20de%20reais.

É nesse contexto que a exegese restritiva dos julgadores da 1ª Câmara Criminal do TJRO, parece não conferir a adequada tutela ao patrimônio do Estado de Rondônia. Além das consequências negativas para as finanças desse Estado da Federação, aquele entendimento jurisdicional acaba por transmitir, por vias oblíquas, uma indesejada mensagem de estímulo para a utilização do cálculo racional[43] pelos sonegadores fiscais. Sob a vertente criminológica da *rational choice theory*, eles podem agir no sentido de continuarem cometendo crimes fiscais, partindo da ideia de que dano penal, eventualmente detectado pelas agências de controle social formal, comporta somente o tributo original, excluindo, assim, quaisquer acessórios, como juros, multa e correção.

6. Referências bibliográficas

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70. 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 748 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 679-680.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). Ordem tributária, econômica e relações de consumo - Lei nº 8.137/1990. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). **Leis penais especiais comentadas**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. Cap. 17. p. 772-773.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

[43] Cabe nesse caso a "teoria da escolha racional" de Gary Stanley Becker que foi desenvolvida para a criminologia e que tem perfeita aplicação ao crime empresarial segundo ensinamento de Artur de Brito Gueiros Souza (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: Liberars, 2021. p. 40)

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 113.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações.** 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general. 5. Ed. Tradução de Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002*, p. 234.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 370.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte especial**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 545.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos **El delito de defraudación tributaria**. Revista Penal, v. 1, p. 57, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos.** In O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? GRECO, Luis et al (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 23-67.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2ª ed., Belo Horizonte, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: Liberars, 2021. p. 40.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1131 p.

Por que a norma deveria ser a regra?
A análise institucional pela psicossociologia e sua aplicabilidade ao compliance

Guilherme Krueger[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A partir da expressão "flibusteiro epistêmico" na obra de François Ost, o artigo toma o estilo de ensaio filosófico em passeio por obras romanescas para contextualizar a oportunidade de se agregar competência em psicossociologia para a análise institucional nos programas de compliance. Em particular, o conceito de recalcitrância é introduzido numa abordagem transversal dos signos da brancura em Moby Dick e Bartleby, ambos com autoria de Herman Melville e da escuta em Angústia de Anton Tchekhov, como dispositivos para propôr a clínica de trabalho e o método cartográfico como devir possível na cultura da conformidade legal e integridade moral.

Palavras-chave: Ética do cuidado – análise institucional – clínica do trabalho - compliance

Abstract: From the expression "epistemic freebooter" in the work of François Ost, the article takes the style of philosophical essay on a tour of novels to contextualize the opportunity to add competence in psychosociology to institutional analysis in compliance programs In particular, the concept of recalcitrance is introduced from a transversal approach of the signs of whiteness in Moby Dick and Bartleby, both authored by Herman Melville and listening in Angústia, by Anton Tchekhov, as devices to propose the work clinic and the cartographic method as becoming possible in the culture of legal compliance and moral integrity.

Key words: Ethics of care - institutional analysis – work clinic - compliance

[1] Advogado e economista especializado em gestão. Mestre em Filosofia (UFRJ) com doutorado em Direito Penal (UERJ). Pesquisador do CPJM.

7. À guisa de introdução, tomemos por ora um começo como nosso.

> Assim, passa bem, pobre-diabo de sub-sub, de quem me fiz comentador. Pertences àquela tribo incurável e pálida que vinho algum deste mundo jamais aquecerá e para a qual mesmo o branco xerez seria excessivamente rosado e forte; mas com a qual alguém gosta às vezes de sentar-se e de sentir-se também pobre-diabo; e de tornar-se jovial até as lágrimas; e de dizer-lhes, de olhos cheios e copos vazios, com uma tristeza não de todo desagradável: - Desisti, subs-subs! Pois, quanto maiores sejam os vossos esforços para agradar ao mundo, tanto mais ficareis para sempre sem agradecimento!

Consta dos excertos vestibulares de Moby Dick[1]. Melville insinuou aqui um tema que retomará com seu Bartleby[2]. Entre o vestibular e a intriga tecida num escritório situado em Wall Street, a saga heroica a bordo do Pequod face o Leviatã albino. Amplamente explorada no copiador recalcitrante num ambiente onde se exerce advocacia[3], a mimese sugerida em Moby Dick parece ligar-se à de Akaki Akakievitch, um escrevente peripatético de uma repartição pública de São Petersburgo que fora retratado anos antes por Gógol em O Capote.

---

[1] MELVILLE. Herman. *Moby Dick.* Trad. Péricles Eugênio da Silva Ramos. São Paulo : Abril, 1972. p. 13.

[2] MELVILLE, Herman. Bartleby, o Escrevente. In: Giorgio Agamben. *Bartleby ou da contingência*. Trad. Vinícius Honesko. Belo Horizonte : Autêncitca, 2015. pp. 57-105

[3] "Bartleby", disse eu, "Ginger Nut está fora; não quer dar um pulo até os Correios (não levava mais que três minutos) e verificar se há alguma coisa para mim?

"Preferiria não" .

"Você não *quer*?"

"*Prefiro* não"

Cambaleei até a minha mesa e sentei-me ali em profunda reflexão. Minha cega obstinação estava de volta. Havia qualquer outra coisa que eu pudesse fazer para ser humilhantemente contrariado por esse descarnado ser sem vintém, meu funcionário? Que outra coisa haveria, perfeitamente razoável, que ele com certeza se negasse a fazer?

"Bartleby!"

Nenhuma resposta.

"Bartleby", num tom mais alto.

Nenhuma resposta.

"Bartleby", gritei.

Como um verdadeiro fantasma obediente às leis da invocação mágica, ao terceiro chamado ele apareceu na entrada do eremitério.

"Vá à sala ao lado e diga para Nippers para vir até aqui."

"Prefiro não", disse, devagar e com respeito, saindo calmamente.

"Muito bem, Bartleby", disse eu, num tom abafado de voz, serenamente severo e seguro, insinuando o inabalável propósito de alguma terrível e iminente retaliação. Tinha em mente, naquela hora, algo mais ou menos assim. Mas, no geral, como se aproximava a hora do almoço, achei melhor, muito abalado pela perplexidade e pela confusão mental, pôr o chapéu e, dando o dia por encerrado, ir para casa.

MELVILLE. Ob cit. 2015. Pp. 74-75

Em comum, em cena, o escritório como ambiente de trabalho – local paradigmático das questões éticas subjacentes nos respectivos enredos[4].

Não é gratuito que o titã seja albino. A brancura de Moby Dick sintetiza num símbolo a tensão dramática da narrativa. Toda dramaticidade da ficção romanesca perpassa a aniquilação de uma crença nas peripécias da pessoa[5]. Em Moby Dick, numa sutil experimentação de Melville, o drama se desborda do romance e alcança o leitor. A tensão se revela a partir da prefiguração cultural da brancura identificada com o esclarecimento, paz e cura, conquanto a brutalidade do cachalote em choque com a obsessão do capitão Ahab até a culminância da aniquilação de Pequod e sua tripulação refigure dramaticamente este signo pictórico: de confortante, a brancura resta assustadora.[6] A palidez inquebrantável tanto em

[4] Não se podia dizer que não lhe dessem uma chance. Certo chefe, reparando nele, desejou premiá-lo por seu longo e atento serviço e mandou-o refazer um relatório de um caso já concluído e que deveria ser remetido a outro departamento. Era coisa simples: mudar alguns verbos da primeira para a terceira pessoa e fazer um cabeçalho, mas isso lhe causou tanta preocupação que ele começou a suar e finalmente disse: - Não, prefiro que me dêem algo para copiar. E desde então o deixaram copiando eternamente.

(....)

De tempos em tempos molestava-o um vento frio e ele era obrigado a levantar a gola de seu casaco, protegendo o pescoço. Súbito o personagem importante percebeu que alguém o agarrava pela gola. Virou-se para trás, viu um funcionário com uniforme surrado e reconheceu imediatamente Akaki Akakievitch. O pavor que sentia aumentou consideravelmente quando fantasma falou, com sua boca cheirando a túmulo: - Ah, finalmente achei-o. É de seu capote que estou precisando! Não quis incomodar-se pelo meu. Agora fico com o seu. O tal personagem era famoso por seu caráter firme, de modo que todos diziam: "Este sim é um homem que se preze!", mas naquela oportunidade ele se borrou todo. Jogou o capote para o lado e gritou para o cocheiro: - Toca para casa! Rápido!

GÓGOL, Nicolai. *O Capote*. Adaptação de Gian Danton. Disponível em https://lelivros.love/book/baixar-livro-o-capote-nikolai-gogol-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/ Acesso em 19/12/2021.

[5] Notem que nós rimos, suspiramos, choramos e nos surpreendemos à medida que os desdobramentos da peça revelam a tolice das visões que antes sustentávamos. Este é o poder da dramatização, seja ela da piada do toc-toc ou da tragédia shakespeariana: vemo-nos diante de uma declaração definida, como, por exemplo: "não existe nada no mundo capaz de me fazer duvidar da castidade de minha esposa". E nós a acompanhamos, passo a passo, até ela ser derrotada e, assim, somos levados a reconhecer a trágica (ou cômica) inutilidade de nosso processo de racionalização. Ao final desse processo (seja na piada, seja na peça, somos aliviados da carga de repressão que esse conhecimento nos causava).

MAMET, David. *Teatro.* Trad, Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2014. p. 79

[6] Num dos capítulos mais célebres de Moby Dick, intitulado The whiteness of the whale (A brancura da baleia'), Ishmael, em outra de suas aparentes digressões, esboça uma espécie de teoria sobre as reações que a brancura da baleia provoca nos marujos que com ela se deparam. Em poucas palavras, o branco, presente de forma intensa na baleia, embora via de regra associado a elementos nobres como o vestido da noiva e a benignidade da velhice, na verdade é capaz de incutir "[...] mais de pânico na alma do que o vermelho que amedronta o sangue". Segundo o narrador, há algo na brancura que, "[...] quando divorciada de associações benévolas, e em par com um objeto terrível, agrava o terror ao seu limite mais extremo". Se a lista de virtudes associadas ao branco é imensa, o mesmo pode ser dito sobre os eventuais terrores acionados pela cor: "[...] veja o urso polar, e o tubarão branco dos trópicos; que outra coisa senão sua brancura lisa ou encarquilhada faz com que sejam os horrores transcendentes que são?". Em suma, longe de atuar de modo estável, a simbologia do branco tremula de um espaço para outro, e nos mares, a brancura da baleia provocaria 'um horror impreciso e inominável'.

Ora, Ishmael inicia sua avaliação das dimensões simbólicas do branco para, no fim das contas, reafirmar um mistério fundamental, um conteúdo inominável que pode despertar desde o amor e o conforto até o "[...]

Moby Dick como em Bartleby se mostra signo que transversa a recalcitrância no distanciamento extremo das figurações em seu dimensionamento narrativo; nada menos titânico do que Bartleby: a crônica de um escritório claustrofóbico de advocacia, e não mais uma saga em alto-mar a bordo de um baleeiro[7].

Pode soar estranho que Deleuze defina a narrativa de Bartleby como uma comédia[8]. Afinal, o desenlace é a morte dele numa prisão, quando então resta revelado um único dado sobre a sua vida pregressa: havia sido funcionário subalterno numa repartição do serviços postais americanos encarregada de destruir as cartas extraviadas depois de recolhidos objetos de valor porventura encontrados em seu interior. A esse respeito, numa observação contemplativa, o advogado anônimo que figura como narrador e interagente com o protagonista

instinto do conhecimento do demonismo no mundo". Nesse sentido, conforme John Bryant coloca, [...] ao analisar o símbolo da brancura, Ishmael destrói os próprios fundamentos do simbolismo e desfaz o único meio que possui (i.e., sua criatividade) para combater o seu medo do nada. Em outras palavras, uma vez que a atribuição de símbolos constitui uma manobra elementar para que o homem estabilize as forças daquilo que não conhece por inteiro ou que não domina por completo, como os mares ou as baleias, ao expor a agilidade com que o branco se desloca em sua simbologia, Ishmael acaba por comprometer a segurança que o símbolo é capaz de conferir ao desconhecido e, assim, adentra voluntariamente os domínios da incerteza: "[...] embora em muitos de seus aspectos o mundo visível pareça ser feito de amor, as esferas invisíveis foram feitas de medo"

CECHINEL, André; CABRAL, Gladir da Silva. 'Um pensamento insone': os perigos do símbolo em Moby Dick, de Herman Melville. *Acta Scientiarum. Language and Culture* Maringá, v. 37, n. 1, p. 49-56, Jan.-Mar., 2015. p. 50

[7] Tivesse havido a mínima inquietação, raiva, impaciência ou insolência em sua atitude; em outras palavras, tivesse havido nele algo ordinariamente humano, sem dúvida, eu o teria tirado à força do escritório.

(....)

Nada perturba mais uma pessoa sincera do que a resistência passiva. Se quem sofre a resistência não é desumano e quem a oferece é perfeitamente inofensivo em sua passividade, então o primeiro se esforçará, em seus melhores estados de espírito, por caridosamente interpretar em sua imaginação o que se mostra impossível de ser deslindado por seu juízo.

(....)

Rememorava agora todos os mudos mistérios que notara no homem. Lembrei que nunca falava a não ser em resposta; que, embora tivesse, a intervalos, um tempo considerável para si mesmo, nunca o vira lendo – não, nem mesmo um jornal; que por longos períodos ficava à sua pálida janela atrás do biombo, a que dava para a parede cega, olhando para fora; estava quase certo de que nunca frequentara qualquer refeitório ou restaurante, enquanto seu rosto pálido indicava claramente que nunca tomava cerveja, como Turkey, ou nem mesmo chá ou café, como outros homens; que nunca fora, que eu soubesse, a nenhum lugar em especial; nunca saía para caminhar, excetuando-se, na verdade, o caso presente; que se negara a dizer quem era ou de onde viera ou se tinha algum parente no mundo; que, embora tão magro e pálido, nunca se queixara de qualquer doença. E lembrei, sobretudo, de ter notado nele uma certa postura inconsciente de leve - como dizê-lo? – de leve arrogância, digamos, ou melhor, de severa reserva, que com certeza me levava, por receio, a me curvar docilmente às suas excentricidades, quando temia pedir-lhe para fazer a mínima coisa para mim, embora soubesse, por sua longa e contínua imobilidade, que por detrás do biombo ele devia estar postado à janela, num de seus devaneios defronte a parede cega.

MELVILLE. *Ob. cit. 2015*. Pp 69; 72; 80

[8] DELEUZE, Gilles. Bartleby, ; or, the Formula. in *Essays Critical and Clinical*, trans. Daniel W. Smith and Michael A. Greco. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997, pp. 68-90. Disponível em https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/ENL474/Criticism/Melville/Deleuze%2C%20Bartleby%3B%20or%2C%20the%20Formula.pdf Acesso em 19/12/2021

ao longo da narrativa reparou com alguma neurastenia que Bartleby lidava diariamente com a morte através das cartas em via de destruição, já que suas missões vitais restaram frustradas em seu percurso.

Mas, partindo de um filósofo, a definição ganha uma conotação própria. É sabido que Kant costumava contar para seus alunos uma anedota mórbida acerca da decapitação de Thomas Morus. Estadista, diplomata e jurista, autor da célebre Utopia, canonizado pela Igreja Católica. Declarado patrono dos governantes e políticos por São João Paulo II: "*pode-se dizer que viveu de modo singular o valor de uma consciência moral"*[9]. Kant dizia que Thomas Morus voltou-se a seu carrasco e recomendou que, em conformidade ao disposto na sentença de morte, cuidasse para que a sua barba não fosse cortada junto com o seu pescoço. A anedota parece ter algo de Shakespeare. Lembra Pórcia, travestida de advogado que, ao interpretar um contrato conforme as Leis de Veneza, ardilosa e com muita sagacidade literalmente salvou a pele de quem pretendia por esposo.[10] E o senso de humor de Thomas Morus era afamado desde a dedicatória escrita por Erasmo de Roterdão em seu Elogio à Loucura[11].

Aí, a comédia a que se refere Deleuze. Bartleby está referenciado nas escolas de Diógenes e Demócrito[12]. Especificamente Diógenes tem uma particularidade estilística: seus registros se dão, sobretudo, através de *chrea* – anedota, um gênero literário conhecido desde a Antiguidade. Há uma conhecidíssima anedota contada sobre o encontro entre Alexandre da Macedônia, o Grande e Diógenes, o Cínico. Mas antes de contá-la, oportuno mencionar a lendária passagem de Alexandre pela Frígia, quando se interessou pelo nó górdio. Ele se

---

[9] A ele, o então Papa atribuiu um predicado particularmente pertinente a este artigo: integridade moral indefectível. Cf. VATICANO. *Carta apostólica E Sancti Tomae Mori sob forma de motu próprio para proclamação de S. Tomás Moro patrono dos governantes e dos políticos.* Disponível https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/motu_proprio/documents/hf_jp-ii_motu-proprio_20001031_thomas-more.html Acessado em 22/12/2021.

[10] Dispõe-te, assim, para cortar a carne. Mas não derrames sangue, nem amputes senão o peso justo de uma libra, nem mais nem menos; pois se retirares mais ou menos do que isso, o suficiente para deixá-la mais pesada ou leve na proporção, embora, da vigésima parte de um pobre escrópulo; ou, ainda, se a balança pender um fio, apenas, de cabelo, por isso a vida perdes, ficando os teus bens todos confiscados SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza.*
Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000094.pdf Acessado em 20/12/2021

[11] SUZUKI, Marcio. O filosofo que ri e o humorista, segundo Kant. *A Palo Seco.* Grupo de Estudos de Filosofia e Literatura/Universidade Federal de Sergipe. Ano 5, n. 5, Vol. 2, 2013. p. 9. Disponível em https://seer.ufs.br/index.php/apaloseco/article/view/5125 Acessado em 08/07/2021

[12] Com os Megáricos, os Cinicos e os Estóicos começam um novo filósofo e um novo tipo de anedotas. Que se leiam novamente os mais belos capítulos de Diógenes Laércio, aquele sobre Diógenes, o Cínico, aquele sobre Crísipo, o estóico. Vemos aí desenvolver-se um curioso sistema de provocações. DELEUZE, Gilles. *A Lógica do Sentido.* Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo,: Perspectiva/USP , 1974. p. 73.

encontrava no templo de Zeus e atava corda a uma coluna. Alexandre examinou o nó por algum tempo ao fim do qual sacou sua espada e num golpe cortou a corda. Voltando a Diógenes. Alexandre, tendo ouvido falar de sua austeridade extrema, foi visitá-lo em Corinto. Tentou-o com uma oferta que considerava irrecusável. Diógenes respondeu-lhe que só estava interessado no sol, pois Alexandre fazia-lhe sombra e já seria bastante que saísse da sua frente: *"Não me tires o que não me podes dar"*. A insolência provocou reação na escolta de Alexandre, mas este lhes desautorizou com esta sentença: *"Não fosse eu Alexandre, gostaria de ser Diógenes"*.[13]

Esta integridade transversa entre duas escalas incomensuravelmente distantes – Alexandre e Diógenes também se expressa na brancura pela obra de Herman Melville: o Leviatã albino e a palidez de Bartleby. Em sincronia, há algo que liga a lenda de Alexandre e o nó górdio e o desconcerto na brancura por Melville: nos signos, tudo que é jungido pode ser cindido. Mas, é preciso uma energia brutal em cisão. O pensamento, menos é um rio que flui; mais é momentoso como uma abrupta erupção vulcânica. Embora essas figurações não sejam excludentes, ao contrário: a lava escorre e vai freando a devastação até só restar seu estado sólido, enfim encosta fértil; conquanto uma tempestade e a vazante do rio, já caudalosa a restar depois bacias sedimentares, férteis ao sol. O pensamento se torna argumento. Entre pensar e argumentar, a lógica do sentido em signos; na erupção e na tempestade, a recalcitrância em tudo que seja significativo[14].

---

[13] PLUTARCO. A vida de Alexandre. *Apud*. Maria Aparecida de Oliveira Silva. Alexandre, o Grande, na escrita biográfica de Plutarco. *Figura: Studies on the Classical Tradition.* Campinas, SP. v. 8 n. 2 pp. 155-184, Jul.-Dec. 2020 pp. 169-170

[14] A gaunt and pallid man has uttered the formula that drives everyone crazy. But in what does the literality of the formula consist? [O pálido e magro homem totalizou a fórmula que leva todos à loucura {I would not prefer to}. Mas, no que consiste a literalidade da fórmula?] (....)

ls this not the schizophrenic vocation of American literature: to make the English language, by means of driftings, deviations, de-taxes or sur-taxes (as opposed to the standard syntax), slip in this manner? To introduce a bit of psychosis into English neurosis? To invent a new universality? If need be, other languages will be summoned into English in order to make it echo this divine language of storm and thunder. Melville invents a foreign language that runs beneath English and carries it off: it is the OUTLANDISH or Deterritorialized, the language of the Whale.

[Esta não é a vocação esquizofrênica da literatura americana: fazer a língua inglesa deslizar dessa maneira por meio de derivas, desvios e subversões da sintaxe? Para introduzir um pouco de psicose na neurose inglesa? Para inventar uma nova universalidade? Se necessário, outros idiomas serão convocados para o inglês a fim de fazê-lo ecoar essa linguagem divina de tempestades e trovoadas. Melville inventa uma língua estrangeira a correr por baixo do inglês e o leva adiante: é a estrangeirização, a desterritorialização - a linguagem da baleia {albina}].

DELEUZE, Gilles. *Ob cit*, 1997.

8. O que isso tem a ver com Compliance?

Dostoiévski, ninguém melhor, tem a resposta: *"Todos nós saímos de O Capote."*[15] Nabokov, autor da hoje quase insuportável narrativa de *Lolita* para qualquer programa de compliance, complementa:

> A grande literatura beira o irracional. Hamlet é o sonho tresloucado de um intelectual neurótico. "O capote", de Gógol, é um pesadelo grotesco e sinistro, que cria buracos negros no desenho obscuro da vida. O leitor superficial desse conto verá nele apenas as patuscadas de um bufão extravagante; o leitor solene assumirá que o propósito básico de Gógol era denunciar os horrores da burocracia russa. Mas, nem a pessoa que só quer dar uma boa risada nem a que aprecia livros "que fazem pensar" compreenderão a verdadeira natureza de "O Capote". Dê-me o leitor criativo: esse conto foi feito para ele.[16]

François Ost quem mais enfatiza a relação existente entre "isso" e o Direito:

> (....) a prosa livre do literato – um "flibusteiro epistemológico" – o aproxima geralmente mais das complexidades do trabalho de campo que muitos saberes acadêmicos. Essa "indisciplina" literária que se insinua nas falhas das disciplinas excessivamente bem instituídas realiza assim um trabalho de interpelação do jurídico, fragilizando os pretensos saberes positivos sobre os quais o direito tenta apoiar sua própria positividade.
>
> Nesse real movediço e complexo, o direito faz escolhas que se esforça por cumprir, em nome da "segurança jurídica", à qual atribui a maior importância. Entre os interesses em disputa, ele decide; entre as pretensões rivais, opera hierarquias. Assim o exige sua função social que lhe impõe estabilizar as expectativas e tranquilizar as angústias. Livre dessas exigências, a literatura cria, antes de tudo, a surpresa: ela espanta, deslumbra, perturba, sempre desorienta.[17]

É tanto manual; é tanta norma redigida ontem à tarde desde a última reunião de equipe de compliance, que sobra pouco tempo ainda hoje para a leitura da grande literatura: coisa que só parece útil até passar em exames admissionais, pois haverá sempre dados mais úteis ao processamento normativo no interesse das organizações. Elas demandam urgentemente esses dados e processos. Para ontem! Gritam marcadores vermelhos nos cronogramas.

Flibusteiros epistêmicos – a começar por Gógol, passando por Dostoiévski e Melville até Tchekhov e Joyce - anteciparam o que a especulação filosófica e só depois a pesquisa empírica pôde constatar: a razão não se relaciona diretamente com isso que se lhe apresenta,

---

[15] CAVALIERE, Arlete. A arte de Gogol. https://revistacult.uol.com.br/home/a-arte-de-gogol/ Acessado em 20/12/2021.
[16] NABOKOV, Vladimir. *Lições de literatura russa.* Trad. Jorio Dauster. São Paulo : Fósforo, 2021, p. 213
[17] OST, François. *Contar a Lei: As fontes do imaginário jurídico.* Trad. Paulo Neves. São Leopoldo : Unisinos, 2004. p. 15.

porque "mundo" só aparece à consciência já emergente com padrões inconscientes – as estruturas impressas em linguagem. Se essas estruturas possuem padrões, elas são radicalmente compositivas. Sendo composição, não respondem funcionalmente pela causalidade tão própria da análise das escolhas, mesmo que se considere a ausência de invariância na racionalidade sempre limitada às situações, tal como exaustivamente demonstrada pela teoria dos jogos e a economia comportamental. Então, por mais que as razões amplamente inculcadas por treinamento e capacitações forcem adesão de uma cultura organizacional à ética desenhada em manuais, esboroam-se elas mais tarde num moralismo codificado: motivos e discursos corretos, mas não ética. A não ser, claro, que se tome por ética isso que seja positivado como uma régua de correção moralizante. Mesmo que se tente sintetizar uma ética mínima. Esse mínimo continuará a ser o que é: não uma metaetica, mas uma régua moralizante. E toda moralização pode ser desmoralizada sem se perder a ética de perspectiva. *Óbvio ululante*, repetia Nelson Rodrigues, depois de nos apresentar *Bonitinha, mas Ordinária*[18]: tão imortal como mortífera a qualquer ação moralizante. Sempre será possível se esconder nalgum porão institucional um flibusteiro epistêmico disposto a isso. Por mais que as equipes de compliance se empenhem, reconhecendo-o como não aderente ao programa, a caçá-lo como inquisidores laicos dos tempos atuais. Dostoiévski profetizou isso na sua famosa parábola do Grande Inquisidor[19]: como conviver com tamanho abalo ao poder da equipe?!

Todos os programas de compliance exaltam a ética nas respectivas organizações, mas muitos flertam, quando não se deitam descaradamente na alcova dos moralismos. Talvez Roger Scruton tenha dado uma pista para pegar o problema, haja vista o viés utilitarista que permeia os discursos usuais sobre compliance (cujos anglicismos que salpicam *ad nauseam* os textos acerca já infiram ser este conceito tributário da tradição de pensamento anglo-saxão):

> Para filósofos como Hutcheston e Hume, a estética torna-se uma questão de "sentimento": de gostar mais disto que daquilo. O gosto é um segmento isolado e inexplicável da psicologia humana, e se trata simplesmente de um fato curioso, mas

[18] Óbvio Ululante é uma expressão popularizada pelo jornalista e aproveitada como título de uma coletânea publicada de crônicas suas em 1968, conquanto a sua peça dramatúrgica *Otto Lara Resende ou Bonitinha, mas Ordinária* estreara em 1962. Com uma referência à frase *o mineiro só é solidário no câncer*, esta obra explora os caminhos e descaminhos da moralidade e da ética corporativa e doméstica entre aparências e descobertas; interesses e desejos.

[19] - És Tu, és Tu? - E, como não recebe resposta, acrescenta rapidamente: - Não digas nada, cala-Te. De resto, que poderias Tu dizer? Já o sei de mais. Não tens o direito de juntar uma palavra ao que disseste outrora. Porque vieste incomodar-nos? Bem sabes que nos incomodas.
DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Irmãos Karamazov*. Trad. Rachel de Queiroz. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 485.

> filosoficamente desinteressante, que os seres humanos gostem de determinadas coisas (como tragédias, morangos e bom tempo) e tenham aversão por outras. (....) Sem possuir uma filosofia do pensamento e do sentimento capazes de tornar nossa experiência de arte inteligível, parecia natural a esses filósofos que a apreciação estética não tivesse lugar na parte intelectual da mentalidade humana (....)
>
> A filosofia analítica contemporânea herdou as debilidades de suas origens empiristas. Houve poucas obras de estética filosófica no séc. XX capazes de lançar qualquer esclarecimento sobre o assunto, e muitas daquelas que o fazem (....) tomam do idealismo sua estrutura conceitual.[20]

O empréstimo do idealismo é típico da outra vertente, mais plástica, dos discursos usuais sobre compliance: o pragmatismo. Por ele, lidamos com o bem driblando o sublime ao nos orientarmos do fim ao princípio e daí voltarmos ao bem-estar: aí o bem ético não precisa ser diferenciado do estético nas teorias do Estado democrático e da regulação na economia de mercado; o Direito então se contenta com o conceito de sustentabilidade para delimitar um corte de legitimidade: bastante tomar por antijurídico os prazeres perversos - aqueles que infiram dano efetivo ou potencial, ainda que em abstrato a outrem ou à sua dignidade humana, ao patrimônio ou ao meio ambiente[21]. A estética, no entanto, vai retraída diante do ético no discurso tributário do utilitarismo e seu corolário, uma forma de pragmatismo que chamarei de continente[22]; discurso este que permeia toda a literatura de *guidelines* presente nos programas de conformidade legal e integridade moral. Mas, o bem estético, mesmo retraído, é presente embolado ao ético: entre razões e interesses nas condutas objetivadas, as ambiguidades

---

[20] SCRUTON, Roger. *Arte e Imaginação*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: É Realizações, 2017. Pp 9-10.

[21] Cf. TOURINHO, Saul. *Direito à Felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição.* Tese de doutorado. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Figueiredo. São Paulo : PUCSP, 2013 p. 217 e ss.

Pero, ¿qué significan ya «virtud» y «felicidad», tras esta intrincada historia? Dejando el tema por imposible en una sociedad totalmente desfigurada en sus deseos y aspiraciones, las éticas de nuestro momento suelen limitarse, o bien a calcular juicios de bienestar social que sean aceptables por todos (lo cual no cambia gran cosa el sistema), o bien a ocuparse em justificar normas. Las éticas deontológicas, contra lo que cabía esperar a principios y mediados del siglo, están de nuevo en auge y renuncian a hablar de la felicidad.

Tanto Apel como Habermas han ofrecido algunas de las razones de semejante reducción, que podrían resumirse en las siguientes:

1) una ética *crítico*-universalista no puede ni quiere prejuzgar dogmáticamente la felicidad de los individuos, sino dejar la decisión en sus manos;

2) una ética crítico-*universalista* tampoco se conforma con el *relativismo* al aceptar la pluralidad de formas de vida nacidas de los diferentes ideales de felicidad, porque admite y potencia las diversas ofertas de «vida buena», pero no acepta diversos principios de la justicia; en caso de conflicto entre distintas formas de vida, han de someterse a las restricciones impuestas por principios universales, legitimadores de normas;

CORTINA, Adela. *Ética mínima*. 6ª Ed. Madrid : Tecnos, 1986 p. 138

[22] Chamo de continente para diferenciá-lo do pragmatismo nômade, de Gilles Deleuze, este indelevelmente referenciado na estética e amplamente exposto na obra Mil Platôs, escrito em coautoria com Felix Guattari. Este pragmatismo nômade impregna o presente artigo.

tortuosas seguem manifestas nos desejos contraditórios a patologizarem tudo que já veio como diagnóstico e tratamento; matrizes funcionais de riscos e sistemas de gestão. Quão normal é alguém da equipe de compliance responder à pergunta banal de saudação: "oi, faz tempo que não te vejo, como vai?" "Na correria de sempre", com aquele meio sorriso narcísico de quem ao responder assim, se sente comunicando ao outro que está economicamente ativo, e ainda por cima fazendo um bem danado à sociedade e, por que não dizer... à humanidade em geral? Proclamar que oficial de compliance não tira férias é vanglória da sua equipe! Pois bem, a Organização Mundial da Saúde (OMS) deu uma nova classificação para a Síndrome de Burnout (CID 11). Ela passará a ser considerada doença decorrente do trabalho e passa a ser tratada de forma diferente. Por ora, a síndrome de Burnout é considerada ainda como um problema na saúde mental e um quadro psiquiátrico. Mas, a partir de 1º de janeiro de 2022, a síndrome será oficializada como *"estresse crônico de trabalho que não foi administrado com sucesso"*.[23]

O que vem transparente continua sendo o aparente sobre uma superfície discursiva lisa. Inescapável; pois sendo linguagem, incontornável que a transparência mostre tanto quanto oculte. O sintoma mais evidente no ambiente corporativo é a celebração da inovação e disrupção tecnológicas numa produtividade exponencial à qual a Lei Geral de Proteção de Dados é caudatária. Quanto mais o sujeito de direito for livre de qualquer heteronomia, maior o volume de normas positivadas que regulam essa liberdade. Eis o paradoxo da liberdade coercitiva em expansão cujo sintoma patológico é a febre performático-produtivo presente na azáfama por protocolos e processos de gestão em conformidade legal e integridade moral.[24]

---

[23] Notícia disponível em http://www.veritae.com.br/noticias/arquivos/noticia%20-%2020623.htm Acessado em 22/12/2021. A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. O documento é a base para identificar tendências e estatísticas de saúde em todo o mundo e contém cerca de 55 mil códigos únicos para lesões, doenças e causas de morte. Em sua 11ª revisão, a CID fornece uma linguagem comum que permite aos profissionais de saúde compartilhar informações de saúde em nível global. Disponível em https://www.who.int/classifications/icd/en/ Acessado em 20/12/2021

[24] Em certo momento, ele [o protagonista de Memórias do Subsolo] diz algo como "por que a norma deveria ser a regra?", o que parece ser uma redundância, mas o que ele quer dizer é por que aquilo que chamaríamos de fisiologia deveria ser a regra, e não aquilo que poderíamos chamar de patologia? Ou seja, por que a desordem não poderia ser a constância? É lógico que a oposição entre patologia e fisiologia é complicada, pois entendemos fisiologia como determinados processos bioquímicos que resultam em uma função de determinado órgão. Assim, se introduzirmos um vírus nesse órgão, ele começa a funcionar de forma patológica, ainda que, do ponto de vista do vírus, o que ele está fazendo nada mais é do que realizar sua própria fisiologia. A patologia do órgão, então, pode significar uma dimensão desdobrada da fisiologia do vírus. (....) a vida humana é mero ponto de vista atômico. Não adianta negá-lo, pois estaremos fazendo uma crítica ingênua do relativismo. Temos de atravessá-lo sem na realidade saber o que iremos encontrar do outro lado. Isso não significa que exista, no regime da razão, um oásis onde é possível chegar após essa travessia. (....)

Aqui talvez mereça menção o conto de Tchekhov com o sugestivo título *Angústia*. Iona é cocheiro disponível ao público transeunte nas ruas. Sabemos logo que seu filho falecera tem poucos dias daquele único narrado no conto. O conto conta as peripécias do personagem para aliviar sua angústia; busca em vão entabular conversa com passageiros e colegas de profissão que aleatoriamente vão surgindo na narrativa; ao fim se contenta em dar expressão à perda sofrida face o seu próprio cavalo. Tchekhov se notabilizou pela concisão de seus textos que, sem diluírem as cores densas, sombrias com que caracterizam seus personagens, expurgam o falatório que foi característico nas polifonias de Dostoiévski. A polifonia está lá, mas resta implícito; é o leitor quem o performa; o que diferentemente em Dostoiévski já vem exaustivo no seu próprio texto. Neste aspecto, Tchekhov se aproxima transverso de Ulisses em Joyce. Ulisses é uma torrente interminável de palavras ao narrar encontros na cidade de Dublin ao longo de 18 horas de para-lá-e-para-cá do protagonista num paralelo estilístico com a Odisseia de Homero[25]. Joyce lança mão de tantas referências e camadas de sentidos que o leitor é convocado a completar a obra com a sua interpretação pessoal. O estilo é muito diferente do de Tchekhov, que personificou esta máxima: escrever é a arte de cortar palavras. Mas, na escassez delas, acontece exatamente o mesmo: o leitor é convocado a completar a obra com a sua interpretação pessoal. Como Nabokov em O Capote reparou e tal como Dostoiévski reconheceu em "todos nós", Angústia e Ulisses também são obras para leitores criativos.

A estética não é mais uma questão só do belo e do sublime como foi outrora. Na contemporaneidade, ela lida com os múltiplos sentidos compositivos da experiência sensorial. É a margem negativa da empiria. Sendo a experiência sensorial sempre transitória no corpo humano, seu registro não pode ser retido no dado como acontece na observação empírica. Mas, a sua transitoriedade extrema veio a calhar para o caráter expansionista da lógica capitalista. Os bens estéticos demandam produtividade em aceleração, posto que galvanizam na dimensão consumerística o modo de produção legitimado no Estado Democrático no âmbito do bem-estar:

> O capitalismo artista designa o sistema econômico que trabalha para estetizar todos os elementos que compõem e organizam a vida cotidiana: objetos, mídia, cultura, alimentação, aparência individual, e também lojas e shopping centers, hotéis e

De acordo com Bakhtin, essa colocação de que a norma poderia ser a patologia, é não o normal ser a norma, consiste no terror moral, justamente o instrumento literário de que Dostoiévski lança mão para dissolver a ideia de lógica identitária.
PONDÉ, Luiz Felipe. *Crítica e profecia.* São Paulo : Leya, 2013, pp. 162-163.

[25] Cf. JOYCE, James. *Ulisses.* Trad. Bernardina da Silveira Pinheiro. Rio de Janeiro : Objetiva, 2005.

> restaurantes, centros urbanos, margens dos rios, portos e fábricas desativadas. Ele coincide com a generalização das estratégias de sedução estética, com o desenvolvimento da mise-em-scène da cidade e dos entornos comerciais. E enquanto o universo comercial e urbano está cada vez mais estilizado por arquitetos e designers, se manifesta no consumidor estatizado também em seus gostos e comportamentos. Desse ponto de vista, é todo o mundo material e humano, imaginário e psicológico do consumo que se converteu à ordem estética. Eis-nos no estágio estético do consumo.[26]

A estética nunca esteve tão presente para o Direito Econômico como agora, mas isso ainda está obliterado pelo predomínio do pensamento anglo-saxão nas formulações discursivas do compliance. Ela se insinua patológica nas exigências de performance que saturam e colonizam o ambiente corporativo, na qual o compliance é mais um cravo cravado nessa ferradura:

> O homem apressado (....) que podia representar na euforia da descoberta da velocidade uma forma de romantismo da modernidade, não traduz, num mundo de aceleração contínua, mais do que a imagem de um indivíduo na busca impossível de si mesmo, esgotando-se na corrida sem fim que lhe impõe a mecânica desabalada do sistema.[27]

9. A análise institucional pela psicossociologia e sua aplicabilidade ao compliance

Qual o limite para uma gestão de riscos? Para os muito pragmáticos, é uma equação de custos, o apetite por ganhos tomado por variante. Mas, há uma questão ética subjacente que relaciona a materialidade do bem estar com a lógica de mercado. A gestão de riscos é um empoderamento sobre a produção empresarial e consumo customizado, ambos orientados para a sustentabilidade socioambiental: a satisfação responsável de todos os desejos como realização sistematizada de sonhos por metas definidas e métodos aplicados. Esse empoderamento para a sustentabilidade parece originário da mesma aspiração humana manifesta nas religiões de matriz abrâmica pela promessa de vida eterna. Uma subversão laica da presença de Deus.

Colocada a questão assim, aparece então o problema ético da transição do Homo Sapiens ao Homo Deus. Há algo de trágico nisso? Desde que os hebreus começaram a manejar sintaxe e a semântica, pode-se dizer que este seja um risco recorrentemente apontado. Um desses apontamentos recorrentes aparece na alegoria romântica do vampiro gótico. No limite,

[26] LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A estetização do mundo*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Companhia das Letras, 2015, p. 315

[27] LIPOVETSKY; SERROY. *Ob cit.* 2015, p. 416.

a concretização sustentável do bem estar é um desejo insaciável de uma vida prolongadamente sem sofrimento. Portanto, sem mortificação - uma aspiração mais estética do que ética. Aí, já é morto-vivo, porque uma vida sem a mortificação é impossível: se desconfigurou como vida.

Compliance é um modo de agregação da integridade moral (1) e conformidade legal (2) na gestão qualificada de alguma organização. Não é qualquer gestão, mas aquela pautada nos riscos e com foco na responsabilidade da governança. Isso atende pelo acrônimo GRC. Faço alusão ao compliance recorrendo aos vocábulos integridade e conformidade em vista da Sociedade Democrática (1) ou o Estado de Direito (2). Mais do que simplesmente identificar stakeholders, trata-se de encontrar o lugar da subjetividade no meio de tanta positividade normativa em produção descrevendo e prescrevendo múltiplas variações objetivas das condutas. Sem este encontro, o compliance, ou se torna um farisaismo laico, ou se torna patológica de transtornos psíquicos em escala epidêmica, vez que parecem esquecidas as lições de Kierkegaard sobre a angústia.[28] Integridade é plano comum em padrões imbricados e proliferantes, não tanto uma questão de processos lineares com resultados previstos para serem corretos. Transversalidade implica numa força analisadora com potencial para desestabilizar o que esteja naturalizado como certo ou errado; o que for dado num "assim mesmo"; é indiciar a iniquidade que caracterize relações de poder e dominação numa organização, sem, no entanto, pressupor que todas possuam os mesmos padrões corporativos por uma hierarquização preconcebida das diferenças. A transversalidade em toda integridade implica menos em dizer o que deve ser feito para se perguntar sobre como fazer.

A cisão conceitual em integridade e conformidade faz aparecer em termos metodológicos algo como as duas faces de Janos. Uma de trás, a conformidade legal, que aqui vou nomear como *coisa em si*. E outra para frente, a *coisa para si*, a integridade moral. A cisão

[28] Carneiro Leão, a respeito de Kierkegaard, serve-se da veia cômica dos cínicos para comentar o texto de Kierkegaard. Tudo se passa na narrativa de Abraão preso a uma escolha que não quer fazer: ou infanticídio, ou deicídio. Não há síntese possível nem um meio-termo. Puro ou-ou. Preso a isso, vai subindo o monte com seu filho Isaac, quando este lhe pergunta pelo cordeiro a ser imolado em sacrifício. É preciso pensar que a resposta dada por Abraão foi visceral: "Deus proverá". É preciso imaginar Abrãao angustiado para a narrativa ganhar densidade. É esta angústia a chave para o "plot" na narrativa, quando o Cordeiro de Deus surge "do nada" - um nada que não é um vazio, mas um horizonte de indistinção que se abre ao mistério de Ser. A hermenêutica kierkegaardiana do texto é esta: não há fé prolífica em Ser, sem que ela seja angustiante. Como lembra Carneiro Leão, neste ponto a narrativa bíblica é bastante e já se move para outra passagem. Mas, ressalva: no entanto, o moderno, em sua voracidade intelectiva de tudo dominar pela técnica, não se contenta em parar aí. Tem que haver alguma explicação para encaixar. Então, ele dá uma. Volta à narrativa: Isaac volta correndo do alto do monte e apavorado reencontra seus amigos: "o velho endoidou! Com o papo de sacrifício, queria mesmo era me matar! Se eu não sou ventríloquo, estaria morto agora."
LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Filosofia Contemporânea.* Teresópolis : Daimon, 2013, pp. 20-21.

remete as pessoas inseridas numa organização em compliance à pergunta existencial: *"o que doravante fará com você mesmo de tudo que já foi feito até agora?"*. Esta pergunta jamais poderá ser feita num ambiente transparente ou expressando preocupações reputacionais da organização, ou a resposta perderá autenticidade. Em que pese tais ressalvas, é uma pergunta eminentemente ética e a resposta é produção subjetiva, na medida em que convoca o pensamento de si-mesmo (*self*) como outro.

Uma vez que o compliance já esteja implantado, qual o seu devir? Havendo impulso de autopreservação, os profissionais nele engajados vão descrevê-lo numa espécie de tautologia travestida de ciclos baseados nos pilares de sempre. Pilares são fixos para se perfazer uma passagem; apegar-se ao fixo é ir e voltar pela mesma passagem. Qual o problema? A degeneração, tal como Friedrich Nietzsche a conceituou – mais do mesmo só pode se degenerar[29]. Aqui não há necessariamente um sentido pejorativo usual, mas estritamente filosófico de esconder mais do que mostrar aquilo que se possa chamar de dispositivo. Dispositivos a que me refiro aqui não são descritíveis como representações de um objeto já realizado. São narrados, realizações; experiências de si mesmo como outro.

Aqui, é preciso pensar em termos de imaginário. Aquilo que compartilhamos numa organização (atividade social), quando imaginamos (atividade pessoal) – as subjetividades interagentes. E estamos sempre imaginando, por mais objetivos que possamos nos sentir ao descrever algo a partir de conceitos dados. Cornelius Castoriadis pensou o imaginário como instituinte - uma consolidação qual placa tectônica que se move sempre emergente de um movimento magmático[30]. Dispositivo é uma ranhura num plano; uma ruga na lisura; uma nota rítmica para uma esquizoanálise (esquizo=separação/distinção) da instituição pelo imaginário.

---

[29] Nietzsche se referia ao aparecimento da metafísica com que a linguagem predominantemente narrativa mítica e trágica desliza em Sócrates para um primeiro começo da filosofia em linguagem injuntiva, seja descritiva, seja prescritiva com a qual desde a Antiguidade vai se cindindo em ética e estética e essa decomposição degenera o pensamento intelectivo ao deixá-lo cada vez mais apartado da visceralidade vivida. Nietzsche está em grande medida reagindo à Fenomenologia do Espírito de Hegel, quando propôs distintas possibilidades de pensamento numa linguagem filosófica singular em que ética, estética, política, lógica e metafísica voltam a ser embaralhadas desde a literatura grega pré-socrática. Essas possibilidades simplesmente não se deixam totalizar no sujeito pela dialética hegeliana. O pensado permanece visceral sem restar suspenso (*aufhebung*). Nietzsche antecipa o que virá a ser amplamente desenvolvido no Sec. XX na confluência da fenomenologia e do estruturalismo numa conceituação do corpo (e não o espírito) como locanda fenomênica, eis que deixa de ser encarado como sede de capacidades inatas da categorização e juízo, das impressões sensoriais e da ação prática, que seriam próprias do espírito humano.

[30] Cf. CASTORIADIS, Cornelius. *Sujeito e verdade no mundo social-histórico: Seminários 1986-1987 : a criação humana.* Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro : Civilização brasileira, 2007, p. 112

Um caco genealógico do saber[31]. Pensar o dispositivo é pensar cada um de nós como máquinas desejantes. E o que ele aponta é para o próprio movimento magmático. Nele, os pilares se dissolvem, restam apenas pistas para devir, uma cartografia ainda por fazer.

Há uma técnica cartográfica para distinguir esses dispositivos: a instrução ao sósia pelo qual se exercita as injunções sobre como ele deveria se portar para não descoberto como um impostor. Esta técnica faz pensar o compliance como espaço para uma clínica do trabalho; uma ampliação dos processos investigativos entre gêneros e estilos. O gênero é um corpo imaginário interposto entre corpos psicossomáticos como campos fenomênicos e entre eles e o ambiente de trabalho. Um gênero vincula os que participam de uma situação e avaliam essa situação de uma mesma maneira. Toda atividade em gênero terá algo subentendido além do explicitado. O subentendido se percebe, se espera, se aprecia ou se teme. É o que se deve fazer graças a uma rede de relacionamentos com avaliações pressupostas, sem que se tenha que se especificar; é como uma senha codificada em uso somente por aqueles que se integram ao gênero. O estilo, por sua vez é da ordem da singularização na potência do gênero. A flexibilidade do gênero depende do estilo, uma cadência. O estilo não é contra o gênero, mas não cessa de metamorfoseá-lo nos pontos de fadiga (dispositivos) com a prática no campo de forças e de afetos de onde emergem as mudanças.[32]

Métodos quantitativos tendem a inferências de generalização pela inteligibilidade das variáveis em padrões descritos ao lidar com conjuntos imaginados (tratamento de dados); métodos qualitativos tendem, por sua vez, a inferências de particularização ou especificação de grupos sociais ao interagir com seus indivíduos (perspectivas dinâmicas) para apreender suas vivências, comportamentos, representações e linguagens. Métodos qualitativos lidam com palavra manifesta em discurso, norma, valor, símbolo e trama do convívio e variam conforme o modo como se estabelece o campo de pesquisa (relação pesquisador – grupo pesquisado).

O método cartográfico permite que o grupo pesquisado seja tomado também por agentes da própria pesquisa (compartilhamento de preocupações), o foco é então “como acontece” (genealogia ou gramatologia de fenômenos – processo resultante de interações – complexidade

[31] A genealogia aqui é pensada tal como Foucault; não é uma revisita ao passado, mas sempre fluxo gerador de representações, sendo que ele mesmo, o fluxo, não pode ser representado, mas pode ser perseguido. A genealogia é o *logos* do fluxo.

[32] BARROS, Maria Elizabeth; DA SILVA, Fábio Hebert. O trabalho do Cartógrafo do ponto de vista da atividade. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco. *Pistas do método da cartografia.* Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016., pp. 142-143.

constitutiva da especificação) conquanto menos se busque precisar "o que acontece" (análise de objetos) como um elemento distinto do processo de produção (produto de um processo encadeado). A etnografia e a cartografia se distinguem pela intensidade da imersão, ou seja, como se articulam no lugar (ethos); ou seja, como os pesquisadores se implicam com os pesquisados na composição do campo de pesquisa, de modo que a convivência pesquisada seja a convivência do pesquisador na relação com os pesquisados num objeto de pesquisa sempre em construção.[33]

Hoje, uma gestão correta em termos de imputação penal é aquela em que se pondera a expectativa de ganhos excelentes com a possibilidade de perdas insuportáveis. Emergiu uma qualificação para a gestão. Não basta gerar resultados positivos. Essa positividade precisa ser sustentável haja vista múltiplos sentidos sócio-ambientais plasmados em figurações transversais ou imbricadas, que são conceituadas como stakeholders: os diversos atores sociais afetados ou envolvidos nessas atividades organizadas. Quanto à integridade moral das empresas, não se trata de necessidades fixas em atividades de natureza criminológica ou criminogência representadas por construções abstratas em um texto injuntivo de salvaguarda do interesse público. Tampouco se trata de negar essas construções, mas em reconhecer que também se lida com narrativas. E toda narrativa é dialógica, senão se reduz a discurso.

A crença recorrente de quem lida profissionalmente com o compliance é a de poder não se identificar com hábitos indesejáveis (vícios) que são cultivados sem uma atenção cuidadosa de seus riscos. Isso o lança no desafio de estabelecer uma rotina que não separa teoria e prática. Mas, isso não é redutível a uma questão de técnica e metodologia. É aí que começa o desafio. Se a formação de um profissional de compliance nunca acaba é porque implica em acompanhar constantemente os efeitos das práticas. Não somente nos outros, na organização para a qual trabalha. Mas, em si mesmo. Pois, o *self* é corpo como campo fenomênico – o aparecimento (de efeitos) *para-si.*

A inteligência artificial - a racionalidade não-substancial não pode substituir a atividade humana em sua dinâmica estímulo-resposta. Por que? A IA não vivencia a visceralidade das práticas. Só pode simular uma pelos testemunhos registrados que processa por algoritmos. É a velocidade do processamento sequencial dos registros que simula uma vivência. Então, a IA

[33] CESAR, Janaína Mariano; DA SILVA, Fábio Hebert; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O lugar do quantitativo na pesquisa cartográfica. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco. *Pistas do método da cartografia.* Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016, pp. 153 e ss.

não lida para-si com a angústia, a contrição, o medo de errar e da traição, a expectativa de fracassos: tudo isso é a descoberta de si-mesmo como outro. E sem essa formação, a ética é só um verniz - esconde mais do que mostra. A ética se desprende da moral, quando se passa e não se encontra o que se espera. Quando o conhecer não é representar objetos, pois o concreto se atualiza em ruptura emocional. Identidades situacionais são modos de agir e perceber em correspondência às situações.

É verdade que processos organizacionais demandam o reconhecimento de características fixas atreladas a condutas – positivações para uma conformidade homogênea. Mas, quando há essa totalização, o viver deixa de ser neguentrópico. Porque a integridade do agir e do perceber não é dada naquilo que seja dado numa situação. Se a conformidade pressupõe antecipação – eis aí um paradoxo: a integridade não pode ser antecipada. Por isso, somente de um modo incompleto alcançado pelas normas preestabelecidas. Formação é conhecer, agir e criar. [34]

A gestão de riscos é passar por um fino gelo entre a suspeita e a confiança. Os gestores de compliance correm risco, se desinteressarem pela experiência de se ser íntegro. Isso acontece, quando impõem um modelo heteronormativo de perceber e pensar conformidades, enquanto emulam engajamento e adesão e tomam isso por integridade. Pertinente então se perguntar pela circulação dos diferentes sentidos que assumem os processos de compliance. Os sentidos adquiridos dependem dos modos de sentir e agir mobilizados, quando os processos são estabelecidos, porque eles podem reforçar frustrações e dificuldades; a mobilização nem sempre é compartilhamento e engajamento; nem sempre é cooperação. Os vínculos de confiança envolvem criação partilhada de sentidos, pois além da colocação das questões de conformidade, há novos encontros que se estabelecem. Um plano de integridade é um plano de experiências compartilhadas nas conexões entre sujeitos e mundos. No plano da integridade, a hierarquia da especialização é subvertida. O *ethos* da confiança está no plano da experiência, no manejo de vínculos, e não nos enquadramentos da deliberação baseada em cálculo de resultados. Neste sentido, toda confiança pressupõe alguma indeterminação que difere a coerência da lisura. Neste ponto, engajamento não se reduz a uma oposição à recalcitrância. Eis que a integridade é completude dialógica que tensiona saberes e práticas. Enfim, o plano é

[34] POZZANA, Laura. A formação do cartógrafo é o mundo: corporificação e afetabilidade. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco. *Pistas do método da cartografia.* Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016, pp.42 e ss.

comum, mas que haja esse coeficiente de indeterminação no espaço do diálogo - uma sintonia amodal (ritmos e velocidades) constituída de afetos e perceptos antes de uma ordem identitária ou representacional. É dessa sintonia que emerge a confiança. O desafio é identificar os dispositivos para esta sintonia, considerando que afetos não se confundem com os sentimentos, nem perceptos com percepções. Confiança não é uma questão de adesão, se não for antes uma questão de cultivo: se for baseado em termos preestabelecidos, não se dá a sintonia, pois esta só se faz com atenção às recalcitrâncias que emergem ao longo do caminho. Por isso, a confiança não se baseia em pilares, se não for para ser atento às passagens; às pistas.[35]

10. Conclusão

Cuidado com a fixação na lisura:

> A estética do liso é um fenômeno genuinamente contemporâneo. É só na estética do contemporâneo que o belo e o sublime ficam arruinados. O belo é isolado em sua pura positividade. O sujeito fortalecido da contemporaneidade positiva o belo em um objeto de curtida. O belo se torna, com isso, o oposto do sublime, que graças à sua negatividade, não provoca nenhuma complacência. A negatividade do sublime, que lhe diferencia do belo, é novamente positivada no momento em que é reconduzida para a razão humana. Não é mais o externo, o totalmente outro, mas uma forma de expressão interior do sujeito.[36]

Retomemos o sublime na Angústia de Tchekhov. Iona nos convoca ao cuidado. Esse cuidado, é a escuta. Não. Não é escuta o tanto de surveys que a equipe de compliance trate de realizar com os colaboradores da casa; não é due diligence em fornecedores; não são os depoimentos prestados em investigações internas; não é canal para *whistleblowing*. Tudo isso está no campo da coleta e tratamento de dados. Opa, não custa aqui prevenir um mal-entendido... não se trata de minimizar a importância dos procedimentos encimados nos pilares do compliance, mas em reconhecer que permanecem no campo do falatório, ou então estaremos degenerando a organização pela estética da lisura.

[35] SADE, Christian; FERRAZ, Gustavo Cruz; ROCHA, Jerusa Machado. O Ethos da confiança na pesquisa cartográfica: experiência compartilhada e aumentos da potência de agir. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco. *Pistas do método da cartografia*. Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016. Pp. 66 e ss.
[36] HAN, Byung-Chul. *A Salvação do Belo*. Trad. Gabriel Salvi Philopson. Petrópolis : Vozes, 2019, p. 27.

Angústia de Thekhov, no entanto, nos convoca para a ética do cuidado Há então uma diferença entre a ética da responsabilidade[37] e a ética do cuidado[38]. Este, diferentemente da responsabilidade, desconstrói o *sapere audi*, porque enfatiza a abertura pela qual a humanidade existe além das presentidades no cotidiano público orientadas unicamente pela razão dada, seja pela via transcendental (Kant), seja pela via histórico-social (Hegel), seja pelo via dos discursos (Habermas). Trata-se de uma ética orientada a erigir teórica e empiricamente fundamentos primordiais para a resolução não violenta de conflitos. Há uma inversão gramatológica com relação à responsabilidade. Ou seja, o cuidado de perceber e de aliviar a aflição real e reconhecível é a coerência ética da responsabilidade. A responsabilidade deriva do cuidado, e não o contrário.

Em termos paradigmáticos, a ética do cuidado se referencia nas figuras feminina e maternal[39], uma vez que, nelas, sempre problemática a injunção do mínimo ético em promover a autorrealização ao respeitar os direitos dos outros. A geração da vida no ventre de uma mulher coloca em xeque a separação do si-mesmo como primórdio da condição humana; separação esta que pressupõe a relação com outros se apoiando na vida autônoma. A partir dessa autonomia que se dá a interdependência pessoal. Esse pressuposto está presente de alguma forma no contratualismo, no utilitarismo, no racionalismo, na fenomenologia e epistemologia transcendentais, no historicismo e pragmatismo dialéticos, na psicanálise freudiana, no construtivismo – todos eles embicam de um jeito ou de outro para a ética da responsabilidade, que tende a focar primordialmente nos conflitos e nas disputas por direitos a serem solucionados por abstrações.

Na ética do cuidado, o relacionamento íntimo é o dado primário, não é derivado da separação dos agentes. Os conflitos de responsabilidade são pensados pela subjacência do cuidado que erige a mutualidade e volta-se mais para as consequências psicológicas que são perceptíveis nas narrativas do que em textos injuntivos, sejam descritivos, sejam prescritivos. Porque as narrativas logram melhor expor as diferenças de esforços em ser o que tem de vir a

[37] Em Kant, o agir autenticamente ético deve dá de acordo com regras racionais, independentemente da consideração dos fins. A ética que se apresenta num agir voltado aos fins é influência do utilitarismo de um lado e historicismo hegeliano, de outro.

[38] A ética do cuidado é comumente atribuída à Foucault. Mas, ele se mostra, neste ponto, influenciado por Heidegger conforme se pode constatar em sua série de conferências de 1982 no Collège de France, intituladas Hermenêutica do sujeito.

[39] GILLIGAN, Carol. *Uma Voz Diferente*: *psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta*. Trad. Nathanael C. Caixeiro Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982, p. 183

ser em todo conflito e em toda disputa antes mesmo de ter predeterminadas as responsabilidades e a normatividade.

A segurança, tal como pensada por Donald Woods Winnicott pode ser compreendida neste contexto ético do cuidado. Ela é erigida a partir da relação de amadurecimento da criança em sua íntima relação com a mãe suficientemente boa. Para Winnicott, amadurecimento tem a ver com a distinção entre ambiente e o outro, o que só acontece a partir da presença da mãe, ou de quem que exerça substitutivamente essa presença do cuidado. Ele é pensado a partir da existência psicossomática da pessoa (corpo como campo fenomênico) para a existência social que tem de ser. Mas em sincronia com a provisão ambiental desempenhada primariamente pela mãe em sua devoção existencial que também tem de ser confiável. Ser humano, portanto, está aí para o cuidado no ter que amadurecer. Para tanto, a mãe precisa se deixar objetificada e suportar que o bebê se identifique com ela ao mesmo tempo em que a usa: não há aí separação corpórea em campos fenomênicos distintos. Para um bebê, quanto mais precoce, mais a ausência da mãe é a ausência de si. Seu amadurecimento é perceber que a ausência da mãe não seja uma quebra de confiança na existência de si. Estabelece-se a primeira noção de tempo, pela qual há confiança que sua ausência não seja sua falta, o que enseja o aparecimento criativo de sua própria subjetividade com o qual vai enriquecendo sua relação com o mundo que então se diferencia da mãe a partir do aparecimento fenomênico de outros objetos para si e de outros vínculos afetivos com pessoas que se lhe apresentam distintos para suas necessidades percebidas, que vão se diferenciando também. Confiança é primeiro uma experiência de continuidade existencial para ser si-mesmo diante do mundo e dos outros. O cuidado então propicia a experiência de ser, o que é muito diferente de pensar o cuidado como decorrência de ser. O bebê *é* a mãe e então vai deixando de sê-lo no seu amadurecimento; a mãe não está lá desde sempre como responsável para atendê-lo, pois o bebê, como indivíduo autônomo, nunca existe num primeiro momento. Os cuidados que são dispensados pelo pai, família, comunidade e sociedade são continuidades enriquecidas e enriquecedoras desse cuidado primordial. O que diz sobre ser suficientemente bom: a continuidade para ser quem tem que ser si-mesmo no amadurecimento psicossomático e ambiental para as escolhas pessoais e continuidade humana, sem a qual qualquer imaginário não pode existir. Isso acontece, quando a criança se dá conta que provoca dano à mãe e se compadece dela. No compadecimento, urge nela dar de si à mãe, tornando ela própria também cuidadora:

> Alcançando a maturidade na idade adulta, o indivíduo sadio tornar-se-á capaz de cuidar, por exemplo, dos seus próprios filhos ou ir criando ou recriando a máquina democrática, que é a base da sociedade saudável (....) Essas capacidades não são redutíveis às virtudes que favorecem a realização de uma vida boa nem à legislação puramente racional determinante da vontade boa (Kant), tampouco à legislação imposta pelos grupos sociais (Piaget, Kohlberg) ou pela vontade paterna (Freud). O cuidado do indivíduo para com os outros surge do próprio movimento do amadurecer. O concernimento pelos estragos somáticos e psíquicos causados pelo uso excitado da mãe não é nem pode ser ensinado. É uma preocupação que o indivíduo desenvolve espontaneamente, em virtude da tendência à integração inata, desde que, antes disso, ele foi atendido pelos cuidados ambientais (nesse caso, maternos) de forma suficientemente boa. [40]

Em jogo aqui é a relação entre a aceitação e a imposição da responsabilidade. E, portanto, entre o poder-ser e o dever-ser. O cuidado não é simplesmente provimento obrigatório de necessidades mínimas do bebê. O cuidado repassa o poder-ser de geração em geração. Ele não está baseado, portanto, numa virtude ou na lei, mas no próprio existir em corpo presente de alguém que já é si-mesmo e outrem que está aí e torna a sê-lo numa relação radicalmente assimétrica e só abstratamente alcançará na vida adulta alguma simetria em termos da cidadania.

O respeito à ordem social e econômica constitucional, por mais abstrata que seja em seus valores, princípios e regras, nunca deixa de ser um desdobramento do compadecimento para com a mãe e sua mediação se faz no amadurecimento de si-mesmo pela tradição do imaginário, através das famílias e comunidades em suas narrativas, rotinas domésticas e visões de mundo, bem como códigos de conduta que as permeiam até a configuração do convívio composto em sociedade. Pela ética do cuidado, a questão fundamental que se apresenta ao funcionalismo penal, então passa pela quebra e restabelecimento da confiança a fim de prevenir e curar distúrbios emocionais que desestabilizam o convívio sócio-econômico entre adultos que foi amadurecido desde as respectivas infâncias: os dramas narrados dizem tanto quanto os

---

[40] [A] bondade da mãe não é apenas utilitária, ela tem uma dimensão explícita ontológico-existencial, visto que diz respeito à constituição e à continuidade do poder ser dos seres humanos no mundo. A responsabilidade para com esse tipo de bondade não passa pelo intelecto e não pode ser ensinada. A bondade materna não é apenas, nem essencialmente, um problema do agir racional. Nem consiste em propiciar a *eudaimonia*. Não há critérios que garantam às mães serem bem sucedidas: só há indicações genéricas, baseadas não no saber objetificante da razão teórica ou prática, mas na natureza humana exemplificada nas mães. A linguagem objetificante do discurso científico e moral dos adultos não se aplica à *intimidade* entre a mãe e o bebê. De resto, no mais das vezes, as mães podem dispensar esse tipo de conhecimento.
LOPARIC, Zeljko. A ética da lei e a ética do cuidado. In: _____. (org.) *Winnicott e a ética do cuidado.* São Paulo: DWW, 2013, p. 20-21.

códigos de conduta racionalmente dispostos na prefiguração, configuração e refiguração que dizem dos arcos hermenêuticos – a tríplice mimese proposta por Ricoeur na continuidade em ser entre identidades e diferenças de si em si-mesmo[41]: a vivência primordial do amadurecimento de si-mesmo como outro desde a maternidade.

A ética do cuidado nos convida ao devir da cultura de conformidade legal e integridade moral na gestão de pessoas. Que se insinua numa clivagem do direito preventivo e da engenharia de processos: a clínica do trabalho[42]. Desde já ressalvo que a clínica do trabalho não se situa nas chamadas normas de segurança e saúde do trabalho. A clínica não é protocolar; ela se situa na análise institucional que vai encontrando pelos métodos etnográficos e cartográficos suas pistas das forças, tensões e afetos num cotidiano de trabalho. Isso só é possível quando a escuta deixa de ser mais um dispositivo para produzir dados entre tantos dados que já produzimos em frenesi. O dispositivo então se relaciona, ao contrário, com a recalcitrância - aquela mesma da fórmula em Bartleby (*I would prefer not to*):

> A recalcitrância ou resistência é a capacidade que os objetos têm de discordar a respeito daquilo que é dito deles, levantando novas questões, tensionando os saberes e as práticas. Nas pesquisas com humanos, a relação com a recalcitrância não é apenas uma questão epistemológica, relativa aos modos de conhecer, mas também ética, relativa ao reconhecimento e à valorização da experiência do outro. (....) Para que a recalcitrância não seja vivida como ruptura ou quebra de relação, é preciso confiar, qualificando a resistência mais como um vetor de diferenciação, um convite para criar novas possibilidades, o que permite que os atores envolvidos na pesquisa reposicionem um em relação ao outro. A questão da confiança nos permite integrar os dois aspectos, o ético e o epistemológico, apostando, ao mesmo tempo em novas práticas de conhecimento e novos modos de existir. [43]

Estaremos então dando uma resposta à altura do desafio lançado pelo ressentido protagonista anônimo de Memórias do Subsolo: *"por que a norma deveria ser a regra?"*[44]

---

[41] Cf. RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. Trad. Constança Marcondes Cesar. Vol. 1. São Paulo: Papirus, 1994.
[42] BARROS; DA SILVA. *Ob cit.*, 2016, pp.131 e ss
[43] SADE; FERRAZ; ROCHA. *Ob. cit.* 2016, pp. 79-80
[44] "Não é possível!", vão gritar-vos, "não podeis rebelar-vos; isto significa que dois e dois são quatro! A natureza não vos pede licença; ela não tem nada a ver com os vossos desejos nem com o fato de que as suas leis vos agradem ou não. Deveis aceitá-la tal como ela é e, consequentemente, também os seus resultados. Um muro é realmente um muro... etc etc." Meu Deus, que tenho eu com as leis da natureza e com a aritmética, se, por algum motivo, não me agradam essas leis e o dois e dois são quatro? Está claro que não romperei esse muro com a testa, se realmente não tiver forças para fazê-lo, mas não me conformarei com ele unicamente pelo fato de ter pela frente um muro de pedra e de terem sido insuficientes as minhas forças.
Até parece que semelhante muro de pedra é realmente um tranquilizador e que de fato contém alguma palavra para o mundo, só porque constitui o dois e dois são quatro. Oh, absurdo dos absurdos! Não é o mesmo tudo compreenderdes, tudo aprenderdes, todas as impossibilidades e muros de pedra; não vos conformardes com nenhuma dessas impossibilidades e muros de pedra, se vos repugna a resignação; atingirdes pelo caminho das

11. Bibliografia

BARROS, Maria Elizabeth; DA SILVA, Fábio Hebert. O trabalho do Cartógrafo do ponto de vista da atividade. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco (org). *Pistas do método da cartografia*. Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016.

CASTORIADIS, Cornelius. *Sujeito e verdade no mundo social-histórico: Seminários 1986-1987 : a criação humana*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro : Civilização brasileira, 2007

CECHINEL, André; CABRAL, Gladir da Silva. 'Um pensamento insone': os perigos do símbolo em Moby Dick, de Herman Melville. *Acta Scientiarum. Language and Culture*. Maringá, v. 37, n. 1, p. 49-56, Jan.-Mar., 2015.

CESAR, Janaína Mariano; DA SILVA, Fábio Hebert; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O lugar do quantitativo na pesquisa cartográfica. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco (org). *Pistas do método da cartografia.* Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016.

CORTINA, Adela. *Ética mínima.* 6ª Ed. Madrid : Tecnos, 1986

DELEUZE, Gilles. *A Lógica do Sentido.* Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo : Perspectiva/USP , 1974.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Irmãos Karamazov.* Trad. Rachel de Queiroz. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953.

_____. *Memórias do Subsolo.* 6ª ed. Trad. Boris Schnaiderman. São Paulo : 34, 2009.

combinações lógicas inevitáveis as conclusões mais ingóbeis sobre o tema eterno que se tem certa culpa mesmo do muro de pedra, embora, mais uma vez, seja bem evidente que não se tem qualquer culpa e, em consequência disto, rangendo os dentes em silêncio e com impotência, imobilizar-vos voluptuosamente em inércia, sonhando que não há contra quem ter rancor; que não se encontra um objeto e que talvez nunca se encontre; que há nisso uma escamoteação, um fraude, uma trapaça, simplesmente uma repugnante confusão, não se sabe o quê, não se sabe quem, mas que apesar de todas estas ignorâncias e fraudes sentis uma dor, e quanto mais ignorais, tanto mais sentis essa dor!

"Ha, ha, ha! Depois disso, o senhor encontrará prazer mesmo numa dor de dentes!", exclamareis rindo.

DOSTOIÉVSKI. Fiódor. *Memórias do Subsolo.* 6ª ed. Trad. Boris Schnaiderman. São Paulo : 34, 2009, pp. 25-26

GILLIGAN, Carol. *Uma Voz Diferente*: *psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro : Rosa dos Tempos, 1982

HAN, Byung-Chul. *A Salvação do Belo.* Trad. Gabriel Salvi Philopson. Petrópolis : Vozes, 2019.

JOYCE, James. *Ulisses.* Trad. Bernardina da Silveira Pinheiro. Rio de Janeiro : Objetiva, 2005

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A estetização do mundo.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Companhia das Letras, 2015

LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Filosofia Contemporânea.* Teresópolis : Daimon, 2013

LOPARIC, Zeljko. A ética da lei e a ética do cuidado. In: _____. (org.) *Winnicott e a ética do cuidado.* São Paulo: DWW, 2013

MAMET, David. *Teatro.* Trad, Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2014

MELVILLE. Herman. *Moby Dick.* Trad. Péricles Eugênio da Silva Ramos. São Paulo : Abril, 1972.

_____. Bartleby, o Escrevente. In: Giorgio Agamben. *Bartleby ou da contingência.* Trad. Vinícius Honesko. Belo Horizonte : Autêncitca, 2015.

NABOKOV, Vladimir. *Lições de literatura russa.* Trad. Jorio Dauster. São Paulo : Fósforo, 2021.

OST, François. *Contar a Lei: As fontes do imaginário jurídico.* Trad. Paulo Neves. São Leopoldo : Unisinos, 2004.

PLUTARCO. A vida de Alexandre. *Apud.* Maria Aparecida de Oliveira Silva. Alexandre, o Grande, na escrita biográfica de Plutarco. *Figura: Studies on the Classical Tradition.* Campinas, SP. v. 8 n. 2 pp. 155-184, Jul.-Dec., 2020

PONDÉ, Luiz Felipe. *Crítica e profecia.* São Paulo : Leya, 2013.

POZZANA, Laura. A formação do cartógrafo é o mundo: corporificação e afetabilidade. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco (org). *Pistas do método da cartografia.* Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016.

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. Trad. Constança Marcondes Cesar. Vol. 1. São Paulo: Papirus, 1994

TOURINHO, Saul. *Direito à Felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição*. Tese de doutorado. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Figueiredo. São Paulo : PUCSP, 2013

SADE, Christian; FERRAZ, Gustavo Cruz; ROCHA, Jerusa Machado. O Ethos da confiança na pesquisa cartográfica: experiência compartilhada e aumentos da potência de agir. In: Eduardo Passsos; Virgínia Kastrup; Silvia Tedesco (org). *Pistas do método da cartografia.* Vol 2. Porto Alegre : Sulina, 2016,

SCRUTON, Roger. *Arte e Imaginação.* Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: É Realizações, 2017.

11.1 Links

CAVALIERE, Arlete. *A arte de Gógol*. Disponível em: https://revistacult.uol.com.br/home/a-arte-de-gogol/ Acessado em 20/12/2021.

DELEUZE, Gilles. Bartleby ; or, the Formula. In: _____. *Essays Critical and Clinical*, trans. Daniel W. Smith and Michael A. Greco. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997. Disponível em:

https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/ENL474/Criticism/Melville/Deleuze%2C%20Bartleby%3B%20or%2C%20the%20Formula.pdf . Acesso em 19/12/2021.

GÓGOL, Nicolai. *O Capote*. Adaptação de Gian Danton. Disponível em https://lelivros.love/book/baixar-livro-o-capote-nikolai-gogol-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/ Acesso em 19/12/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Doenças*. 11ª Edição. 2021. Disponível em https://www.who.int/classifications/icd/en/ Acessado em 20/12/2021

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza.* Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000094.pdf Acessado em 20/12/2021

SUZUKI, Marcio. O filosofo que ri e o humorista, segundo Kant. *A Palo Seco.* Grupo de Estudos de Filosofia e Literatura/Universidade Federal de Sergipe. Ano 5, n. 5, Vol. 2, 2013. p. 9. Disponível em https://seer.ufs.br/index.php/apaloseco/article/view/5125 Acessado em 08/07/2021

VATICANO. *Carta apostólica E Sancti Tomae Mori sob forma de motu próprio para proclamação de S. Tomás Moro patrono dos governantes e dos políticos.* Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/motu_proprio/documents/hf_jp-ii_motu-proprio_20001031_thomas-more.html Acessado em 22/12/2021.

VERITAE. Síndrome de Burnout passará a ser doençao do trabalho em 2022. Disponível em http://www.veritae.com.br/noticias/arquivos/noticia%20-%2020623.htm Acessado em 22/12/2021

El principio de culpabilidad en el programa penal de la Constitución[1]

Jean Pierre Matus[1]

M.ª Cecilia Ramírez G.[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

12. El programa penal de Constitución: principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y debido proceso como únicos criterios de legitimación del derecho penal

En los diversos ordenamientos jurídicos leyes penales son aquellas que imponen un mal que recae sobre el cuerpo de una persona natural o consiste en la privación de derechos o bienes de una persona natural o jurídica, sin que dicho mal o privación de derechos o bienes esté condicionado a o consista en la reparación de un daño exigida por un particular; o esté condicionado a o consista en privaciones y restricciones de derechos aplicadas temporalmente para forzar el cumplimiento de una obligación determinada que cesa con su cumplimiento[1]. Y ese mal se impone en un proceso público, donde el interés del Estado es preponderante a la hora de institucionalizar los mecanismos de persecución, sanción y ejecución, en el entendido que "cualquier delito, aunque privado, ofende a la sociedad" y por ello el soberano tiene la "necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones"[2].

Aceptada la existencia del derecho penal como entidad jurídica positiva, es necesario tratar el problema de su legitimidad política: ¿Corresponde recurrir a esta clase de consecuencias jurídicas para sancionar conductas que importan exclusivamente lesión a intereses personales?, ¿se debe limitar esta clase de sanciones a quien lesiona la libertad, la

[1] El texto corresponde a un adelanto de la tercera edición de nuestro *Manual de Derecho Penal chileno, Parte General*, que se publicará por la ed. Tirant Lo Blanch (España)

[1] J. P. Matus es Abogado de la P. Universidad Católica de Chile, Mg. y Dr. en Derecho por la U. Autónoma de Barcelona, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile, y Ministro de la Corte Suprema de Chile.

[2] M.ª C. Ramírez es Abogada de la Universidad Católica de Chile, Mg. en Derecho por la U. de Barcelona, Profesora Asociada de Derecho Penal de la U. Finis Terrae y ex Abogada Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

[1] Matus/Ramírez (2015), p. 117.

[2] Beccaria (1774), pp. 42 y 9.

propiedad o la existencia de las personas?, ¿se puede recurrir a ellas para proteger la existencia de la sociedad y la forma del Estado?, ¿se admite que el derecho penal proteja los intereses de una Iglesia o de ciertas doctrinas morales, castigando el pecado y el vicio?, ¿es admisible para regular el comportamiento económico o conseguir una mejor distribución de la riqueza, proteger determinadas industrias o una forma particular de organización económica del Estado?, ¿se puede torturar al imponer un castigo o para obtener una confesión?, ¿toda forma procedimental es legítima si está legitimada la amenaza de una pena?, etc.

La doctrina penal tradicional, cuyo desarrollo es anterior al de los Estados constitucionales actuales y, además, no se preocupa mayormente de los aspectos procesales, suele responder a estas preguntas afirmando que existirían criterios de legitimación universales y abstractos, ajenos al derecho positivo, que harían posible esbozar un juicio del estilo "la norma que castiga el hecho X con la pena Y es legítima o ilegítima, porque ese hecho X puede o no puede ser penalmente sancionado y, en caso afirmativo, puede o no imponerse esa pena Y, según los criterios de legitimación W y Z adoptados, respectivamente". Entre dichos criterios se mencionan, para la legitimación de la creación de un delito, el de la protección de bienes jurídicos, normas de cultura, valores éticos sociales, la vigencia de la norma social, o la promoción de ciertos valores políticos o morales; y para la imposición de las penas, los de retribución y sus variantes, prevención general y prevención especial y sus variantes. De este modo, en cualquier combinación que se elija, la creación de un delito será legítima para proteger lo que se espera y la pena asociada será una respuesta "justa" o "necesaria" para castigar o prevenir esas conductas calificadas como delito. Esta es la llamada "presunción del castigo"[3]. Lamentablemente, como el desarrollo histórico demuestra, no sólo no es claro que la pena sea la única respuesta ante conductas que afecten alguno de los intereses mencionados, sino que la búsqueda o aceptación de los criterios que las definen como merecedoras de penas, ajenos a la existencia de una sociedad democrática, no ha pasado de ser una racionalización de las preferencias subjetivas de quienes los afirman en un momento y lugar dados para sostener la legitimidad de un ordenamiento concreto, incluyendo los de la dictadura nacionalsocialista en Alemania, entre 1933 y 1945, las latinoamericanas de la década de 1970, el derecho penal monárquico, el revolucionario, etc.

[3] Lorca (2019), p. 179.

En esta obra se adopta, en cambio, un punto de partida normativo, según el cual el derecho penal es parte del derecho positivo basado en la Constitución como norma fundamental, que legitima y limita su formación, contenidos y aplicación, e históricamente condicionado a la existencia de nuestra actual sociedad democrática, inmersa en una comunidad de naciones que acepta como único criterio legitimador del ejercicio de la soberanía nacional el respeto de los derechos y garantías contemplados en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes. En dichos tratados se contemplan disposiciones jurídicas que hacen inútil cuestionarse, a nivel de derecho positivo, sobre la bondad o conveniencia política de su adopción o sobre su compatibilidad o no con determinadas doctrinas morales o políticas. En este cuerpo normativo las principales propuestas de Beccaria —revolucionarias a fines del siglo XVIII— son parte de las bases jurídicas de los Estados que adhieren a él y las incorporan de este modo a su ordenamiento internos: el principio de legalidad, la finalidad preventiva de las penas, la proporcionalidad entre delitos y penas, la reducción del empleo de la pena de muerte y la prohibición de la tortura[4]. Lo más relevante de esta incorporación normativa es que los tribunales quedan de obligados a considerar tales principios en la interpretación y aplicación de las leyes penales, pues, por ser parte del derecho internacional público positivo existe "la imposibilidad de desconocerlos o modificarlos unilateralmente", según lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[5].

Desde este punto de vista, la concepción del derecho penal es la de un instrumento del Estado para servir a las personas y promover el bien común, creando "las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías" que la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile establecen (arts. 1 y 5 CPR) y, por tanto, legítimo en la medida que su empleo sea democráticamente acordado, con pleno respeto de los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, y debido proceso. Se rechaza así la idea de que el derecho penal pueda restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales por la existencia de un derecho a castigar o *ius puniendi* abstracto e independiente de la organización constitucional de cada Estado, por mucho que en su concepción existan también restricciones correlativas basadas en las ideas y teorías que lo sustentarían.

[4] Etcheberry (2011), p. 10.
[5] Fernández G. (2006): p. 31.

Luego, para nosotros, la legitimidad o validez de una disposición penal y su aplicación al caso concreto proviene exclusivamente de su conformidad con los siguientes principios constitucionales: i) principio de legalidad: la ley penal debe ser establecida o estar reconocida democráticamente, de conformidad con las exigencias formales y materiales que la propia Constitución establece; ii) principio de proporcionalidad: la ley penal debe ser idónea para la protección de bienes, derechos, garantías e instituciones constitucionalmente reconocidas y la pena dispuesta orientada a la reintegración social del condenado, de manera que pueda salvar la barrera del test de proporcionalidad constitucional, tanto en su formulación al limitar con la amenaza penal otros derechos y garantías como en la naturaleza de las penas que establece; iii) principio de culpabilidad: el sistema penal debe garantizar la vigencia de la responsabilidad personal por el hecho, esto es, excluir toda presunción de derecho de culpabilidad y asegurar que la imposición de la pena sea precedida por la prueba de la existencia de una relación subjetiva entre el agente y el hecho que legitime sancionarlo por haberlo originado o depender de él su realización, excluyendo el *versari in re illicita* y la responsabilidad penal objetiva; y iv) principio del debido proceso: el sistema penal debe garantizar que la imposición de una pena sea precedida de un justo y racional procedimiento, con pleno respeto a las garantías del debido proceso.

La falta de correspondencia con estos principios fundamenta el ejercicio de defensas constitucionales ante la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional: recursos de amparo (art. 21 CPR), nulidad (art. 373 a) CPP), inaplicabilidad e inconstitucionalidad (art. 93 n.º 6 y 7 CPR). Estas son las vías jurídicas para discutir la legitimidad de una ley penal o de su aplicación y a ellas debe recurrirse a pesar de las dificultades, contradicciones y decepciones que en más de una ocasión ha supuesto en la práctica[6]. Eventualmente, también sirven de fundamento para solicitar la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puesto que los derechos y garantías a que se remiten los principios constitucionales del derecho penal también se encuentran reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 44 CADH). De particular importancia son en este aspecto las sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos, a la que se le ha concedido la autoridad de interpretación obligatoria y

[6] Fernández C. (2008), p. 341. Sobre las no frecuentes desilusiones que los fallos de los Tribunales Constitucionales de España y Chile han causado en la doctrina., v. Díez-Ripollés (2013), p. 253 y Fernández C. (2014), respectivamente.

con carácter general de la CADH y sus decisiones particulares se han estimado por nuestros tribunales de obligatorio cumplimiento[7].

La fundamentación teórica de esta vinculación positiva del derecho penal con la Constitución, que legitima su formación o aceptación democrática, asignándole la función material de garantizar los derechos, bienes e instituciones que en la ella se establecen, con pleno respeto del principio de culpabilidad y el debido proceso, se puede identificar con la llamada orientación sustancial o teleológica de la Escuela de Bolonia, originada en los aportes del profesor de dicha Universidad, Franco Bricola. Esta aproximación permite reconocer la existencia de un programa penal de la Constitución como derecho positivo vinculante y de carácter superior, cuyos principios deben servir de guía o marco para determinar la validez, interpretación y aplicación del derecho penal, particularmente en la selección de los bienes jurídicos a proteger (que se limitarían a los constitucionalmente reconocidos), en contraposición a la restricción que ello supone a la libertad personal, valor que se entiende como superior dentro del ordenamiento jurídico[8].

En Chile, la vinculación positiva del derecho penal con los principios constitucionales fue anticipada por E. Novoa, J. Mera y J. P. Matus, y es promovida con fuerza por J. A. Fernández C. y M. Durán[9]. Ahora, aparte de dichos autores, la asunción de los principios constitucionales del derecho penal como criterios para su legitimación se aprecia también en parte de la doctrina tradicional y moderna[10].

[7] SCS 16.5.2019, Rol AD Nº 1386-2014.

[8] La expresión "programa penal de la Constitución" está tomada de Arroyo (1987), p. 97. Para una exposición completa y sintética del conjunto de los postulados de esta Escuela, v. Donini (2011) y Durán (2013).

[9] Novoa (1987), p. 25; Matus (1992); Mera (1998); Fernández C. (2010), y Durán (2011b), (2015a) y (2015c).

[10] Para la doctrina tradicional, v. Etcheberry (1998), t. I, p. 65; y ahora, Cury (2020), t. I, p. 105, quien aboga por la aplicación directa de la Constitución en la interpretación de las leyes penales. Entre los autores modernos destaca Piña (2005), p. 427, quien alejándose de la exposición tradicional del paradigma funcionalista, que entiendo como función del derecho penal el aseguramiento de la vigencia de la norma social; sostiene, en cambio, que el rol del sistema penal no se legitima únicamente con la afirmación de la vigencia de la norma mediante la imposición de la pena, sino también por su no imposición cuando ello se fundamenta en el cumplimiento de las expectativas que la sociedad ha puesto en el sistema penal, como garante de la aplicación de los principios de "legalidad y sus derivados (legitimación formal), proporcionalidad, humanidad, igualdad y protección exclusiva de bienes jurídicos (legitimidad material)".

13. Principio de culpabilidad

13.1 A. Principio de culpabilidad y responsabilidad personal

Según nuestro Tribunal Constitucional, la Carta Magna consagra en su art. 19 n.º 3 el principio de culpabilidad, en el sentido de responsabilidad personal por el hecho, al prohibir su presunción de derecho y exigir que el delito sea una conducta expresada en la ley[11]. Ello supone el rechazo de todas aquellas interpretaciones que permitan la imputación de conductas sin la prueba de una vinculación subjetiva del hecho con el agente, tales como el *versari in re illicita*, el derecho penal de autor y la responsabilidad penal objetiva, entre otras[12].

El fundamento de este principio se encuentra en el sinalagma libertad-responsabilidad, que hace operativo en el sistema jurídico, pues permite hacer responsable al agente por su conducta jurídicamente libre o eximirlo de ella en caso de no serlo. En este sentido, para el derecho penal de la culpabilidad, responsabilidad y libertad jurídica son conceptos indistinguibles entre sí y de las condiciones personales y sociales que hacen posible atribuirle al agente las consecuencias jurídicas de un hecho. De este modo, afirmar la existencia de la libertad jurídica como fundamento de la culpabilidad no importa admitir la existencia del libre albedrío como concepto moral o metafísico[13], ni negar la determinación causal de la existencia humana[14], sino únicamente establecer las condiciones para hacer efectiva, jurídicamente, la responsabilidad personal[15]. Esta es, a nuestro juicio, la idea de la libertad que se expresa en el art. 1 CPR y que legitima la elección de autoridades, el ejercicio de su autoridad y los llamados derechos de libertad que las constituciones democráticas occidentales garantizan, como, p. ej., libertad de conciencia, personal, de enseñanza, libertad de emitir opinión e informar, de trabajo, para adquirir el dominio de las cosas y para crear y difundir las artes, etc. Desde el punto de vista de sus consecuencias, esta es la clase de libertad que legitima hacer valer en juicio los

[11] STC 28.3.2017, Rol 3199.

[12] Künsemüller (2001b), p. 252. Para una exposición detallada de la historia dogmática y las distintas formulaciones del principio de culpabilidad, v. Couso (2006), pp. 62-272; y Cárdenas (2009).

[13] Como el de Aquino (1994), p. 37, para quien la libertad es una facultad de voluntad y de razón cuyo objeto propio es el fin –Dios, en un sentido teologal– y el bien.

[14] En efecto, bien se puede postular que, desde el punto de vista sociológico o causal, la sola existencia de un ordenamiento jurídico, en la medida que se emplea como instrumento para la dirección de las conductas humanas, demuestra que las personas se encuentran sujetas a estímulos externos que se espera las motiven o, al menos, hagan reaccionar a su gran mayoría, como sostiene Kelsen (1979), p. 105.

[15] Desde la teoría de la agencia, se define esta libertad jurídica como el "sentimiento subjetivo de ser causalmente responsable de sus actos y de sus consecuencias" (Bigenwald y Chambon (2019), p. 3).

contratos, atribuir la autoría e invención de las obras intelectuales y de la propiedad industrial[16] y, por cierto, la imposición de penas por las conductas que, en ejercicio o abusando de tales libertades, suponen una afectación a otros intereses constitucionalmente reconocidos.

La idea de culpabilidad como responsabilidad personal por el ejercicio de la libertad se remonta a la filosofía aristotélica. Según el Estagirita, en primer lugar, se es responsable de lo voluntario y no de lo involuntario.

Voluntario "podría parecer que es aquello cuyo principio está en el mismo agente que conoce las circunstancias concretas en las que radica la acción", esto es, "lo que hace uno estando en su poder hacerlo y sabiendo, y no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace; por ejemplo, a quién golpea, con qué y para qué, y todo ello no por accidente ni por fuerza (como si alguien, cogiendo la mano de otro y contra la voluntad de éste, golpea a un tercero, porque, entonces, no depende de la mano que golpea)"[17].

En consecuencia, son involuntarias las cosas "que se hacen por fuerza o por ignorancia; es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente" [18].

De aquí se desprende, en primer lugar, que no somos responsables y seríamos acreedores de indulgencia, por aquellas cosas que se hacen o se omiten a causa de la fuerza física, de la naturaleza o de otros, "por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder" [19].

Pero no son involuntarias las conductas originadas en estímulos internos o externos que no constituyen fuerza física, como el placer, la pasión, el apetito o el deseo pues "es ridículo culpar a la causa externa, y no a nosotros mismos, cuando hemos sido tan fácilmente cazados por estas cosas, y atribuirnos las acciones hermosas, pero imputar las vergonzosas al placer", al tiempo que "las pasiones irracionales no son menos humanas, de manera que las acciones que

[16] Es interesante destacar que, en estos casos, el sinalagma libertad-responsabilidad importa como consecuencias del ejercicio de la libertad no una sanción sino un "honor" o, más precisamente, el reconocimiento en todo caso de la "paternidad" de una obra intelectual o de la calidad de "inventor" de un objeto de propiedad industrial (art. 6bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886; y art. 4ter Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883).

[17] Aristóteles (1977), 1111b, 20, y 1135a, 20. Nótese que aquí el "para qué" no significa finalidad, sino más bien un conocimiento general de la causalidad originada por el hecho, pues el Estagirita, como se verá enseguida, distingue con claridad entre los hechos voluntarios y los intencionales, producto de la elección y deliberación.

[18] Aristóteles (1977), 1110a.

[19] Aristóteles (1977), 1110a.

proceden de la ira y el apetito también son propias del hombre" y "es absurdo considerarlas involuntarias"[20].

En segundo lugar, también es involuntario el actuar "por ignorancia", i. e., cuando el error no tiene un principio en ni depende de uno mismo y recae sobre las circunstancias particulares en las que se desarrolla la conducta y a las que ésta se refiere (como cuando se actúa engañado por un tercero o por un defecto físico que altera la percepción de la realidad). Así, en los casos en que el agente cree que "su hijo es un enemigo", "o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que una piedra cualquiera era una piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato", si el error que no tiene su origen ni depende del agente, se actúa por ignorancia y ello hace involuntaria la conducta y, por tanto, irresponsable al agente[21]. Además, el Estagirita no desconoce la posibilidad de errar sobre el hecho institucional de la licitud o ilicitud de la conducta (y, por ende, actuar involuntariamente a causa de ese error), advirtiendo solamente que en tales casos no parece razonable, en general, considerar involuntaria la conducta de quienes "ignoran ciertas materias legales que deben saberse y que no son difíciles"[22], como las reglas sociales básicas que se transmiten mediante la escolarización, los medios de comunicación masivos y la socialización del sujeto (*ignorantia crassa et supina*).

En cambio, cuando se actúa "con ignorancia", el hecho no sería involuntario, si la causa de la ignorancia está en uno mismo: "el término «involuntario» tiende a ser usado no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario" y por ello los "legisladores" "castigan y toman represalias de los que han cometido malas acciones sin haber sido llevados por la fuerza o por una ignorancia de la que ellos mismos no son responsables", esto es, "castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia" por su propia elección o deliberación o "en los casos en los que la ignorancia parece tener por causa la negligencia, porque estaba en su

[20] Aristóteles (1977), 1110b, 15 y 1111b. Tratándose de la coerción y la necesidad, aunque el hecho sigue siendo de alguna relativamente voluntario, podrá excusarse si "uno hace lo que no debe por causas que sobrepasan la naturaleza humana y que nadie podría soportar" (Aristóteles (1977), 1110a, 25). Estos supuestos, que el Estagirita llamaba "mixtos", se tratan hoy en día como exculpantes, según veremos más adelante al tratar la culpabilidad como elemento del delito (*Cap. 8*).

[21] Aristóteles (1977), 1111a, 10.

[22] Aristóteles (1977), 1113a, 30.

poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención"[23]. En consecuencia, también habrá responsabilidad en los hechos "no involuntarios", realizados "con ignorancia" responsable, deliberada o negligente.

Además, el Estagirita da cuenta de la existencia de otro grupo de conductas que, no siendo involuntarias, tampoco califica como voluntarias, sino como "no voluntarias", por lo que también pueden dar origen a responsabilidad personal: se trata de los casos de quienes actúan por ignorancia, pero sin "desagrado", "dolor" o "pesar" por lo realizado, por lo que, por esa indiferencia en la actuación, no estaría justificada a su respecto la conmiseración o la indulgencia[24].

En resumen, sobre la base de estas distinciones, es posible ofrecer un panorama más amplio de las conductas de las cuales cada uno puede ser responsable: i) los hechos "voluntarios", en sentido estricto, libres de fuerza o error[25]; ii) los hechos "no involuntarios", realizados con ignorancia responsable, deliberada o negligente; y iii) los hechos "no voluntarios", realizados por ignorancia, pero con indiferencia o aceptación del resultado, i. e., que no causan "desagrado", "dolor" ni "pesar".

Desde el punto de vista del derecho penal, esta idea de la responsabilidad personal es presupuesto de todos los niveles de análisis de la teoría del delito: permite afirmar o negar la imputación objetiva en atención a las capacidades y conocimientos especiales del agente y excluye la construcción ficticia de causas de justificación o exculpación (como la provocación del agresor o el asumir voluntariamente obligaciones de soportar determinados males, art. 10 Nº 4, 3.ª y 11, 4.ª), entre otras consecuencias. Tratándose específicamente de la culpabilidad o responsabilidad personal como elemento del delito, el principio de culpabilidad impone la exigencia legal de ciertas condiciones diferenciadas de la tipicidad y las causas de justificación que posibilitan hacer personalmente responsable al agente por el hecho que se le imputa: su capacidad para conocer la realidad y comprender el significado del derecho (imputabilidad), la

[23] Aristóteles (1977), 1110b, 30, 1113b, 20 y 30 y 1114a. La referencia que en 1110b, 30 se hace a la "maldad" como causa de la elección de la ignorancia puede suprimirse en este contexto, pues el hombre "malvado" en el sentido aristotélico es quien hace del vicio y lo injusto un hábito o costumbre y, por ende, la maldad es un juicio al carácter de la persona y no a un hecho o concreto o la motivación que se tenga para decidir su realización. En ese caso, es mejor hablar de una elección por lo injusto en el caso concreto, esto es, lo que solo es conveniente para uno, sin provecho o aprobación de la comunidad.

[24] Aristóteles (1977), 1111a, 20. En el texto, se califica este grupo de conductas como "no voluntarias", pero sin alcanzar a ser *involuntarias.*

[25] Más adelante veremos que estos permiten todavía una clasificación adicional entre aquellos hechos voluntarios elegidos o intencionales y los que no, i. e., impulsivos, repentinos o espontáneos (Aristóteles (1977), 1111b, 10).

valoración de la vinculación subjetiva del responsable con el hecho por el que se le acusa (dolo o culpa) y la determinación de la ausencia de otras constricciones externas o internas de carácter extraordinario que excusan la observancia del derecho en el caso concreto (fuerza irresistible, miedo insuperable, obediencia debida, estado de necesidad exculpante). La graduación de la sanción por los grados de participación y desarrollo del delito también suponen la afirmación previa de la responsabilidad personal en el hecho y una posterior aplicación de una regla de imputación de la forma de intervención (autor, cómplice o encubridor) o del grado de desarrollo del delito (tentativa y frustración), según las reglas de aplicables en cada caso (arts. 7 y 14 a 17), por lo que bien puede ser que a personas responsables de determinados hechos no les sean éstos imputables penalmente o a título de autoría, como sería, en el primer caso, el de quienes conspiran para cometer un delito cuya conspiración no es punible y, por tanto, no alcanza el grado de ejecución que exige la ley para su sanción, al menos como tentativa; y, en el segundo, el de quienes cooperan en la ejecución del delito, pero no lo hacen en alguna de las formas que el art. 15 califica de autoría.

Además, atendido el hecho de que este conjunto de circunstancias concretas que determinan una actuación libre y sin error depende también de la estructura social y los condicionamientos que ésta impone a cada cual, la afirmación de la responsabilidad personal debe considerar la corresponsabilidad social en cada caso[26], pero sin generalizaciones *a priori* que propongan una reducción o ampliación de la exigibilidad de grupos de personas por sus características comunes, salvo en los casos excepcionales que la propia ley así dispone[27].

En consecuencia, afirmar el principio de culpabilidad o responsabilidad personal no importa un juicio ético, i. e., un reproche o censura moral a una persona por su infidelidad al derecho o a la vigencia de las normas jurídicas o sociales, sino únicamente que, desde el punto de vista jurídico, el agente será personalmente responsable por el hecho que tienen su origen en o depende de él y no concurren circunstancias extraordinarias que lo eximen de tal responsabilidad[28].

[26] Bustos (1989), p. 512.

[27] Como en el tratamiento de los inimputables menores de edad, donde la ley niega su capacidad de actuación mediante una generalización de la edad que no admite prueba en contrario.

[28] V., entre nosotros, una teoría moral de la culpabilidad, p. ej., en Mañalich (2020), p. 77, quien la define como "déficit reprochable de fidelidad al derecho".

13.2 B. Principio de culpabilidad y derecho penal del hecho

El art. 19 n.º 3 inc. 8 CPR se refiere a "la conducta" como el hecho que puede ser presupuesto de una sanción penal. En su sentido natural y obvio, la expresión conducta significa la "manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones". Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos especifican esas maneras refiriéndose a acciones u omisiones. En consecuencia, nuestro sistema jurídico establece un derecho penal del hecho que sanciona conductas (acciones u omisiones) y proscribe el llamado derecho penal de autor, del carácter o de la forma de vida.

La forma usual del lenguaje para describir las acciones u omisiones punibles es recurrir a los verbos que en él existen. Por eso pueden considerarse "conductas" casi todos los hechos de que dan cuenta los verbos del lenguaje ("maneras de comportarse"), como matar a otro, poseer objetos ilícitos, ofrecer su venta, proponer negocios prohibidos, solicitar favores sexuales a los litigantes, expender productos nocivos para la salud, diseminar gérmenes patógenos, ejercer profesiones o actividades comerciales sin el título correspondiente o la competente autorización, etc. Luego, es la configuración normativa de estas conductas, de acuerdo con el uso del lenguaje empleado lo que les otorga tal carácter y no una idea filosófica acerca del comportamiento humano, ajena al derecho positivo y únicamente aceptable desde una determinada subjetividad, sin posibilidad de contrastación objetiva, como pretendía la doctrina de finalista[29].

13.2.1 a) Inconstitucionalidad del derecho penal de autor

Al estudiar la virtud, definida como un hábito o costumbre, el Estagirita afirmaba que el injusto y el licencioso, "podían, en un principio, no llegar a serlo y, por eso, lo son voluntariamente; pero, una vez que han llegado a serlo, ya no les es posible no serlo"[30]. De allí y otros pasajes no destinados a la investigación de la responsabilidad por el hecho, sino a la calificación moral de los hombres, se ha pretendido fundamentar la llamada culpabilidad por la forma de vida, por el carácter o de autor, conceptos que significan abandonar el principio básico de la culpabilidad por el hecho en el derecho penal, reemplazándolo por uno propiamente de autor que, sin describir conductas, considere punibles *per se* características, formas de ser, pensamientos, sentimientos, estados, o condiciones humanas: el llamado derecho penal de la

[29] Que define la "acción" como "ejercicio de actividad final" (Welzel (1976), p. 53).
[30] Aristóteles (1977), 1113b, 20.

raza y la persecución penal por la sola pertenencia a un grupo religioso o político son los ejemplos extremos del abandono del principio de culpabilidad por el hecho y su reemplazo por la culpabilidad por el modo de vida, o de autor. Esta especie de culpabilidad no existe en nuestro derecho y es contraria al art. 19 n.º 3 inc. 8 CPR, que limita la sanción penal al castigo de las conductas, esto es, de las acciones y omisiones de que "somos dueños desde el principio hasta el fin si conocemos las circunstancias particulares", pero no de los hábitos o modos de ser, de los que "somos dueños solo del principio" [31].

El propio Aristóteles nos recuerda que se debe diferenciar entre la calificación del hecho como virtuoso o vicioso y la del carácter de las personas, pues "las acciones no son voluntarias del mismo modo que los modos de ser"[32]. En efecto, en su perspectiva, el juicio ético se refiere a la virtud como costumbre o hábito y, por ende, al carácter de las personas. En ese juicio, las conductas particulares pueden no tener mayor relevancia, una vez que ese carácter se ha formado, de modo que el malvado puede realizar aisladamente un hecho virtuoso y el prudente cometer alguna injusticia, sin que ello altere el juicio ético a su persona, pues siendo la virtud y el vicio costumbres o hábitos, "una golondrina no hace verano"[33]. En consecuencia, si lo que importa a efectos jurídicos no es calificar a las personas por su carácter virtuoso o malvado, sino las conductas particulares de las que cada uno es responsable, podemos prescindir completamente de ese juicio ético y sus implicancias en la determinación de la responsabilidad penal individual.

Sin embargo, todavía se acepta que ciertas características personales ajenas al hecho punible, como la edad y la conducta anterior y posterior al delito sean consideradas como factores decisivos en la clase y medida de pena a imponer, como la demuestra la existencia de regímenes sancionatorios diferenciados entre adultos y adolescentes (Ley 20.084) y el valor que se otorga a la reincidencia, como agravante (art. 12, 14.ª a 16.ª) y como requisito negativo para la sustitución de las penas privativas de libertad (Ley 18.216). Mientras estas características no determinen por sí solas la responsabilidad penal y con ello acarreen la imposición de una pena independiente de la prevista para el hecho juzgado, su consideración en la medida de la pena para el hecho de que se es responsable puede aceptarse como una

[31] Aristóteles (1977), 1115a.
[32] Aristóteles (1977), 1114b, 30.
[33] Aristóteles (1977), 1135b, 20 y 1098a, 15.

característica de las legislaciones modernas que se encuentra en el límite del principio de culpabilidad.

Sobrepasa ese límite la subsistencia de medidas de seguridad pre delictuales, es decir, impuestas en atención a la condición personal del autor sin relación con la realización de una conducta punible, como la contemplada en el art. 197 bis de la Ley de Tránsito, que permite por los jueces con competencia en lo criminal decretar la inhabilidad temporal o perpetua para conducir vehículos motorizados "si las condiciones psíquicas y morales del autor lo aconsejan", "aunque no medie condena por concurrir alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal".

13.2.2 b) Inconstitucionalidad del castigo de los meros pensamientos. Principio de exterioridad

La exigencia constitucional de la existencia de una conducta como fundamento de la responsabilidad penal implica que debe probarse un comportamiento exterior, perceptible por los sentidos, que pueda describirse como la realización material de la acción o la omisión penada por la ley y probarse en juicio más allá de toda duda razonable. En términos generales, en el caso de las acciones, ello requiere probar al menos la realización de ciertos movimientos corporales (delitos formales) o de dichos movimientos, un resultado y la relación causal entre ellos (delitos de resultado); en el de las omisiones, que se realizó una conducta diferente a la esperada.

De este modo, se asegura la libertad de pensamiento, que se expresa en el principio *cogitationem poenam nemo patitur*[34] o de exterioridad, que excluye como hechos punibles las ideas, planes, deseos o intenciones no comunicados a terceros.

Luego, p. ej., en los delitos de expresión, la exigencia mínima para la constitucionalidad de su sanción penal es la comunicación a terceros de las ideas, deseos, intenciones o planes que los constituyen (injurias, calumnias, provocación o conspiración para delinquir, etc.). Pero en tales casos, su sanción se encuentra limitada por el ejercicio de la garantía constitucional de emitir opinión e informar, sin censura previa y por cualquier medio (art. 19 n.º 12 CPR), que protege la expresión de ideas políticas, críticas e informaciones de interés público.

En relación con los delitos de posesión o tenencia, en que se sanciona el control que se tiene sobre un objeto ilícito, donde la conducta se define como poseerlo, guardarlo, tenerlo, etc.

[34] Ulpiano, D. 48, 19, 18: "Nadie sufre pena por su pensamiento".

(tráfico de drogas de la Ley 20.000 o posesión de pornografía infantil, art. 374 bis CP), la doctrina especializada reconoce en general la existencia de una conducta en la tenencia o posesión, y así lo expresa el lenguaje natural, al considerar como verbos el tener y el poseer, pero discute su legitimidad en aquellas situaciones en que se establecen delitos "más allá de toda justificación", como cuando se confunde la peligrosidad del objeto con la que se atribuye a la persona que lo posee[35].

13.3 C. Principio de culpabilidad y prohibición del *versari in re illicita* y la responsabilidad penal objetiva

Según nuestra doctrina dominante, al reconocer el principio de culpabilidad, el constituyente tuvo presente la exigencia de requisitos subjetivos de la responsabilidad penal, más allá de la afirmación de la responsabilidad personal como corolario del sinalagma libertad-responsabilidad y presupuesto de la pena. Esos requisitos serían los estados o hechos mentales que permiten calificar la conducta como dolosa o culposa, según las reglas de imputación vigentes al momento de la redacción de la Carta Fundamental (arts. 1 y 2 CP)[36]. Ese es el sentido que el Diccionario da al término culpabilidad: "reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad".

Luego, desde el punto de vista del programa penal de la Constitución, el principio de culpabilidad debe entenderse también como exigencia de la prueba de la vinculación subjetiva del hecho con el agente que el CP —texto legal al que la Carta Fundamental hace referencia— establecía, en términos generales, como prueba del dolo o la culpa[37]. Esta exigencia abarca también la de la prueba de los elementos subjetivos específicos a que hacen referencia determinados tipos penales, tales como la ignorancia responsable en los delitos de prevaricación y en la receptación (arts. 224, 225 y 456 bis A); el conocimiento específico de determinados elementos del delito (art. 390); la "malicia" o intención específica cometerlo (art. 396); y otras intencionalidades adicionales, como el "propósito de impedir la promulgación o la ejecución del las leyes" del art. 126, etc.

[35] Cox (2008), p. 142.
[36] Rodríguez C. y De la Fuente (1990), p. 125; Künsemüller (2001a), p. 1097. A la misma conclusión, considerando el principio de culpabilidad como "presupuesto normativo constitucional", llega Náquira (1995), p. 192, a partir del reconocimiento de la libertad y dignidad personal en el art. 1 CPR.
[37] Rettig (2019), t. I, p. 185.

En consecuencia, nuestra Carta Fundamental rechaza las doctrinas de la responsabilidad penal objetiva y del *versari in re illicita*, así como todas aquellas interpretaciones que no exijan prueba de al menos una de las formas de subjetivad que la ley considera fundamento de la responsabilidad penal.

Por ello, cuando art. 10 n.º 8 exime de responsabilidad penal al que, "con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente" y el art. 71 remite las consecuencias de la correspondiente eximente incompleta al art. 490, no debe entenderse que el azar o caso fortuito sean imputables al agente, aún en caso de ejecutarse un acto ilícito, como quiere la doctrina del *versari*, sino de modo que la remisión del art. 71 exija la necesaria prueba de la imprudencia o negligencia que constituyen los cuasidelitos a que hace referencia.

Además, la interpretación de aquellas disposiciones de la parte especial que podrían aparentemente ser vistas también como reflejos del *versari*, los llamados delitos calificados por el resultado, p. ej., el secuestro y la sustracción de menores con resultado de "daño grave" (arts. 141 inc. 3 y 142 n.º 1, respectivamente), y el delito de incendio "si a consecuencia de explosiones… resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro" (art. 474, inc. final), etc., debe entenderse limitada por la regla constitucional que hace punibles solo las conductas, de donde siempre sería exigible —aparte de la libertad jurídica de acción— una mínima subjetividad: impericia o ignorancia responsable de las consecuencias del hecho en el momento de realizar una conducta[38].

No obstante, el mayor peligro actual para la vigencia de este principio radica en las propuestas de interpretación que atacan esa exigencia probatoria y la pretenden reemplazar por una mera adscripción desde el juzgador; o proponen concebir los aspectos subjetivos del hecho punible de tal manera normativizados que la subjetividad del agente sea reemplazada por la mera constatación objetiva de una infracción de deberes; o reemplazar la prueba de la intervención en los hechos por la atribución de responsabilidad por la posición o cargo en los delitos cometidos en contextos organizados, como las empresas u organismos del Estado, etc.[39]

[38] STC 17.6.2010, Rol 1584.

[39] Winter (2012), p.122 y Rusconi (2014), p. 142. En un sentido contrario, y positivamente, la práctica del sistema acusatorio ha reducido los peligros que para este principio representan las dificultades probatorias a falta de confesión del acusado y la aplicación indiscriminada de la presunción del art. 1, como denunciara respecto del antiguo sistema inquisitivo Politoff (2001), p. 330.

13.4 D. El problema de la prueba de la culpabilidad y la presunción simplemente legal de voluntariedad del art. 1 CP

El inc. 7 del n.º 3 del art. 19 CPR establece que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". Procesalmente, esta prohibición se reconoce generalmente como el fundamento del principio de presunción de inocencia, que se manifiesta en el art. 340 CPP según el cual "nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él le hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley".

En consecuencia, en caso de disputa acerca de la ausencia de libertad jurídica, esto es, la actuación libre de fuerza o error no responsable, ello debe ser materia de prueba, debiendo la acusación acreditar esa libertad "más allá de toda duda razonable", p. ej., por la la falta de prueba de fuerza o engaño suficientes para estimar que el hecho ya no depende de ni se ha originado en el agente; mientras las defensas pueden alegar la eximente de fuerza y las reglas del error y el desconocimiento de los arts. 1 y 64.

Luego, la presunción simplemente legal de voluntariedad del art. 1 inc. 2 CP –que durante el siglo XX se entendía por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias también como presunción del dolo– juega aquí un rol muy secundario, según anticipar hace casi siete décadas Ortiz M.[40], pudiendo recurrirse a ella solo en aquellos casos en que la responsabilidad del agente o el estado mental subyacente a las reglas de imputación dolosa o culposa no se discuten por la defensa[41]. En cambio, en caso de negarse la responsabilidad o los estados mentales del agente que puedan servir de base para la imputación a título de dolo o culpa, ello debe comprobarse con los medios de prueba indiciarios disponibles, deduciéndolo de cuantas circunstancias giran alrededor del acto, antes, durante o después de su ejecución, dando cuenta de ello en la fundamentación de la sentencia condenatoria[42]. Y esa prueba debe superar el estándar de la duda razonable (art. 340 CPP). Incluso en el sistema procesal penal antiguo, de corte inquisitivo, se afirmaba que, si del conjunto de probanzas reunidas surgiese "una duda o posibilidad"

[40] Ortiz M. (2018), p. 297.
[41] Y, por ello, pueden considerarse válidas: SCS 28.2.2013, GJ 393, p. 143.
[42] RLJ, p. 19.

contraria a dicha presunción, "el juez debe absolver al imputado, pues la duda de la voluntariedad pone en duda al hecho penado por la ley"[43].

Por otra parte, la presunción de derecho civil de conocimiento de la ley de la ley del art. 8 CC, que lo deduce desde su publicación en el Diario Oficial, solo puede interpretarse para el derecho penal como una presunción meramente legal, pues siendo el conocimiento de la ilicitud uno de los componentes de la culpabilidad, el expreso tenor del art. 19 n.º 3 inc. 7 CPR prohíbe su presunción de derecho. Además, desde el punto de vista de las reglas de preferencia legal, siendo ese conocimiento un componente de la actuación libre, la regla aplicable por ser posterior, preferente y especial es la de su presunción simplemente legal, según dispone art. 1 inc. 2 CP. Y, en caso de discusión forense, primará la también posterior, preferente y especial del art. 340 CPP, que impone la obligación de probar todos los elementos del delito y de la "participación culpable" del acusado, "más allá de toda duda razonable".

13.5 E. Otras funciones del principio de culpabilidad

La doctrina dominante afirma que el principio de culpabilidad debe manifestarse no solo como fundamento de la declaración de responsabilidad penal en los casos concretos, sino también como regulador externo de la clase y medida de las penas a imponer[44].

Sin embargo, ello no es así por cuanto la reintegración social es la única finalidad constitucionalmente reconocida de las penas privativas de libertad, por lo que su establecimiento e imposición deben orientarse en ese sentido y no en uno que importe un castigo "por la culpabilidad" sin finalidad resocializadora, sin perjuicio de la necesaria "proporcionalidad" que el Tribunal Constitucional exige entre la clase y naturaleza del delito y la pena a imponer. Y ello es así en todos los sistemas occidentales, orientados en general, por una parte, a distinguir entre primerizos y reincidentes para efectos de sustituir las penas de prisión por tratamientos en libertad; y, por otra, a reducir el cumplimiento de las impuestas mediante mecanismos de liberación anticipada basados en el comportamiento de los condenados y sus probabilidades de resocialización.

Otra cosa es que, por una parte, las diferentes reglas de imputación subjetiva y participación conduzcan a valoraciones diferenciadas de los hechos (dolosos o culposos; autoría o complicidad) a efectos de su penalidad; y, por otra, las restantes circunstancias que rodean el

[43] Gallagher (1996), p. 75.
[44] Cárdenas (2009), p. 69.

hecho y la actuación del agente, aún cuando no permitan la exclusión de la pena, sí sean consideradas tanto en su individualización judicial (arts. 65 a 70) como en su eventual sustitución (Ley 18.216). Pero todas estas diferenciaciones penológicas están entregadas a la valoración general que el legislador hace de las conductas al imponer la pena y entregar al juez reglas para su valoración concreta, que no están previamente determinadas por una concepción extralegal que, a partir de una idea preconcebida fije sin atención a la decisión política la clase y medida de la pena, salvo en cuanto ésta resulte, desde el punto de vista constitucional, "muy desproporcionada"[45].

Tampoco parece que el principio de culpabilidad imponga la existencia de un acuerdo subjetivo o político entre el responsable y la sociedad sobre el contenido o legitimidad de la ley en cada caso concreto, como alguna doctrina propone[46]. En los sistemas democráticos, esa legitimidad deriva del ejercicio de la soberanía por el pueblo a través de sus representantes que, por definición, se expresa en el establecimiento de reglas heterónomas, esto es, no sujetas a discusión o acuerdo particular por sus destinatarios una vez adoptadas por el procedimiento democrático, según la regla de la mayoría, sin perjuicio de la posibilidad de su permanente revisión y modificación por los mismos mecanismos.

13.6 F. Principio de culpabilidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las personas jurídicas, como entidades ficticias (art. 545), carecen de *psiquis* y, por tanto, las reglas reseñadas en los apartados anteriores no pueden serle aplicadas por no poder comprobarse a su respecto los hechos o estados mentales que configuran la libertad de actuación y los presupuestos para la imputación subjetiva a título de dolo o culpa. Por ello, algunos autores han expresado que no sería posible el castigo penal de las personas jurídicas, por carecer de capacidad de culpabilidad[47]. Sin embargo, del hecho de que las personas jurídicas no sean capaces de culpabilidad como las naturales, no se sigue que no puedan responder con su

[45] El ejemplo más claro de ello es la elevación de ciertas infracciones a la Ley de Tránsito a la calidad de delitos de peligro agravados por los resultados o las que se impone una pena muy superior al cuasidelito que, sin esa figura especial, podrían constituir, como sucede, p. ej., con el manejo en estado de ebriedad causando muertes o lesiones graves (art. 196 Ley de Tránsito, *Ley Emilia*). Y aquí es donde, precisamente, se ha dado también la discusión acerca de la proporcionalidad de las penas previstas, pero no en cuanto a su cuantía, sino al modo de su imposición, al no admitir las sustituciones de la Ley 18.216 el primer año de aplicación (v., por todas, la STC 20.8.2019, Rol 5414).

[46] Couso (2006), p. 166.

[47] van Weezel (2010), p. 114.

patrimonio de los hechos realizados por personas naturales en su beneficio o interés, ni que no puedan ser intervenidas o limitados sus derechos de actuación en la vida social a consecuencia de esos hechos.

Sin embargo, como en la interpretación que se ha hecho de la frase con que se encabeza el art. 19 CPR ("la constitución asegura a todas las personas"), se ha dado a entender que la expresión "persona" incluye a los entes colectivos o personas jurídicas y, por tanto, que las garantías que la CPR asegura se extienden también a ellas[48]. Por ello, la doctrina ha elaborado un concepto de culpabilidad adaptado a las personas jurídicas, según el cual éstas se entienden responsables de los hechos que le benefician o aprovechan, siempre que no cuenten con una organización interna que contemple un sistema efectivo de prevención de delitos. No obstante, sigue siendo exigida la culpabilidad en el sentido de responsabilidad personal y vinculación subjetiva con el hecho que se trate para las personas naturales que actúan por, para o en beneficio o provecho de las jurídicas.

14. Bibliografía

Aquino, T. (1994): *Suma Teológica, 3 t.*, Madrid.

Aristóteles (1977): *Ética Nicomáquea*, trad. J. Pallí, Madrid.

Arroyo, L. (1987): "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", *R. Jurídica de Castilla-La Mancha.*

Beccaria, C. (1774): *De los delitos y de las penas,* Trad. J. De las Casas, Madrid.

Bigenwald, A. y Chambon, V. (2019): "Criminal responsibility and neuroscience: Not revolution yet", *Frontiers in Psychology* 10.

Bustos, J. (1989): *Manual de Derecho Penal. Parte general, 3.ª ed.*, Barcelona.

[48] STC 20.8.2013, Rol 2381.

Cárdenas, C. (2009): "El principio de culpabilidad: estado de la cuestión", en *Revista de Derecho (Coquimbo)* 15, n.º 2.

Couso, J. (2006): *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad,* Valencia.

Cox, J. P. (2008): "Contexto político-criminal de los delitos de posesión. *War on crime* y expansión del derecho penal", en Rodríguez C., L (Ed.): *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta,* Santiago.

Cury, E. (2020): *Derecho penal, t. I., 11.ª Ed.*, actualizada por C. Feller y M.ª E. Santibáñez, Santiago.

Díez-Ripollés, J.L. (2013): *La racionalidad de las leyes penales, 2.ª ed.*, Madrid.

Donini, M. (2011): "La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales", en *Nuevo Foro Penal* 77.

Durán, M. (2011b): "Constitución y legitimación de la pena: Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal", en *Revista Política Criminal* 6, n.º 11.

Durán, M. (2013): "El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de derecho penal constitucional", en *Revista de Derecho (Coquimbo)* 20, n.º 2.

Durán, M. (2015a): "Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria", en *Revista de Ciencias Penales* 42, n.º 3.

Durán, M. (2015c): "Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido", en Carrasco E. (Ed.): *Libro Homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée*, Santiago.

Etcheberry, A. (1998): *Derecho penal, t. I, 3.ª ed.*, Santiago.

Etcheberry, A. (2011): “Introducción”, en Matus, J. P. (Ed.): *Beccaria, 250 años después*, Buenos Aires / Montevideo.

Fernández C., J. A. (2008): “Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos”, en Fernández C., J. A. (Ed): *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho penal. IV Jornadas nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales en homenaje a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño*, Santiago.

Fernández C., J. A. (2010): “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)* 17, n.º 1.

Fernández C., J. A. (2013): “El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional en el control de las leyes penales”, en van Weezel (Ed.): *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago.

Fernández C., J. A. (2014): “Tribunal Constitucional y derecho penal: Un estudio crítico”, en *Estudios Constitucionales* 12, n.º 2.

Fernández G., M. A. (2006): *La nueva justicia penal frente a la Constitución*, Santiago.

Gallagher, A. (1996): *La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad*, Santiago.

Kelsen, H. (1979): *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México.

Künsemüller, C. (2001a): “El principio de culpabilidad en el derecho penal chileno”, en Arroyo, L. y Berdugo, I. (Eds.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero* Santos, *In Memoriam, t. I.*, Cuenca.

Künsemüller, C. (2001b): *Culpabilidad y Pena*, Santiago.

Lorca, R. (2019): "La presunción de castigo. Una revisión crítica de sus orígenes en el pensamiento de la modernidad temprana", en *En Letra: Derecho Penal* 5, n.º 8.

Mañalich, J. P. (2020) "Culpabilidad y justicia procedimental", en Perin, A. (Ed.): *Imputabilidad penal y culpabilidad*, Valencia.

Matus, J. P. y Ramírez, M.ª C. (2015): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Fundamentos*, Santiago.

Matus, J.P. (1992): *La ley penal y su interpretación*, 1.ª ed., Santiago [hay 3.ª ed. corregida el año 2018].

Mera, J. (1998): *Derechos Humanos en el derecho penal chileno*, Santiago.

Náquira, J. (1995): "Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad", en *Revista Chilena de Derecho* 22, n.º 2.

Novoa, E. (1987): *Cuestiones de Derecho Penal y Criminología*, Santiago.

Ortiz M., P. (2018): "Voluntariedad y otras cuestiones. Comentario a una sentencia de la Corte Suprema", en Londoño, F. y Maldonado, F. (eds.): *Clásicos de la literatura penal en Chile. La Revista de Ciencias Penales en el Siglo XX: 1935-1995, 2 t.*, Valencia.

Piña, I. (2005): *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona.

Politoff, S. (2001): *Derecho Penal, 2.ª ed.*, Santiago.

Rettig, M. (2019), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, 2. t.*, Santiago.

Rodríguez C., L. y De la Fuente, F. (1990): "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho (Valparaíso)* 13.

Rusconi, M. (2014): “Apostillas sobre la evolución de la dogmática penal al compás del sistema procesal: ¿Un sistema de imputación construido en base a la necesidad de flexibilizar el estándar probatorio?”, en *Revista de Ciencias Penales* 41, n.º 1.

Van Weezel (2010): “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Ciencias Penales* 5, n.º 9.

Welzel, H. (1976): *D*erecho *penal alemán. Parte General, 11.ª ed.*, trad. J. Bustos y S. Yáñez, Santiago.

Winter, J. (2012): “Situaciones actuales en la frontera del principio de culpabilidad”, REJ 17.

Reflexões sobre a possibilidade de impugnação da colaboração premiada por terceiros

Julia Lattouf de Almeida[1]

Laura Kligman Becker[2]

Sabrina de Moraes Rasga[3]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este trabalho objetiva analisar a possibilidade de impugnação da colaboração premiada por terceiros, considerando as dúvidas e as controvérsias que persistem com relação àquele instituto, mesmo após 8 anos de vigência da Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850, publicada em 2/8/2013). Discorre-se, assim, sobre o conceito, os requisitos essenciais, bem como os pressupostos de admissibilidade da colaboração premiada. Em seguida, apresenta-se a evolução jurisprudencial sobre a temática para, na parte conclusiva do texto, refletir sobre o cabimento da impugnação daquele que vier a ser referido pelo colaborador.

Palavras-chaves: Acordo de Colaboração Premiada – Natureza Jurídica – Impugnação – Lei de Organizações Criminosas.

Abstract: This work aims to analyze the possibility of challenging the Award-winning Collaboration Agreement awarded by third parties, considering the doubts and controversies that persist in relation to that institute, even after 8 years of the Criminal Organizations Law (Law 12.850, published on 8/2/2013). Thus, the concept, the essential requirements, as well as the admissibility assumptions of the award-winning collaboration are discussed. Then, the jurisprudential evolution on the subject is presented, in order to, in the conclusive part of the text, reflect on the appropriateness of the challenge of what is referred to by the collaborator.

[1] Advogada Criminalista. Pós-graduanda em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa pelo Ibmec/RJ.

[2] Advogada Criminalista no escritório Edson Ribeiro Consultoria e Advocacia Criminal. Pós-graduanda em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa pelo Ibmec/RJ. Mestranda em Direito Penitenciário e Questão Carcerária pela *Universitat* de Barcelona.

[3] Advogada Criminalista no escritório Crissiuma Advogados. Pós-graduanda em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa pelo Ibmec/RJ.

Key-words: Award-winning Collaboration Agreement – Legal Nature – Objection – Criminal Organizations Law.

1. Introdução

Tendo em vista a grande repercussão que a mídia reserva aos fatos relacionados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, verifica-se a danosidade que o aparato da persecução penal consegue causar na vida dos que são seus destinatários, mesmo antes da deflagração de um processo penal. Nesse contexto, temos a operação "Lava Jato", oportunidade em que diversas controvérsias surgiram acerca da possibilidade de um terceiro delatado impugnar um acordo do qual não faz parte, senão nas diversas imputações que lhes são impostas.

A doutrina não chega a um consenso sobre esse assunto. No mesmo sentido, não há consenso na jurisprudência dos tribunais superiores. A partir disso, nosso objetivo com o presente trabalho é contribuir com a discussão sobre o instituto da colaboração premiada e destacar a reflexão sobre a possibilidade de impugnar tais acordos.

Para tanto, inicialmente abordamos o conceito e os contornos do instituto, trazendo as diferenças entre chamamento do corréu, colaboração e delação premiada. Em seguida são apresentados os pressupostos de admissibilidade da colaboração premiada, a partir de uma análise sobre adequação, elementos subjetivos do colaborador, necessidade, proporcionalidade e requisitos de validade.

Em seguida a abordagem destina-se a natureza jurídica do colaborador e do acordo de colaboração premiada, observando os atores envolvidos e o entendimento atual do Superior Tribunal Federal sobre a possibilidade de impugnação do acordo por terceiros.

Nas considerações finais são apresentadas indagações sobre a possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada, destinados à continuidade dos estudos e reflexões sobre o Instituto.

2. Conceito e contornos essenciais da colaboração premiada

A doutrina brasileira conceituava a colaboração (ou delação) premiada com um enfoque eminente em sua natureza penal material,[1] em razão da postura adotada pelo legislador no sentido de prever o instituto, seus requisitos e consequências, mas não o seu procedimento em caráter processual.[2] Assim, comumente, na doutrina, determinava-se que essa era, precisamente, a distinção entre o mecanismo de delação premiada e os demais institutos de barganha, pois aquele seria implementado em âmbito de direito material (com reduções de pena), enquanto a barganha teria impacto processual, com concessões oriundas do próprio processo.[3] Com o surgimento da Lei nº 12.850/2013, consolidou-se o entendimento de que a essência da colaboração premiada é de natureza processual[4], o que, de fato, é mais adequado, pois o cerne do instituto é a facilitação da persecução penal a partir da produção ou obtenção de elementos probatórios, como a confissão do delator e seu depoimento incriminador em relação aos corréus, além de outros tipos de provas porventura indicados.

Nesse sentido, o STF firmou sua posição em paradigmático julgamento nos autos do HC 127.483: "Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal".[5]

A colaboração premiada é, portanto, um acordo[6] realizado entre acusador e defesa, com o fim de esvaziar a resistência do réu e a sua conformidade com a acusação, facilitando, assim, a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador. Em contrapartida, reduzindo-se as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva. Trata-se, assim, de um fenômeno que

---

[1] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020, p. 61.

[2] MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei nº 12.850/2013). Revista Custos Legis, v. 4, 2013, p. 2.

[3] PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada – Legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 51.

[4] "O que pretende a delação premiada, senão substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois. Fonte de prova!". PRADO, Geraldo. Da deleção premiada: aspectos de direito processual. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 159, fev. 2006, p. 10.

[5] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

[6] SUXBERGER, Antonio H. G. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016. Página 19; SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In MENDES, Soraia da Rosa (Org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2015, p. 51.

abrange diversos atos, como as negociações prévias, o termo do acordo em si, sua homologação e as declarações do réu colaborador (confissão e incriminação de terceiros), de modo que cada ato possui natureza específica, e que vai desencadear o modo de se operacionalizar a colaboração.

Nas palavras assentadas pelo STF no HC 127.483: "(...) a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração".[7]

Nessa toada, faz-se mister destacar a alteração prevista pela Lei nº 13.964/2019, que alterou consideravelmente a Lei nº 12.850.

Resultando no popularmente conhecido como Projeto Anticrime, o advogado Ivan Zonta nos explica que dois objetivos foram declarados durante os debates do Grupo de Trabalho que presentou a redação aprovada pela Câmara e pelo Senado São estes, fortalecer a segurança jurídica por meio de legislação expressa relacionada à colaboração premiada e impedir o uso abusivo do instituto por eventuais colaboradores desejosos de prejudicar seus inimigos políticos.[8]

Ao analisarmos o novo dispositivo normativo, inserido pela Lei nº 13.964/2019, verificamos a natureza dúplice para o acordo de colaboração premiada: "O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos" (artigo 3º-A, Lei nº 12.850/2013).

2.1 Diferenças entre chamamento do corréu, colaboração e delação premiada

Nas palavras de Eduardo Araujo da Silva[9], a atribuição, pelo acusado, da responsabilidade penal a terceiros é denominada pela doutrina de chamada ou chamamento de corréu, delação ou imputação de corréu, ou, ainda, cooperação processual. Contudo, a principal

[7] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 23- 24.
[8] ZONTA, Ivan. Afinal, o delatado pode impugnar a colaboração premiada? Disponível em: <http://lucchesi.adv.br/2020/07/23/o-delatado-pode-impugnar-a-colaboracao-premiada/>. Acesso em 09.03.2021.
[9] SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013. São Paulo. Atlas, 2014, p. 52.

divergência sobre esse instituto diz respeito aos termos colaboração premiada ou delação premiada.

Com o advento da Lei 12.850/2013, que regulou o instituto sob a denominação de "colaboração premiada", percebeu-se que se trata de um meio de obtenção de prova bem mais amplo que a delação premiada. A partir da previsão de diversos tipos de colaboração a ser prestada pelo acusado, (artigo 4º da Lei nº 12.850/2013), afirma-se que, em termos precisos, a delação (como incriminação de terceiros) é somente uma de suas opções, que podem envolver também a recuperação de proveitos do crime ou a localização de eventual vítima, por exemplo[10].

No STJ¸ decidiu-se que: "a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, disciplinada no ordenamento jurídico pátrio, precipuamente, pelos artigos 4º e 7º da Lei nº 12.850/2013, e, no âmbito do direito internacional, pelo artigo 26 da convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Convenção de Palermo), da qual o Brasil é signatário. Por sua vez, a delação premiada, espécie do gênero colaboração premiada, traduz-se na cooperação do acusado ou investigado, no sentido de inculpar a prática de infrações penais por seus eventuais comparsas".[11]

2.2 Pressupostos de admissibilidade da colaboração premiada e a lei nº 12.850/2013

Classificada como negócio jurídico processual, o STF fixou em três planos a colaboração premiada: existência, validade e eficácia.[12] Conforme consta no HC 127.483/PR, na esfera da existência deve-se atentar ao artigo 6º da Lei 12.850/2013, de modo a se concluir que o acordo deverá ser feito por escrito e conter: *(i)* o relato da colaboração e seus possíveis resultados; *(ii)* as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; *(iii)* a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; *(iv)* as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor e *(v)* a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.[13]

[10] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020, p. 67.
[11] STJ, AgInt no RMS 48.925/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j.13/03/2018, Dje 05/04/2018.
[12] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020, p. 138.
[13] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

Já em relação ao plano da validade, o STF, no referido julgado, assentou que aspectos subjetivos (de verificação da vontade do colaborador) e objetivos (acerca do objeto negociado) devem ser apurados, pois o acordo somente é valido se a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade, deliberada sem má-fé e o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável. Aduz-se, ainda, que na esfera da eficácia, o acordo somente poderá ser realizado efetivamente com a homologação judicial.

Tais pontos, no entanto não foram suficientes para esboçar os pressupostos de sua admissibilidade para guiar a postura do Ministério Público ou a verificação do acusado nesse cenário, tendo a doutrina e jurisprudência aprimorado os requisitos de admissibilidade do negócio jurídico, conforme abaixo será abordado.

O primeiro pressuposto determina que deve haver congruência, isto é, uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido que ressalte a efetiva contribuição que pode por ele ser obtida.

Segundo Borges de Mendonça[14], o membro do MP e o Delegado de Polícia devem verificar a adequação da colaboração àquele caso concreto, sem olvidar a própria repercussão social do fato criminoso e sua gravidade, devendo ser considerada, assim, a potencialidade do acordo.

De acordo com a posição firmada pelo STF no HC 127.483, a personalidade do colaborador ou a sua confiabilidade não são requisitos de validade que possam impedir a homologação do acordo, mas elementos que devem ser considerados no momento da valoração de suas declarações.[15]

Somente poder-se-ia justificar a inadmissibilidade do acordo em casos manifestos, com elementos objetivos consistentes, indicando clara inadequação de meio para os fins pretendidos.

Consoante Orientação Conjunta 1/2018 do MPF, “Desde o início das tratativas, o Membro do Ministério Público Federal deve se preocupar em analisar se os fatos apresentados pelo colaborador estão suficientemente corroborados por outros elementos probatórios, inclusive externos e em poder de terceiros, ou se serão passíveis de corroboração, tendo em

[14] MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado. (Lei nº 12.850/2013). Revista Custos Legis, 2013, v. 4, p. 11.
[15] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

vista as técnicas de investigação normalmente desenvolvidas, observando-se o disposto no art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013".[16]

Há, todavia, julgado do STF no sentido de que eventuais deficiências verificadas nas declarações do colaborador devem ser analisadas ao longo do processo, de modo que isso não caracteriza causa de nulidade do acordo. Assentou-se que "Preservado o conteúdo das informações prestadas pelo colaborador, eventuais divergências de literalidade entre o documento escrito e a gravação dos depoimentos, quando realizada, não importa, automaticamente, a nulidade do ato, reservando-se ao interessado, se for o caso, no âmbito da ação penal, insurgir-se contra eventuais inconsistências existentes na versão escrita, podendo demandar do colaborador os esclarecimentos que forem necessários."[17]

Aqui se deve focar em um exame comparativo para se determinar, entre os meios idôneos, qual é o necessário, partindo-se de duas premissas: *(i)* o grau de eficiência da medida em relação ao fim almejado e *(ii)* o grau de restrição do direito fundamental a ser restringido.[18]

Propõe-se que a referida decisão deve ser motivada a partir da indispensabilidade para a persecução penal e complexidade da investigação no caso concreto. Nesse sentido, o pressuposto da "necessidade" diz respeito ao que a doutrina tem chamado de "necessidade para a estratégia investigativa", o que indica uma decisão que, em uma primeira análise, é de responsabilidade dos órgãos de persecução penal.

Impõe duas consequências ao regime do instituto premial: *(i)* deve ser vedada a sua utilização em infrações de menor potencial ofensivo e *(ii)* a concessão de benefício deve ser aceita somente em relação a agentes com condutas de menor reprovabilidade no caso em questão.

Por um lado, o mecanismo negocial deve ser admitido somente em casos de maior gravidade, sob pena de indevida generalização. Conforme voto do ministro Gilson Dipp no julgamento do HC 59.115: "(...) acordo de colaboração premiada é para crimes graves, não só do corréu colaborador, como daquele corréu delatado, porque acordo de colaboração premiada

[16] ORIENTAÇÃO CONJUNTA 1/2018 DO MPF. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf. Acesso em 14/03/2021.
[17] STF, INQ 3.983/DF. Plenário, Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 03.03.2016.
[18] MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 326.

não foi feito para furto de galinha, não pode ser banalizado nem pode ser objeto de intermediários, de corretores de colaboração premiada".[19]

O STF firmou entendimento no HC 127.483/PR no sentido de que "o acordo de colaboração premiada somente será válido se: (i) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé e (ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável".[20]

No entanto, na forma do disposto no artigo 4º, *caput*, e §8º da Lei 12.850/2013, podemos, por meio de uma interpretação sistemática, afirmar que os requisitos de validade são: *(i)* voluntariedade; *(ii)* espontaneidade; *(iii)* pessoa não privada da liberdade; (iii) plena ciência dos termos do acordo; e *(iv)* participação da defesa técnica.

Com relação ao primeiro requisito, ele remonta à ideia de que o acusado voluntariamente aceita o acordo de cooperação com a persecução estatal, afastando-se da sua posição de resistência e aderindo à acusação. Deve-se examinar a capacidade do réu de estar em juízo, de modo a assegurar a sua imputabilidade e a inocorrência de limitações cognitivas que comprometam sua compreensão sobre a situação. Depois, é necessária a verificação de liberdade do seu agir, especialmente o fato de que o seu consentimento não pode ser fruto de coação, seja física ou psíquica, ou de promessa de vantagens ilegais não previstas no acordo.

Acerca do requisito de espontaneidade, a doutrina debate sobre se a iniciativa do acordo deve partir do acusador. A jurisprudência, por sua vez, entende que a revelação do indiciado deverá ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros e eficaz, conforme se pode constatar no REsp 628.048/SP, do STJ.[21]

Contudo, a Lei nº 12.850/2013 aponta que o requisito para a validade do acordo é a voluntariedade e não a espontaneidade da vontade do imputado, podendo a proposta e o início das negociações surgirem por parte do acusador.

Relativamente a questão da prisão do imputado, sustenta-se que não se pode admitir a colaboração de pessoa em situação de restrição de liberdade, ao passo que se agrava exponencialmente a coação a ela imposta, impedindo, por completo, a tomada de uma decisão com voluntariedade.

[19] Voto do Ministro Gilson Dipp; STJ, HC 59.115/PR, 5ª turma, rel. Laurita Vaz, j. 12.12.2006.
[20] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
[21] STJ, REsp 628.048/SP, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24.03.2009.

Todavia, há quem sustente a inexistência de objeções a tal situação, afirmando que a voluntariedade da decisão não é afetada pela segregação do imputado, desde que fundamentada em motivos cautelares legítimos, e a proibição de tal hipótese acarretaria violação à ampla defesa e à isonomia de tratamento.

Duas questões, entretanto, são certas. Primeiro, se for realizado o acordo, esvazia-se o fundamento da prisão cautelar, de modo que se impõe a concessão de liberdade provisória, já que a cooperação do acusado afasta o *periculum libertatis*.

Por conseguinte, ainda que se aceite a realização do acordo com colaborador preso cautelarmente, resta inegável o poder coercitivo da proposta, visto que, em regra, a homologação do acordo ocasionará a revogação da prisão ou o comprometimento da acusação no sentido de se abster de formular qualquer pedido nesse sentido.

O STF, no HC 127.483/PR, entende que, se a colaboração foi feita durante o período em que o delator se encontra na prisão, seja temporária, seja preventiva, tal circunstância, por si só, não a anula necessariamente, pois a prisão, desde que legalmente decretada, não tem o condão de viciar a sua vontade.[22]

A lei 13.964/2019, em seu artigo 4º, §7º, prevê que o juiz deve verificar a voluntariedade no momento da homologação, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob o efeito de medidas cautelares.

Além desses requisitos, é certo que o colaborador precisa ter conhecimento e compreensão de sua situação, em relação à acusação, ao acordo, e aos seus direitos, devendo ter ciência das opções que podem ser adotadas em sua eventual atuação defensiva.

Conforme o Manual da ENCCLA, as autoridades responsáveis devem informar ao colaborador, na presença de seu defensor, o seu direito constitucional ao silêncio, que a colaboração implicará em renúncia a esse direito e compromisso legal de dizer a verdade, os benefícios previstos em lei, as informações devem ser completas e úteis, sob pena de não ser contemplado.[23]

Por último – mas não menos importante – é indispensável e irrenunciável o acompanhamento de defensor técnico ao colaborador em todos os momentos, desde os primeiros atos de negociação até as etapas de realização da cooperação na fase processual ou após o sentenciamento, na forma disposta no artigo 6º, da Lei nº 12.850/2013.

[22] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
[23] Ministério Público Federal. Manual Colaboração Premiada. ENCCLA. Brasília, fevereiro de 2014.

3. A natureza jurídica do depoimento do delator e do acordo de colaboração premiada

Em decorrência da divergência que se instalava em relação a natureza jurídica do acordo de Colaboração Premiada, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 127.483/PR, de relatoria do ministro Dias Tófoli, esclareceu que a Colaboração Premiada tem natureza jurídica de veículo de produção probatória.[24]

Tal entendimento decorreu da necessidade de produzir diligencias e atos, que endossem a informação disponibilizada pelo colaborador. Em seu voto, o relator Ministro Dias Tófoli, utilizou a doutrina de Mario Chiavario para distinguir os meios de prova e os meios de pesquisa de prova:

> Mario Chiavario, com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, distingue meios de prova (mezzi di prova) dos meios de pesquisa de prova (mezzi di ricerca della prova): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, per se, fonte de convencimento judicial, destinando-se à "aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória", os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo. [25]

A partir disso, destacou-se que o acordo de colaboração premiada tem como objetivo a busca pelos indícios, vestígios, declarações e etc, dotados de capacidade probatória, sem constituir-se como meio de prova propriamente ditos.

Entretanto, deve-se ter em mente que diferente do acordo, os depoimentos prestados pelo colaborador constituem meio de prova. Isso não significa concluir que tais depoimentos por si só sejam aptos à formação do convencimento judicial, em conformidade com a redação prevista no art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, que dispõe que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

Simultaneamente, no julgamento do mesmo Habeas Corpus que esclareceu que a colaboração premiada possui natureza de meio de obtenção de prova, restou destacado que também seria um negócio jurídico processual:

> "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a

[24] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
[25] CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale - profilo istituzionale. 5. ed.Torino: Utet Giuridica,* 2012, p. 353.

> cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração."[26]

Com isso, sendo negócio jurídico processual, necessário o exame de três planos sucessivos, existência, validade e eficácia. O ministro em seu voto nos explica que no caso do instituto da colaboração premiada, ao ser aceita a proposta pela outra parte, formalizada por escrito, passa a existir. No plano da validade, a partir de uma leitura dos requisitos previstos no art. 4º, *caput* e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13, cabe observar como ocorreu a declaração de vontade do colaborador, sendo necessário verificar se foi resultante de um processo volitivo; realizado com plena consciência da realidade; escolhido com liberdade e deliberado sem má-fé, além do objeto lícito, possível e determinado ou determinável.[27]

Por fim, superados os planos de existência e validade, devemos observar o plano da eficácia. Referido acordo existente e válido somente será eficaz caso submetido à homologação judicial, em consonância com o disposto no art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13. O Ministro relator daquele *decisum* foi além, e sustentou a tese de que a homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo, sem representar que o julgador admitiu como verídicas tais informações:

> "Nessa atividade de delibação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores."[28]

Na esteira desse raciocínio, cabe observar o entendimento de Marcelo Batlouni Mendroni, que esclarece que a colaboração premiada possuí natureza jurídica anômola de um acordo:

> Antes de mais nada é preciso ter em consideração que ela tem natureza jurídica anômala de um "acordo". Isto porque, apesar de as partes poderem "negociála" livremente, sem a participação do Juiz, que, entretanto somente o analisará no aspecto da formalidade, não podendo interferir no que diz respeito ao seu conteúdo, conforme se infere da análise dos próprios dispositivos legais que regem sua aplicação.[29]

[26] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
[27] Ibidem.
[28] Ibidem.
[29] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148–149.

Em outra análise, mas compartilhando a mesma linha de entendimento, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato esclarecem que a colaboração premiada teria natureza jurídica mista, de direito processual e de direito material. Tendo a possibilidade de ser interpretado como um acordo com o Órgão ministerial e o acusado ou como meio de obtenção de prova.[30] O Professor Antonio do Passo Cabral vai além para destacar que deve-se analisar as diversas disposições negociais de um acordo para que seja possível aferir qual natureza cada cláusula uma possuí.[31]

4. Atores envolvidos na colaboração premiada e a evolução do entendimento do STF sobre a possibilidade de impugnação do acordo por terceiros

As discussões apresentadas neste trabalho para analisar a possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada necessitam uma análise sobre as funções desempenhadas por cada um dos atores envolvidos. Dentre os atores diretos estão o réu/delator; corréus/delatados; acusador/proponente e julgador. Há também os atores que exercem influência de forma indireta, como os meios de comunicação, não abrangidos diretamente pelo mecanismo negocial. [32]

O potencial colaborador é a peça chave a partir da qual todo o sistema se desenvolve. Segundo o autor, aqui surge um conflito de interesses entre o Estado, que deseja suprir sua ineficiência investigativa, o delatado, que teme a atuação abusiva do delator e este último, que possui, em tese, o direito ao benefício, mas pode ser pressionado pelo Estado ou ter intenções ilegítimas para melhorar sua situação[33].

Observação importante é feita por Antonio do Passo Cabral ao entender sobre a possibilidade que o colaborador seja parte no negócio jurídico, mas não seja parte no

[30] BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à lei de organização criminosa: Lei 123.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 152

[31] CABRAL, Antonio do Passo. Colaboração Premiada no quadro da teoria geral dos negócios jurídicos. In: GOMES, Abel Fernandes. Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros [livro eletrônico] / Abel Fernandes Gomes... [et al]; Cecília Choeri, Guilherme Krueger, José Maria Panoeiro (org). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 144.

[32] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal 3ª ed., São Paulo, Thomas Reuters Brasil, 2020. p 93.

[33] Idem, p. 93.

procedimento criminal, sendo ouvido na condição de testemunha por colaborar com fatos e provas de infrações que foram cometidas por outros indivíduos.[34]

A expressão "em tese" é aqui utilizada para enfatizar que parte da doutrina entende que a propositura do acordo de colaboração seria um ato discricionário do acusador. Nesse sentido, o Manual de Colaboração Premiada da ENCCLA afirma que "a autoridade policial ou o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária"[35].

Para Vinicius Vasconcellos, no entanto, a discricionariedade ao acusador para propor ou aceitar o acordo de colaboração premiada violaria a legalidade, acabando por abrir espaço para arbitrariedades e tratamentos desiguais aos acusados[36]. Por esta razão, o autor acredita que é necessário criar normativas internas ao órgão acusatório para uniformizar a atuação de seus membros[37].

A propósito, o art. 4º, §6º, da Lei 12.850/13 estabelece que, além do Ministério Público, o delegado de polícia também pode propor o acordo[38]. A decisão do membro do Ministério Público deve ser motivada e está sujeita a controles internos ou externos, sendo este promovido pelo Judiciário[39]. Além disso, a formalização e a homologação do acordo vinculam o Ministério Público de forma ampla, ou seja, a alteração de promotor ou procurador não pode impactar nos termos já assinados[40].

No que diz respeito ao julgador, seus principais papéis são no momento da homologação e no sentenciamento, sendo certo que ele não participa das negociações, porquanto sua atuação deve ser imparcial[41], devendo observar, sobretudo, o devido processo legal e os direitos fundamentais dos acusados. Com a Lei 13.964/19, cabe ao juiz de garantias a homologação do

[34] CABRAL, Antonio do Passo. Colaboração Premiada no quadro da teoria geral dos negócios jurídicos. In: GOMES, Abel Fernandes. Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros [livro eletrônico] / Abel Fernandes Gomes... [et al]; Cecília Choeri, Guilherme Krueger, José Maria Panoeiro (org). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 145.
[35] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020, p. 96.
[36] Idem, ibidem.
[37] I Ibidem., p. 97.
[38] Ibidem., p. 105.
[39] Ibidem., p. 105.
[40] Ibidem., p. 107.
[41] Ibidem. p. 112.

acordo de colaboração premiada na fase de investigação preliminar, portanto, ele fica impedido de atuar no processo[42].

Por fim, no que se refere aos corréus incriminados, Vinicius Vasconcellos leciona:

> "Fica claro que a posição dos corréus delatados é de extrema fragilidade, diante da colaboração premiada, visto que ocupam um local limítrofe e nebuloso. Ao mesmo tempo que são terceiros, alheios ao acordo firmado entre o delator e a acusação, sofrem consequências diretas e indiretas da sua realização. Essa tensão tem carregado questionáveis posicionamentos no sentido da sua falta de interesse para impugnar o acordo firmado."[43]

A Lei 12.850/2013 determina que o acordo de colaboração premiada será sigiloso até o recebimento da denúncia. No entanto, em muitos casos, os delatados tiveram notícias de suas tratativas e, por isso, a questão chegou ao STF[44]. O ministro Marco Aurélio, do STF, ao se pronunciar no HC 127.483 sobre a viabilidade da impugnação do acordo por um terceiro delatado, se manifestou no sentido de que existe, sim, interesse jurídico por parte do terceiro, desde que o objeto da delação tenha servido, por exemplo, para o oferecimento da denúncia.[45]

O pedido foi feito pela defesa de um terceiro delatado por Alberto Youssef nas fases iniciais da Operação "Lava Jato", com alegações de que o colaborador tinha personalidade voltada ao crime e não era confiável, bem como que suas declarações eram inverídicas.

No acórdão, o Supremo Tribunal Federal fixou pontos importantes acerca da colaboração premiada, que desde aquele momento passaram a guiar a aplicação do instituto no cenário pátrio. Entre eles: (i) a colaboração jurídica é um negócio jurídico processual personalíssimo e meio de obtenção de prova; (ii) a homologação da colaboração premiada não demanda juízo de valor quanto às declarações do colaborador; (iii) o acordo de colaboração, em si, não afeta a esfera jurídica de terceiros; e (iv) o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador, ainda que tenham sido delatados.

Tal posicionamento é adotado por alguns autores sob o ponto de vista da legalidade dos atos estatais. No entanto, essa não é a tese que vem prevalecendo nos tribunais superiores. Nesse contexto, há dois outros habeas corpus pendentes de julgamento perante o STF – HC n.º 142.205/PR e HC n.º 143.427/PR, ambos impetrados em 2017 –, que agora trazem novamente

[42] Ibidem., p. 119.
[43] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020. p. 123.
[44] Ibidem., p. 124.
[45] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

a questão àquela Corte, já com dois votos – pelos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – em sentido oposto ao entendimento anteriormente firmado.

Nesse cenário, sustenta-se que, após a formalização do acordo, não há mais que se falar em impugnação, senão em exercício do direito de confronto, por meio do qual os delatados questionarão não a validade do pacto, mas a qualidade das provas que lhes pesam em desfavor.

Como se vê, impugnação do acordo de colaboração premiada (sempre pelas partes contratantes) e direito ao confronto (efetivado pelos delatados, em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa) são institutos diversos, que trazem consequências diversas.

Esse foi o entendimento adotado no HC 127.483, tendo em vista que, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica.[46]

Dessa forma, analisando-se a questão do ponto de vista processual, a única via correta para se contrapor à delação seus corolários probatórios é o direito ao confronto, o qual não implicará na anulação ou quebra do acordo, mas tão somente a perda de eficácia para fins de condenação do dilatado da parte do pacto que diz respeito ao confrontador.

Sobre o tema, Vinicius Vasconcellos cita o HC 127.483/PR, que tratava de discussão envolvendo acordo firmado no âmbito da Operação Lava Jato que, por envolver agentes com prerrogativa de foro, foi homologado diretamente pelo STF, que definiu que não há repercussão na esfera jurídica do delatado na fase homologatória e, portanto, não é possível impugna-lo. Senão vejamos:

> "**O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica**: *res inter alios acta*. A delação premiada, como já tive oportunidade de assentar, é um **benefício de natureza personalíssima, cujos efeitos não são extensíveis a corréus** (RHC nº 124.192/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 8/4/15) Esse negócio jurídico processual tem por finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trouxer para a investigação e o processo criminal. Assim, **a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração.** [...]"[47]

[46] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
[47] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020. p. 124-125.

Como se vê, o STF decidiu pela impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelos delatados por quatro motivos, quais sejam, (a) a formalização e homologação não gera prejuízo a eles; (b) a defesa pode ser exercida pelos delatados em momento processual posterior; (c) as declarações, por si só, não são suficientes para a condenação e (d) a desconstituição do acordo não gera consequências a terceiros, ou seja, "não impede a valoração de eventuais provas produzidas em seu prejuízo"[48].

Aquele autor entende que, ainda que o acordo, por si só, não seja elemento suficiente para a condenação, ele tem efeitos imediatos sobre a honra dos delatados e, eventualmente, sobre seu direito à locomoção, a propriedade, dentre outros[49]. Para ele, o prêmio oferecido ao delator se torna um "incentivo à incriminação de terceiros" e, por isso, sua impugnação pode impedir potenciais prejuízos causados pelos colaboradores[50].

Ainda sobre a questão, vale repetir a opinião do Ministro Marco Aurélio nos debates do HC mencionado anteriormente, que consignou o seguinte: "Articula-se que a denúncia teria surgido em face da delação. Então se pode, realmente, ver o interesse jurídico na impugnação do ato que implicou a homologação do acordo. [...] Em tese, pode haver o interesse em impugnar o objeto da delação, desde que tenha servido para ofertar a denúncia".

Além disso, sem a possibilidade de impugnação do acordo pelos delatados, resta claro que este se tornará inquestionável, vez que tanto o delator, quanto o acusador têm interesse na manutenção de seus efeitos.

Quanto ao argumento de que os delatados podem se manifestar em momento processual posterior, Vinicius Vasconcellos relembra que, ainda que o contraditório possa ser exercido em momento posterior, isso não afasta a possibilidade de requerimento e declaração da ilicitude de elementos probatórios[51].

Quanto à afirmação de que desconstituição do acordo não gera consequências a terceiros, o autor nos relembra que esta se dá quando há a rescisão de pacto licitamente formalizado e homologado, portanto, as provas provenientes dela podem ser valoradas em prejuízo dos delatados. No entanto, situação diversa é quando o acordo é anulado por, em

[48] Ibidem., p. 125 e 126.
[49] Ibidem., p. 126.
[50] Ibidem., p. 127.
[51] Ibidem., p. 128.

havendo a declaração de ilicitude, todos os elementos dele provenientes devem ser desentranhados dos autos[52].

Diante disso, a solução proposta pelo autor é a intimação dos coinvestigados ou corréus para que se manifestem sobre o acordo antes de sua homologação[53], o que enfrenta a ideia de que este deve ser mantido em sigilo até o recebimento da denúncia.

Importa, ainda, ressaltar que é pacífico o entendimento de que o delatado pode confrontar as declarações do colaborador, fazendo uso do contraditório[54]. Sobre o tema, o STF consolidou que:

> "Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim. [...]"[55]

Embora este entendimento tenha sido acertado, fato é que a ideia de impossibilidade de impugnação por terceiros, fixada neste mesmo *habeas corpus*, acabou por criar uma blindagem aos acordos[56]. Isso porque, na medida que, quem poderia fazê-lo, renuncia ao direito de impugnação e o Ministério Público e o Delegado de Polícia não o fariam.

O tema voltou a ser discutido no âmbito Habeas Corpus 142.205/PR e 143.427/PR, julgados pela Suprema Corte, que determinou que "*nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor*".[57]

No caso, isto é, no âmbito da "Operação Publicano", foi firmado acordo de colaboração premiada com um auditor fiscal que incluía crimes contra a dignidade sexual e corrupção. No entanto, enquanto cumpria a pena, o delator foi acusador de persistir na prática das condutas delitivas, o que gerou pedido de rescisão do acordo pelo MP, que foi acolhido[58]. Diante disso,

---

[52] Ibidem., p. 129.
[53] Ibidem., p. 131.
[54] Ibidem., p. 131.
[55] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
[56] BORRI, Luiz Antonio. SOARES, Rafael Junior. Da releitura da colaboração premiada e a impugnação por terceiros. Disponível em < https://www.migalhas.com.br/depeso/332838/da-releitura-da-colaboracao-premiada-e-a-impugnacao-por-terceiros>. Acesso em 15/03/2021.
[57] Ibidem.
[58] Ibidem.

durante seu interrogatório, o delator alegou que os membros do MP haviam alterado seus depoimentos e que, muitas declarações não haviam sido gravadas, como recomendava o art. 4º, §13º, Lei 12.850/2013. Importa dizer que hoje a gravação audiovisual é obrigatória, conforme alteração promovida pela Lei 13.964/2019, justamente para obter maior fidelidade das informações. O curso da ação penal foi, então, suspenso e o colaborador firmou termo aditivo, assumindo a obrigação de ratificar as declarações prestadas anteriormente.

Naquele caso específico, além das ilegalidades atinentes aos prêmios prometidos ao delator, ele se comprometeu a admitir fatos sobre os quais ele havia lançado dúvidas[59]. Por isso, o STF concedeu parcialmente os pedidos para reconhecer a nulidade do termo aditivo que havia sido formulado e declarar a ilicitude das declarações prestadas e das provas derivadas (art. 157, §3º. CPP).

Convém mencionar trecho do voto do min. Gilmar Mendes, que afirmou que "[s]em dúvidas, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de não impugnabilidade do acordo por terceiros possuía, naquele momento, premissas pertinentes. Contudo, isso ocasionou uma quase total intangibilidade e incontrolabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornamos os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis".

Como se vê, o julgamento em questão fez voltar à tona a discussão acerca da possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros, e foi ementado da seguinte forma:

> "Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. 3. **Possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados. Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos**. Precedente desta Segunda Turma: HC 151.605 (de minha relatoria, j. 20.3.2018). 4. Nulidade do acordo de colaboração premiada e ilicitude das declarações dos colaboradores. Necessidade de respeito à legalidade. Controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal. Limites ao poder punitivo estatal. Precedente: "*O acordo de colaboração*

[59] Ibidem.

> *homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil*" (STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017) 5. Como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, **deve-se assentar a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação**. Interpretação do art. 4º, § 13, Lei 12.850/13. Nova redação dada pela Lei 13.964/19. 6. Situação do colaborador diante da nulidade do acordo. Tendo em vista que a anulação do acordo de colaboração aqui em análise foi ocasionada por atuação abusiva da acusação, penso que os benefícios assegurados aos colaboradores devem ser mantidos, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Precedente: direito subjetivo ao benefício se cumpridos os termos do acordo (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffolli, j. 27.8.2015) e possibilidade de concessão do benefício de ofício pelo julgador, ainda que sem prévia homologação do acordo (REAgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019). 7. Dispositivo. **Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para declarar a nulidade do acordo de colaboração premiada e reconhecer a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores, nos termos do voto**".[60]

Por fim, importa esclarecer que, em havendo necessidade de impugnação, a preclusão não deve operar aos delatados enquanto eles não forem intimados dos termos do acordo[61]. Isto porque, conforme lecionam Daniela Bomfim e Fredie Didier Jr., a coisa julgada que é formada com a homologação do acordo pode atingir a esfera jurídica de terceiro que não participou da relação processual[62], mas tem interesse e legitimidade para postular o seu controle de validade[63].

Para os autores, isto se dá, considerando (i) que se busca, justamente, a desconstituição da coisa julgada, o que pressupõe admitir a sua formação; (ii) que eventual preclusão não se projetaria para além da relação processual e não extinguiria o direito rescisório dos atingidos; (iii) que, no caso do contrato de colaboração premiada, os terceiros sequer podem conhecer o conteúdo da decisão homologatória, quando as partes são dela intimadas, haja vista o sigilo imposto pela lei; (iv) a natureza de direito fundamental do habeas corpus impede construção

[60] STF, HC 142.205/PR, 2ª T., rel. min. Gilmar Mendes, j. 25/08/2020.

[61] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal, São Paulo, Thomas Reters Brasil, 2020. p. 131 e 132.

[62] DIDIER JR., Freddie. BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil, 54, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 62, out/dez., 2016. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Fredie_Didier_Jr_&_Daniela_Bomfim.pdf>. Acesso em 15/03/2021.

[63] Ibidem., p. 57.

que o diminua desta maneira; (v) aplica-se, aqui, o regramento jurisprudencial construído para o mandado de segurança, verificando-se, inclusive, a ratio do enunciado nº 202 da jurisprudência predominante do STJ[64].

5. Considerações finais

Diante do cenário atual, demonstra-se urgente a discussão sobre a possibilidade de impugnação do acordo de Colaboração Premida por terceiros que não fazem parte do negócio jurídico em apreço. Como demonstrado, além da pendência do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 142.205/PR e do Habeas Corpus nº 143.427/PR, faz-se mister destacar a alteração prevista pela Lei nº 13.964/2019, que alterou consideravelmente a Lei nº 12.850.

Como cediço, por mais que a legislação ainda não tenha previsto conferir aos terceiros a possibilidade de impugnação do acordo de Colaboração Premiada homenagearia os objetivos traçados durante os debates do Grupo de Trabalho que presentou a redação aprovada pela Câmara e pelo Senado resultando no popularmente conhecido Projeto Anticrime. Nesse ponto, o grupo de trabalho defesa a possibilidade de impugnação do acordo, vislumbrando que tal possibilidade nos proporcionaria uma maior segurança jurídica, além de menores chances de abuso ao submetermos a colaboração premiada a um controle judicial mais intenso.

6. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à lei d organização criminosa: Lei 12.850. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013 – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 14/03/2021.

BORRI, Luiz Antonio. SOARES, Rafael Junior. Da releitura da colaboração premiada e a impugnação por terceiros. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/332838/da-releitura-da-colaboracao-premiada-ea-impugnacao-por-terceiros>. Acesso em 15/03/2021.

[64] Ibidem., p. 58.

GOMES, Abel Fernandes. Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros [livro eletrônico] / Abel Fernandes Gomes... [et al]; Cecília Choeri, Guilherme Krueger, José Maria Panoeiro (org). 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

JUNIOR, Fredie Didier Jr. BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil, 54, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 62, out/dez., 2016. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Fredie_Didier_Jr_&_Daniela_Bomfim.pdf>. Acesso em 15/03/2021.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei nº 12.850/2013). Revista Custos Legis, v. 4, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ORIENTAÇÃO CONJUNTA 1/2018 DO MPF. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1- 2018.pdf. Acesso em 14/03/2021.

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada – Legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo. Da deleção premiada: aspectos de direito processual. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 159, fev. 2006.

STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

STF, HC 142.205/PR, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.08.2020.

STF, INQ 3.983/DF. Plenário, Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 03.03.2016

STJ, AgInt no RMS 48.925/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 13/03/2018, Dje 05/04/2018.

STJ, HC 59.115/PR, 5ª turma, Voto do Ministro Gilson Dipp Rel. Laurita Vaz, j. 12.12.2006.

STJ, REsp 628.048/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24.03.2009.

SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013. São Paulo. Atlas, 2014.

SUXBERGER, Antonio H. G. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016.

SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In MENDES, Soraia da Rosa (Org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020.

ZONTA, Ivan. Afinal, o delatado pode impugnar a colaboração premiada? Disponível em: <http://lucchesi.adv.br/2020/07/23/o-delatado-pode-impugnar-a-colaboracao-premiada/>. Acesso em 09.03.2021.

A responsabilização dos agentes públicos na pandemia do covid-19

Leandro de Matos Coutinho[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é apresentar a responsabilização dos agentes públicos na Pandemia, com base na discussão advinda da publicação da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19, e sua correlação com a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LInDB), bem como a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre aquele normativo, após o julgamento em sede liminar de uma série de Ações Diretas de Constitucionalidade (ADIns). Ademais, deseja-se exemplificar como outras leis e jurisdições enfrentam a questão da responsabilização dos agentes públicos.

Palavras-chave: Responsabilização dos Agentes Públicos. Pandemia do COVID 19. Análise Comparada

Abstract: The objective of this paper is to present the accountability of public agents in the Pandemic, based on the discussion resulting from publication of the Provisory Act 966, of May 13, 2020 of , which has proposed the accountability of public officials for action and omission in acts related to the covid-19 pandemic, and its correlation to the Law 12.036 of 2009, as well as the Federal Supreme Court manifestation on that normative, after the preliminary ruling of a series of Direct Constitutionality Actions. In addition, it is desired to exemplify how other laws and jurisdictions address the issue of accountability of public officials.

Keywords: Accountability of Public Agents. COVID 19 pandemic. Comparative Analysis

[1] Advogado e chefe de departamento jurídico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Presidente do Instituto Compliance Rio (ICRio). Professor e palestrante em eventos nacionais e internacionais. Mestre em Direito Público pela UNESA e autor do livro *Compliance* Anticorrupção, a Lei das Estatais e a Defesa do Estado Democrático de Direito, publicado pela Lumen Juris em 2018, e de diversos artigos em revistas e obras coletivas.

7. Introdução

Desde o início da calamidade de saúde pública de abrangência internacional do COVID 19, ainda em fevereiro de 2020[1], um sem-número de atos legais e normativos vem sendo editado pelos Governos das três esferas federativas e pelos órgãos e entidades públicas, de forma a afastar ou mitigar as consequências nefastas da referida calamidade.

Para citar o âmbito federal, diversos foram os exemplos. Desde Medidas Provisórias (no. 927, de 22/03/2020[2], no. 952, de 15/04/2020[3], no. 958, de 24/04/2020[4], no. 961, de 06/05/2020[5] etc) que trataram de questões trabalhistas, tributárias, creditícias e licitatórias, até mesmo a Emenda Constitucional no. 106[6], que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

Não custa registrar que quando se tratam das Medidas Provisórias (MP), os requisitos da urgência e relevância são fundamentais, consoante o previsto no art. 62 da CF/1988[7]. Inúmeras foram editadas desde o início da crise.

De todas elas, uma que recebeu várias críticas e gerou grande reação do público e da imprensa foi a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020[8], que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19.

Assim foi porque grande parte das disposições nela previstas não seriam necessárias. E não digo isso por conta do tema em si, de responsabilização de agentes públicos em tempos de pandemia, o que por certo deve preocupar a todos por conta do momento que passamos

---

[1] Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735> Acesso em 25 junho 2020.
[2] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm> Acesso em 25 junho 2020.
[3] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv952.htm> Acesso em 25 junho 2020.
[4] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv958.htm> Acesso em 25 junho 2020.
[5] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm> Acesso em 25 junho 2020.
[6] Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/emenda-constitucional-n-106-255941715> Acesso em 25 junho 2020.
[7] Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
[8] BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966, PUBLICADA NO DOU DE 14/05/2020**,** Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19**.**

globalmente, mas porque a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018[9], portanto já aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, tratou da mesma temática com menor estardalhaço e algazarra e, portanto, deveria ser invocada agora.

8. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LInDB

Para desenvolvimento deste ponto, vale, em rápida comparação, apresentar a citada Lei nº 13.655/2018, que alterou na oportunidade a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LInDB)[10], outrora conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil, para neste importante normativo registrar como deve ocorrer a responsabilização dos agentes públicos por atos praticados no exercício de suas atividades.

Tal questão foi tratada no novo artigo 28 da LInDB, a saber: Art. 28. O **agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro**. (Grifou-se)

Cumpre registrar que a própria Lei tratava no §1º do citado artigo 28[11] do conceito de erro grosseiro, mas tal dispositivo foi vetado pelo então presidente da república, não compondo, portanto, a alteração aprovada.

No regulamento do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942[12], detalhou-se a forma como se dá a responsabilização do agente público:

> CAPÍTULO IV
> DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

---

[9] BRASIL. *LEI Nº 13.655, PUBLICADA no DOU de 25/04/2018***,** Inclui no decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (lei de introdução às normas do direito brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

[10] BRASIL, D**ecreto-lei nº 4.657. Publicado no DOU de 04/09/1942, Dispõe sobre a** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**.**

[11] "**§ 1º do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto**

´§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

Razão do veto

´A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.´"

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm> Acesso em 25 junho 2020.

[12] BRASIL, *Decreto nº. 9.830. Publicado no DOU de 10/06/2019*, Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

> Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro
>
> Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.
>
> § 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.
>
> § 2º **Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público** se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.
>
> § 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.
>
> § 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.
>
> § 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.
>
> § 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.
>
> § 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.
>
> § 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais. (Grifou-se)

É importante mencionar a leitura doutrinária conferida ao referido artigo. Para Gustavo Binenbojm e André Cyrino[13], suas previsões decorrem do fenômeno conhecido como "apagão das canetas"[14] e a necessidade de proteção ao gestor probo:

> O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge nesse cenário. **Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a**

[13] BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. *O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. Rev. Direito Adm*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224: FGV: Rio de Janeiro, 2018.
Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318> Acesso em 16 maio 2020.

[14] Sobre o tema, antes ainda da publicação da Lei no. 13.655/2018, ver: MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O Medo e o Ato Administrativo*. Direito do Estado, número 289, 2016. "**Trata-se do medo de ser punido pela prática, não meramente de uma conduta, mas sim de um ato, um ato administrativo que, na visão do agente, é necessário e oportuno**; que analisado pela advocacia pública é considerado como juridicamente legítimo, **mas que não é assim considerado pelos órgãos de controle**. Trata-se, portanto, de **atos cuja legalidade pode ser objeto de uma discordância com argumentos consistentes para ambos os lados ou de atos que, por vezes, só podem ser considerados inválidos se adotada interpretação extremamente restritiva e minoritária do instituto** em questão." (Grifou-se)
Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>
Acesso em 01 agosto de 2020.

> **partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir**. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. **Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças**. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena.
>
> O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública.
>
> (Grifou-se)

Certo é que o apagão de canetas também causa vítimas, como alerta Daniel Goldberg[15]:

> Em uma conversa com um governador na semana passada, me dei conta de uma outra tragédia em curso — e essa não será discutida nos jornais nem mostrada nos noticiários. Quando perguntado pelo grupo acerca do nível de testagem para a covid-19 em seu estado, me disse esse governador: "**Aqui paramos de comprar testes e também máscaras. Ninguém na Secretaria de Saúde quer assinar nada. Como a procura por equipamentos médicos subiu muito e os preços perderam a referência, todo mundo está apavorado com acusações de superfaturamento**". (Grifou-se)

Sobre as decisões ou opiniões técnicas tratadas no citado artigo, vale ser colacionada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), assim condensada pelos citados autores[16]:

> Em suma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite a responsabilização do parecerista se houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante. Neste último caso, a responsabilidade haverá porque, segundo a Corte, o parecerista seria uma espécie de corresponsável (o que foi destacado pelo Min. Joaquim Barbosa). (Grifou-se)

Para ambos, o artigo 28 veio em boa hora, pois estendeu a interpretação do STF restrita aos pareceres para todas as opiniões e decisões, independentemente da natureza vinculante ou não, que só serão passíveis de punição se emitidas por erro grosseiro ou dolo.

Por dolo, eles entendem: "quando o gestor agir com intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública. [...] A demonstração da ocorrência de dolo, normalmente

[15] Disponível em: <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/exame-in/apagao-da-caneta-faz-vitimas-todos-os-dias-no-brasil/amp/>
Acesso em 21 junho 2020.
[16] BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. Ob. Cit., p. 211.

refletida em uma fraude, pressupõe exame de elemento subjetivo, o que traz dificuldade probatória e dependerá de investigação cuidadosa."[17]

Erro grosseiro, ao seu turno, será a aplicação de norma jurídica revogada ou decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência da prescrição ou a que aplique legislação municipal para fins de licenciamento federal. Por certo, não afasta o conceito de culpa, ou seja, as noções de imprudência, imperícia e negligência quando efetivamente graves ou mesmo gravíssimas.

Para Paulo Modesto[18], por sua vez, o erro grosseiro deve ser lido da seguinte forma:

> **Erro é conceito ambíguo**, pois pode referir tanto a ação ou omissão administrativa lesiva apoiada em falsa representação dos fatos ou do direito aplicável quanto referir ao incumprimento dos deveres de cuidado inerentes à avaliação contextual que antecede a atos e omissões administrativas. **Pode-se explorar o signo de erro grosseiro, portanto, a partir de dois conceitos operacionais**. (Grifou-se)

Enquanto a LInDB protege o gestor probo, para os demais existe, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas[19], todo o "sistema legal de defesa da moralidade administrativa", composto por "parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei 8.666/1993); da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); dos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a administração pública, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); e, mais recentemente, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)."

Ainda de acordo com Floriano Neto e Rafael Freitas, também é bem-vinda a previsão do artigo 28 da LInDB, como antídoto ao já referido apagão das canetas, e encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de acordo com a qual a Lei de Improbidade deve "alcançar o administrador desonesto, e não o inábil" (REsp 213.994/MG). Ademais, o dispositivo sob análise também se encontra em plena consonância com o entendimento de que a responsabilização por atos de improbidade é

---

[17] Id. Ibid.

[18] MODESTO, Paulo. *O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza*. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza> Acesso em 30 julho 2020.

[19] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto.* Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> Acesso em 16 maio 2020.

predicadora da comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) do agente público (por exemplo, REsp 1.273.583/SP).

Por fim, fazendo nova referência a Floriano Neto e Rafael Freitas[20], entende-se por dolo e erro grosseiro:

> A conduta dolosa é aquela na qual o agente tem o desiderato de violar a probidade administrativa, seja por ações (recebendo propinas, por exemplo), seja por omissões (por exemplo, prevaricando em suas funções). O "erro grosseiro", por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública. (Grifou-se)

Outra importante passagem da LInDB está registrada no artigo 22:

> Art. 22. Na interpretação de normas sobre **gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.**
>
> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
>
> § 2º Na **aplicação de sanções**, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública**, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente**.
>
> § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Grifou-se)

Como se verifica, o agente público responde pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro e, ademais, quando da avaliação de sua conduta pelos órgãos administrativos, controladores ou judiciais deverão ser levados em conta os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, bem como serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Sobre esse artigo, assim comentou Paulo Modesto[21]:

> O grau de reprovabilidade do juízo administrativo equívoco é amplamente dependente dos níveis de incerteza do contexto decisório, das possibilidades de decisão informada e dos meios à disposição do agente para o enfrentamento e controle da incerteza na tomada de decisão. Esse entender harmoniza-se com o Art. 22 da Lindb, que prescreve

[20] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Véras de. Ob. cit.
[21] MODESTO, Paulo. Ob. cit.

> atenção ao contexto real na interpretação de normas administrativas, que devem ser avaliadas "considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados", inclusive as "circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente" (§1º.) (Grifou-se)

Essa é a realidade vigente desde 25 de abril de 2018.

Há que se destacar que nesse período de mais de 2 dois anos de vigência, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) não tem refletido essa nova orientação legal.

Conforme mostram as evidências identificadas por André Braga[22], o impacto da LInDB tem sido modesto nos julgados do TCU, quando se considera a questão do erro grosseiro:

> **Números sugerem que, no quadro geral, a postura do órgão de controle não sofreu mudança relevante**. No primeiro trimestre de 2018, ainda sem a reforma da LINDB, o TCU condenou agentes públicos em 67% dos processos julgados de tomada ou prestação de contas. É um número semelhante aos encontrados no primeiro trimestre de 2019 (69%) e 2020 (67%), no cenário pós-mudança. **Se o art. 28 tivesse causado um impacto significativo, teria ocorrido uma queda percentual das condenações**. (Grifou-se)

Mais grave ainda é a interpretação segundo a qual o artigo 28 alcança apenas a imposição de sanções administrativas e que cabe ao gestor provar que agiu com diligência[23]:

> Citem-se, em primeiro lugar, as decisões que afastam a exigência de dolo ou erro grosseiro quando se discute dano ao erário. De acordo com o TCU, em interpretação polêmica, o art. 28 apenas alcança a imposição de sanções administrativas (multas, por exemplo). Para condenação de ressarcimento ao erário, basta culpa leve.
>
> Outro ponto diz respeito ao **ônus da prova. No TCU, cabe ao gestor provar que seguiu a legislação com a devida diligência**. Julgados recentes vão nessa linha (Acórdãos 7.308-1ªC, 1.746-P e 1.493-P, todos de 2020). (Grifou-se)

Talvez seja por isso que os ministros do mesmo TCU tenham recebido de forma tão negativa a edição da MP no. 966/2020[24]:

---

[22] BRAGA, André de Castro O. P. *Erro grosseiro e TCU: algo mudou?* – Jota Info, 2020. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/07/15.07_Erro-grosseiro-e-TCU_-algo-mudou_-JOTA-Info.pdf>
Acesso em 16 julho 2020.

[23] Id. Ibid.

[24] Disponível em <https://www.poder360.com.br/coronavirus/mp-de-bolsonaro-e-incentivo-a-quem-quer-errar-diz-presidente-do-tcu/>
Acesso em 16 maio 2020.

> O presidente do TCU explicou que é admissível que "erros sejam cometidos com a intenção de acertar", mas não a criação de "proteções ao erro".
>
> Bruno Dantas, também ministro do TCU, disse que a MP é "inconstitucional, imoral" e oferece risco às relações do governo federal com os órgãos fiscalizadores. Ele também afirmou:
>
> "Eu estranho porque o presidente Bolsonaro tinha revogado uma infame blindagem jurídica dada aos diretores e servidores do Banco Central num texto muito parecido com o da medida provisória 966 de hoje. Fico me perguntando se não é a CGU (Controladoria Geral da União) que está empurrando o presidente para 1 conflito". (Grifos originais)

Recorrendo mais uma vez a Paulo Modesto[25], há que se destacar que os controladores devem exercer sua atividade administrativa não como simples ato de poder, mas sim como "relação jurídica, que exige boa-fé, cooperação, segurança jurídica e motivação de ambos os polos do vínculo processual". Também não se pode perder de vista que os órgãos de controle igualmente possuem "*ônus argumentativos*, deveres de motivação, e não devem substituir prognoses e decisões públicas primárias sem critério preciso de fundamentação."

9. A Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020

Pois bem, voltando os olhos para a já citada Medida Provisória nº 966/2020, que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19, verifica-se:

> Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:
>
> I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da**covid-19**; e
>
> II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da**covid-19**. [...] (Grifou-se)

Prosseguindo na MP no. 966/2020, chega-se à definição de erro grosseiro para seus fins:

> Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. (Grifou-se)

Por derradeiro, o artigo 3º da MP estabelece:

[25] MODESTO, Paulo. Ob. cit.

> Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:
>
> I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;
>
> II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;
>
> III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;
>
> IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e
>
> V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da **covid-19** e das suas consequências, inclusive as econômicas. (Grifou-se)

É possível afirmar, sem grande dificuldade de interpretação, que as principais disposições da referida MP já estavam previstas em nosso Ordenamento Jurídico desde abril de 2018 por força da alteração da LInDB, com os complementos trazidos pelo seu Decreto regulamentador.

Havia pontos de inovação na MP no. 966/2020, reconhece-se, mas são muito poucos, como a mera promoção do conceito de erro grosseiro antes previsto ao nível de decreto para agora o legal.

Estariam presentes, assim, os requisitos de urgência e relevância para sua edição, como já destacado? Ousaria dizer que não, mas esse não é ponto mais relevante a ser enfrentado.

Nesse diapasão, deve se sublinhar que várias foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)[26][27][28] propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) desafiando a constitucionalidade da citada MP.

A reboque do questionamento à MP no. 966/2020, também se buscou com algumas das ADIs afastar a regra disposta no artigo 28 da LInDB citada acima, e de seu respectivo regulamento, pelas mesmas razões de eventual violação da Constituição. Dentre os fundamentos, vale mencionar, a título ilustrativo a previsão do artigo 37, §6º da CF:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[26] Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/05/pdt-mp-966_150520203253.pdf>
Acesso em 16 maio 2020.
[27] Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/cidadania-peticao-adi-mp-966.pdf> Acesso em 16 maio 2020.
[28] Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/peticao-solidariedade-adi-mp-966.pdf> Acesso em 16 maio 2020.

> [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**. (Grifou-se)

A principal crítica diz respeito à blindagem ao agente público feita pela LInDB e repetida na MP em tela sem respaldo constitucional, aparentemente. Sobre o tema, já se manifestou o TCU no Acórdão no. 5547/2019 de relatoria do Ministro Benjamin Zymler[29], ao julgar ressarcimento ao Erário:

> [...]
>
> 65 O argumento de que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, em linha com o que decidi ao relatar o Acórdão 2.391/2018-Plenário, as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito, tendo em vista o tratamento constitucional conferido à matéria.
>
> 66 O dever de indenizar os prejuízos ao Erário, que não pode ser considerado uma sanção, permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:
>
> "6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." (grifos acrescidos).
>
> 67 Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.
>
> **[**...] (Grifou-se)

Por outro lado, cumpre registrar que a crítica não é nova, já tendo sido afastada pelos professores Binenbojm e Cyrino[30] ainda em relação à LInDB:

> [...] com os olhos no art. 37, §6º, **verifica-se que o constituinte adotou um conceito amplo a se referir à culpa, mas não fechou questão sobre o grau ou intensidade de sua incidência** para a configuração da responsabilidade do agente público. Assim, logo à partida, **a crítica adota uma versão de *maximalismo* constitucional**

[29] Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5547%2520ANOACORDAO%253A2019/%2520> Acesso em 16 maio 2020.

[30] BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. Ob. Cit., pp. 216 e 217.

> **incompatível tanto com a letra expressa da Lei Maior**, quanto com uma **visão aberta e democrática de constitucionalismo**. Por evidente, **não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático *densifique* o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade** para que a responsabilidade reste configurada.
>
> [...]
>
> A **adoção da categoria de erro grosseiro nos parece uma legítima opção legislativa**, que respeita os limites de **livre conformação estabelecidos pelo constituinte**. Em outras palavras, o erro grosseiro é um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado. **E isso atende a objetivos concomitantes que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha**: de um lado, **repressão aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves** e, de outro lado, **a promoção da segurança jurídica de uma certa abertura experimental a soluções inovadoras pelo agente público**. O **dever de boa administração** será cumprido pelo **agente público que se mantiver no limite entre os deveres de prudência e inovação, sem desbordar para os extremos**.
>
> (Grifou-se)

Por tudo isso, percebe-se que tanto a MP em tela quanto a discussão dela advinda (inclusive judicial) trazem muito pouco de novo.

Poder-se-ia dizer, lembrando a música do saudoso músico Cazuza[31], que se trata de um verdadeiro "museu de grandes novidades". Com o agravante de poder representar retrocesso em relação aos ganhos advindos para a gestão pública com as alterações promovidas em 2018 na LInDB.

10. Supremo Tribunal Federal

Por sorte, e na contramão do arguido retrocesso, a decisão do STF acerca das mencionadas ADIs[32] jogou luz de forma positiva na discussão, referendando o teor de importantes dispositivos.

Assim considerou Daniel Goldberg em texto já mencionado[33]:

> Com ela, **o STF inaugura — espero — uma era de maior maturidade no sistema de controle de atos da administração. É um bom primeiro passo. Agora precisamos dar os próximos. Tornar a fiscalização mais ágil, flexível e seletiva**. Priorizar as situações em que a chance de fraude é alta e o dano ao erário também. Ao

[31] O Tempo Não Pára - Canção de Cazuza.

[32] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443640> Acesso em 20 maio 2020.

[33] Disponível em <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/exame-in/apagao-da-caneta-faz-vitimas-todos-os-dias-no-brasil/amp/>
Acesso em 21 junho 2020.

> mesmo tempo, endurecer as sanções para o desvio de recursos públicos. Fazer com que a máquina pública funcione não é tarefa fácil, mas é urgente. O Brasil não é um país que funciona no piloto automático. (Grifou-se)

A leitura de Paulo Modesto[34] para a citada decisão foi menos entusiasmada:

> A **decisão despertou alegria e preocupação**. Alegria pela seriedade e riqueza com que o tema foi debatido **e pela manutenção do artigo 28 da Lindb sem qualquer ressalva**. **Contentamento também pelo consenso entre os ministros sobre a importância de combater o "apagão das canetas"(**a inibição defensiva do gestor público submetido a orientações vagas e instáveis do controlador de plantão). (Grifou-se)

É fato que o gestor público deve prestar contas. Mas também é fato que a fiscalização exercida pelos órgãos de controle deve ser mais veloz e levar em conta o contexto da tomada de decisão no caso sob análise. Essa questão é também destacada por Waldir Simão e Walfrido Warde[35]:

> **Todo administrador público sabe, ao assumir um cargo de direção, que se obrigará a prestar contas de sua gestão e de seus atos**. Todo administrador público sabe o quão rigoroso é o escrutínio de suas decisões pelos órgãos de controle e da gravidade das sanções nas esferas administrativa, cível e penal. Faz parte do jogo. **O problema é que, quase sempre, o julgamento das contas dos administradores públicos, seja ordinário ou extraordinário, em decorrência de uma auditoria ou tomada de contas especial, leva anos**.
>
> A demora no julgamento pode dificultar a compreensão do contexto em que os atos administrativos foram praticados e de quais informações dispunha o administrador para decidir. Fica muito mais difícil distinguir, entre si, o dolo, a culpa ou o erro grosseiro. Os gestores públicos também sabem disso e se preocupam com isso. (Grifou-se)

Ainda mais quando o gestor se encontra no contexto da pandemia e deve tomar decisões. Esse é o alerta de Gustavo Binenbojm e Pedro de Hollanda Dionísio[36]:

> **É certo que as decisões tomadas pelos gestores para enfrentar esta pandemia serão submetidas ao escrutínio dos órgãos de controle**. No futuro, ao avaliarem a responsabilidade pessoal do administrador público em razão de eventuais equívocos

[34] MODESTO, Paulo. Ob. cit.
[35] SIMÃO, Valdir e WARDE, Walfrido. *O peso da responsabilidade*. Opinião. Poder360, 2020.
Disponível em <https://www.poder360.com.br/opiniao/coronavirus/o-peso-da-responsabilidade-por-valdir-simao-e-walfrido-warde/>
Acesso em 20 abril 2020.
[36] BINENBOJM, Gustavo e DIONISIO, Pedro de Hollanda. Direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. Consultor Jurídico, 2020.
Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>
Acesso em 10 abril 2020.

> cometidos em tempos de pandemia, **será necessária uma análise retrospectiva por parte dos controladores, que leve em conta o cenário de urgência em que as decisões foram tomadas**. O **contexto emergencial não necessariamente isentará gestores de responsabilidade, mas certamente deverá ser tomado em consideração**. (Grifou-se)

Paulo Modesto[37], de igual maneira, sublinha a questão das decisões no contexto da pandemia e seus efeitos:

> Mas a **emergência pública pode mitigar e até mesmo elidir a responsabilidade pessoal do gestor por erros**, se estes foram **escusáveis ou inevitáveis**, assumidos em **contexto de incerteza severa** e com a preservação dos *deveres fiduciários de diligência na gestão pública*.[[4]] (Grifou-se)

O Plenário do Supremo em 21/05/2020, no julgamento conjunto das ADIs apresentadas pelos partidos Rede Sustentabilidade (ADI 6421), Cidadania (ADI 6422), Socialismo e Liberdade (ADI 6424), Comunista do Brasil (ADI 6425), Democrático Trabalhista (ADI 6428), Verde (6431) e pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), proferiu, por maioria, a seguinte decisão, nos termos do voto do Relator Ministro Barroso:

> **Decisão:** O Tribunal, por maioria, analisou a medida cautelar, vencido, preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela inadequação da ação direta. **Na sequência, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020**, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; **e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo**, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. **Foram firmadas as seguintes teses**: **"1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por**

[37] MODESTO, Paulo. Ob. cit.

> **eventuais violações a direitos”**. Tudo nos termos do voto do Relator. Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia, que concediam a medida cautelar em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que a concedia para suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (Grifou-se**)**

Analisando por partes a decisão, verifica-se que o Supremo conferiu interpretação conforme à Constituição Federal de 1988 a 2 artigos da MP no. 966/2020, a saber:

> Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:
>
> [...]
>
> Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Assim, deve-se ter em conta ao ler tais dispositivos a interpretação que lhes conferiu a Suprema Corte, com o fito de compatibilizá-los à Lei Maior.

Nesse sentido, de forma livre, pode-se pensar no seguinte texto para o citado artigo 1º: Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro, desde que a autoridade à qual compete a decisão exija que a opinião técnica a embasar trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

O artigo 2º, por sua vez, seria assim escrito: Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, sendo necessária para a caracterização de erro grosseiro a observância pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Ademais, o STF aprovou as seguintes teses que são de suma importância para a legislação de responsabilização dos agentes públicos, na medida em que definem erro grosseiro e determinam a conduta que se espera dos agentes públicos:

1. **Configura erro grosseiro** o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, **sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.**

Não resta dúvida que o Supremo Tribunal, ao decidir dessa maneira, elegeu os princípios constitucionais da precaução e da prevenção, bem como o respeito ao saber científico como norteadores da ação do gestor público. Especialmente quando se deseja limitar sua responsabilização por conta da pandemia do covid-19.

Mas o fez sem deixar de reconhecer, há que se destacar, que o legislador infraconstitucional não violou a Constituição ao delimitar a responsabilidade do agente público para as hipóteses de dolo e erro grosseiro, dentro das balizas fixadas pelo próprio Tribunal.

Para conclusão deste item, cabe reproduzir o importante alerta de Paulo Modesto[38] em relação ao teor da decisão do Supremo:

> [...] **Demandou-se do gestor e do parecerista a observância de "normas, critérios científicos e técnicos", "tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas" e a obediência ao "princípio da precaução e prevenção"**. Mas quem acompanha a crise dos nossos dias sabe que, passados cinco meses, **ainda é algo inseguro constatar harmonia entre as instituições internacionais e nacionais "reconhecidas" ou clareza quanto as formas de atender ao "princípio da precaução e prevenção" na matéria**. **São limitados os consensos e eles demoram a surgir** (salvo o consenso sobre a imprescindibilidade do distanciamento social). **Fora isso, trata-se de *remissão em branco* para normas e orientações de *soft law***, ditadas por organismos privados, convertidas em parâmetro direto de controle e responsabilização em *matéria sancionatória*. [[7]] (Grifou-se)

Como dito acima, o professor baiano não ficou tão otimista com o julgamento do STF, na medida em que viu nele risco para aos gestores, uma vez que suas decisões serão avaliados

[38] MODESTO, Paulo. Ob. cit.

à luz de normas e orientações de *soft law* editadas por organismos privados, nos quais nem sempre imperam os desejados consensos, na velocidade demandada.

11. Análise comparada

Antes de ser encerrado o presente texto, cumpre trazer à baila exemplos internacionais e nacionais, em temas diversos, que refletem como a temática da responsabilização do agente público (e também dos privados) é controvertida.

Quando se olha para o exemplo brasileiro, verifica-se que outras normas nacionais também preveem ao agente público e ao privado responsabilização apenas em casos de culpa grave e dolo. Refiro-me, no primeiro caso, à Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)[39][40]e, no segundo, à Lei que instituiu o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro (Profut)[41].

Assim prevê a LOMAN:

> Da Responsabilidade Civil do Magistrado
>
> Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:
>
> I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
>
> Il - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.
>
> Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias. (Grifou-se)

O magistrado só responde civilmente por perdas e danos quando no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude.

A LOMAN teve seu artigo 65, §3º declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal[42], mas não se tem notícia de pedido semelhante apresentado contra o mencionado artigo 49, inciso I, que permanece hígido e válido.

A Lei do Profut, a seu turno, estabeleceu:

---

[39] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm

[40] Para outros exemplos, ver MODESTO, Paulo. Ob. cit.: "[...] à semelhança do previsto hoje para diversos agentes públicos: **magistrados (art. 143, I, do CPC/2015 e art. 49 da LC 35/1979), membros do Ministério Público (art. 181 do CPC/2015), advogados públicos (art. 184 do CPC/2015) e defensores públicos (art. 187 do CPC/2015)**.[[5]]" (Grifou-se)

[41] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13155.htm

[42] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Resolu%C3%A7%C3%A3o/ResSF/ResSF31-93.htm

> Art. 24. Os dirigentes das entidades desportivas profissionais de futebol, independentemente da forma jurídica adotada, têm seus bens particulares sujeitos ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil .
>
> [...]
>
> Art. 25. Consideram-se atos de gestão irregular ou temerária praticados pelo dirigente aqueles que revelem desvio de finalidade na direção da entidade ou que gerem risco excessivo e irresponsável para seu patrimônio, tais como:
>
> [...]
>
> § 1º Em qualquer hipótese, o dirigente não será responsabilizado caso:
>
> I - não tenha agido com culpa grave ou dolo; ou
>
> II - comprove que agiu de boa-fé e que as medidas realizadas visavam a evitar prejuízo maior à entidade. [...] (Grifou-se)

Fica claro que os dirigentes das entidades esportivas respondem com seus bens particulares pelos seus atos na gestão do clube. Seja por práticas que configurem gestão temerária ou irregular, mas única e exclusivamente quando agir com culpa grave ou dolo. O fato de os clubes receberam benefícios fiscais do Poder Público, podendo repactuar suas dívidas com parcelamentos especiais (uma das razões de ser do Profut), não faz com que os dirigentes respondam por mera culpa *lato sensu*.

Sabe-se que a Lei do Profut foi objeto de questionamento de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal[43], mas não em relação a esse ponto destacado, o que corrobora a plena validade do dispositivo.

Ou seja, as formas de responsabilização previstas na LInDB e na MP no. 966/2020 não são exemplos isolados no Direito Brasileiro.

Igualmente no estrangeiro, essa questão é controvertida e objeto de debates.

O primeiro exemplo é a Constituição Alemã[44]. Ao tratar dos casos de Responsabilidade por infrações no exercício de função pública, em seu artigo 34, restou registrado que existe possibilidade de regresso contra o agente público, mas só nos casos em que ele agir de forma intencional ou com negligência grave:

> Artigo 34 [**Responsabilidade por infrações no exercício de função pública**] Se uma pessoa, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, infringir em relação a terceiros os deveres que o cargo lhe impõe, **a responsabilidade recai, em princípio,**

[43] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4913225>
Acesso em 20 junho 2020.
[44] Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>
Acesso em 25 junho 2020.

> **sobre o Estado ou órgão público** ao qual esta pessoa esteja servindo. **No caso de falta intencional ou negligência grave, preserva-se o direito de regresso**. Para reivindicações de indenização e para o exercício do direito de regresso não poderá ser excluída a via judicial ordinária. (Grifou-se)

Não basta, portanto, a mera culpa para responsabilização do agente. Essa regra se aproxima das referências feitas tanto à LInDB quanto à MP no. 966/2020.

Nos Estados Unidos da América (EUA), quando se trata de responsabilização de policiais, agentes de saúde e mesmo de educação, os tribunais costumam praticar a chamada "imunidade qualificada", de forma a afastar o dever de responder, quando não há uma lei claramente exigindo certa conduta desses agentes públicos[4546].

Ainda nos EUA, também as empresas privadas[47] buscam proteção contra responsabilização civil ou administrativa por conta da pandemia do covid 19. No contexto da reabertura da economia, as organizações buscam se blindar contra futuras ações judiciais, em temas como privacidade dos trabalhadores, discriminação no emprego e fabricação de produtos, e eventual contaminação dos clientes.

Percebe-se, com tais exemplos, que não é exclusividade brasileira o padrão de responsabilidade do agente público por erro grosseiro e dolo. Ademais, os países impactados pela pandemia estão adotando, de acordo com seus Ordenamentos Jurídicos, regras específicas para enfrentamento da pandemia e também da responsabilização dela advinda.

12. Conclusão

Tive por objetivo no presente trabalho apresentar a responsabilização dos agentes públicos na Pandemia, com base na discussão advinda da publicação da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19.

---

[45] Disponível em <https://www.cato.org/blog/may-15th-supreme-court-will-finally-decide-whether-hear-cases-calling-abolition-qualified>
Acesso em 23 maio 2020.

[46] Para maiores informações e análise crítica sobre a imunidade qualificada, ver <https://www.unlawfulshield.com/frequently-asked-questions-about-qualified-immunity/>
Acesso em 23 maio 2020.

[47] Disponível em <https://www.nytimes.com/2020/04/28/business/businesses-coronavirus-liability.html>
Acesso em 12 junho 2020.

Para além de tratar da Medida Provisória apenas, buscou-se correlacioná-la com a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LInDB), após as alterações nela promovidas pela Lei nº 13.655/2018, e a interpretação doutrinária e jurisprudencial que a ela vem sendo aplicada. Tudo isso para concluir que poucas mudanças foram introduzidas no Ordenamento Jurídico pela MP.

Tratou-se ainda da decisão do Supremo Tribunal Federal relativa às Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra a MP. O Tribunal, ao conferir interpretação conforme a 2 artigos da norma, acabou por validar importantes conceitos repetidos pela Medida, posto que vigentes em nosso Ordenamento Jurídico desde 2018, que poderiam ser severamente atingidos se a MP fosse declarada totalmente inconstitucional. Evitou-se assim um retrocesso na responsabilização dos agentes públicos.

Por fim, buscou-se exemplificar como outras normas brasileiras e também legislações estrangeiras enfrentam a questão da responsabilização dos agentes públicos. A questão não é polêmica só no Brasil.

13. Referências

BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. *O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. Rev. Direito Adm.* Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224: FGV: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318> Acesso em 16 maio 2020.

BINENBOJM, Gustavo e DIONISIO, Pedro de Hollanda. Direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19> Acesso em 10 abril 2020.

BRAGA, André de Castro O. P. *Erro grosseiro e TCU: algo mudou?* – Jota Info, 2020. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/07/15.07_Erro-grosseiro-e-TCU_-algo-mudou_-JOTA-Info.pdf> Acesso em 16 julho 2020.

BRASIL. *MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966, PUBLICADA NO DOU DE 14/05/2020***,** Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19**.**

_____. *LEI Nº 13.655, PUBLICADA no DOU de 25/04/2018***,** Inclui no decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (lei de introdução às normas do direito brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto.* Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> Acesso em 16 maio 2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O Medo e o Ato Administrativo*. Direito do Estado, número 289, 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo> Acesso em 01 agosto 2020.

MODESTO, Paulo. *O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza*. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza> Acesso em 30 julho 2020.

SIMÃO, Valdir e WARDE, Walfrido. *O peso da responsabilidade*. Opinião. Poder360, 2020. Disponível em <https://www.poder360.com.br/opiniao/coronavirus/o-peso-da-responsabilidade-por-valdir-simao-e-walfrido-warde/> Acesso em 20 abril 2020.

13.1 Portais de internet:

http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv952.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv958.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm

http://www.in.gov.br/web/dou/-/emenda-constitucional-n-106-255941715

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm
https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/exame-in/apagao-da-caneta-faz-vitimas-todos-os-dias-no-brasil/amp/>
https://www.poder360.com.br/coronavirus/mp-de-bolsonaro-e-incentivo-a-quem-quer-errar-diz-presidente-do-tcu/>
https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/05/pdt-mp-966_150520203253.pdf>
https://www.conjur.com.br/dl/cidadania-peticao-adi-mp-966.pdf
https://www.conjur.com.br/dl/peticao-solidariedade-adi-mp-966.pdf
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5547%2520ANOACORDAO%253A2019/%2520http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443640
https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/exame-in/apagao-da-caneta-faz-vitimas-todos-os-dias-no-brasil/amp/
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13155.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Resolu%C3%A7%C3%A3o/ResSF/ResSF31-93.htm
http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4913225
https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf
https://www.cato.org/blog/may-15th-supreme-court-will-finally-decide-whether-hear-cases-calling-abolition-qualified
https://www.unlawfulshield.com/frequently-asked-questions-about-qualified-immunity/
https://www.nytimes.com/2020/04/28/business/businesses-coronavirus-liability.html

A *ratio essendi* dos programas de *compliance* não é evitar crimes: um esclarecimento necessário

Lucas Rosa Zyngier[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo apresenta a origem do conceito de boa governança corporativa e, a partir disso, demonstra sua íntima relação com a ciência do *compliance*, visto que ambos têm como objetivo máximo a promoção do desenvolvimento empresarial sustentável. Destaca-se a existência de funções *standard* dos sistemas de *compliance*, as quais não foram desenvolvidas para satisfazer fins jurídico-penais. Por fim, sustenta-se que é um equívoco entender que a *ratio essendi* dos sistemas de *compliance* é a evitação de crimes, especialmente pelo fato de que o fenômeno do *compliance* tem sua origem vinculada à melhoria da governança corporativa e, não, ao Direito Penal.

Palavras-chave: Governança Corporativa. *Compliance*. *Ratio essendi*. Desenvolvimento empresarial sustentável.

Abstract: This article presents the origin of the concept of good corporate governance and based on that, demonstrates its intimate relationship with the science of compliance, since both have as their ultimate objective the promotion of sustainable business development. The existence of standard functions of the compliance systems is highlighted, which were not developed to satisfy legal-criminal purposes. Finally, it is argued that it is a mistake to understand that the *ratio essendi* of compliance systems is the avoidance of crimes, especially given the fact that the phenomenon of compliance has its origin linked to the improvement of corporate governance and not to Criminal Law.

Keywords: Corporate Governance. Compliance. *Ratio essendi*. Sustainable business development.

[1] Advogado. Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Graduado em Direito pela PUC/RS. E-mail: lucasrosazyngier@gmail.com.

14. Introdução

O presente artigo estrutura-se em três pontos principais. Primeiro, apresenta-se a origem do conceito de boa governança corporativa e, a partir disso, demonstra-se sua íntima relação com a ciência do *compliance*, visto que ambos têm como objetivo máximo a promoção do desenvolvimento empresarial sustentável.

Segundo, descreve-se as funções *standard* dos sistemas de *compliance*, dentre as quais se encontram, por exemplo, a confecção de códigos de ética e de conduta, o treinamento dos colaboradores e o fornecimento de informação aos gestores empresariais.

Terceiro, sustenta-se que é um equívoco entender que a *ratio essendi* dos sistemas de *compliance* é a evitação de crimes, especialmente pelo fato de que o fenômeno do *compliance* tem sua origem vinculada à melhoria da governança corporativa e, não, ao Direito Penal.

15. Desenvolvimento empresarial sustentável como núcleo da boa governança corporativa

Desde a década de 1980, as empresas passaram a investir, progressiva e mundialmente, no desenvolvimento dos melhores padrões de governança corporativa em prol da maximização da sustentabilidade e da competitividade do negócio. Este movimento de aperfeiçoamento da gestão empresarial ganhou notoriedade partir de três grandes documentos: a) *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, trabalho realizado pelo *American Law Institute* e publicado em 1994; b) Relatório *Cadbury*, documento confeccionado pelo inglês Adrian Cadbury e publicado em 1992; c) *Principles of Corporate Governance*, obra produzida pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e publicada em 1999[1].

Em termos mundiais, pode-se dizer que esta última referência foi a de maior importância dentre as três supracitadas, uma vez que, a partir dela, ocorreu forte difusão internacional da noção de boa governança corporativa e dos códigos de melhores práticas[2]. No contexto

[1] LUCAS, Laís Machado. **Programas de integridade nas sociedades anônimas: implementação como conteúdo do dever de diligência dos administradores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 70 e seguintes.

[2] LUCAS, Laís Machado. **Programas de integridade nas sociedades anônimas: implementação como conteúdo do dever de diligência dos administradores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 72. Para

brasileiro, destaca-se, como marcos deste novo período econômico[3], a criação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), em 1995, e dos "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa" pela Bovespa[4] (atual B3), em 2001.

Feita esta breve contextualização, passa-se a elucidar o conteúdo do conceito de boa governança empresarial. Seria quando uma empresa adota, em seu funcionamento, um conjunto de procedimentos direcionados a proporcionar maior geração de valor de longo prazo para o empreendimento[5]. Em síntese: a adequada administração societária é aquela que prioriza a sustentabilidade do negócio no momento da tomada de decisões operacionais.

Conforme o IBGC, os princípios básicos da boa governança corporativa seriam quatro: a) transparência; b) equidade; c) prestação de contas; d) responsabilidade corporativa[6]. Estes ideais seriam aplicáveis às mais diversas estruturas organizacionais, abrangendo desde microempresas até companhias de capital aberto[7]. De outra banda, de acordo com o modelo estadunidense, a gestão empresarial eficaz é aquela baseada na concepção de *Governance, Risk Management and Compliance* (GRC)[8]. As práticas abrangidas por este conceito também seriam importantes para qualquer empreendimento, já que influenciariam desde a formulação e implementação de procedimentos estratégicos até a tomada de decisão operacional[9].

Apesar das mudanças de nomenclaturas entre os paradigmas do IBGC e dos Estados Unidos[10], nota-se que ambos estão direcionados a enfatizar que, para um bom governo

---

verificar importantes detalhes sobre o *Principles of Corporate Governance* da OCDE, recomenda-se a leitura de: ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 173 e seguintes.

[3] Para maior aprofundamento sobre o cenário da Governança Corporativa no Brasil, destaca-se: BLOK, Marcella. ***Compliance* e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019. p. 271 e seguintes; ÁLVARES, Elismar; GIACOMETTI, Celso; GUSSO, Eduardo. **Governança corporativa: um modelo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 23 e seguintes.

[4] GIACOMELLI, Giancarlo. **Bovespa e os níveis de governança**. *In*: GIACOMELLI, Giancarlo *et al*. Governança Corporativa. Porto Alegre: SAGAH, 2017. p. 367-381.

[5] SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 2.

[6] Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 20-21.

[7] COLOMBO, Jefferson. **Os pilares de sustentação da governança corporativa**. *In*: GIACOMELLI, Giancarlo *et al*. Governança Corporativa. Porto Alegre: SAGAH, 2017. p. 226-227.

[8] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico: uma política criminal na era *compliance***. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 94.

[9] STEINBERG, Richard M. ***Governance, risk management and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success***. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2011. p, 1-2.

[10] Para um maior aprofundamento do estudo acerca dos diferentes modelos de Governança Corporativa adotados ao redor do mundo (modelo anglo-saxão, latino-americano, alemão, japonês etc.), indica-se a seguinte obra:

societário, os processos decisórios devem ser orientados em prol da perenidade da organização[11]. Diante disso, o *compliance* passa a ser entendido como algo de suma importância – especialmente para empresas de grande porte –, mormente em razão dos seus objetivos de proteger a reputação das empresas, garantir o valor e a confiança do investidor e prevenir condutas não conformes[12].

16. *Compliance* como expressão da boa governança corporativa

O *compliance* convive em relação de simbiose com a boa governança corporativa[13], constituindo-se como expressão de uma adequada administração empresarial. Inclusive, ambos os conceitos possuem objetivos comuns, visto que buscam, em última análise, a defesa e a sustentabilidade do negócio, conforme se verifica a partir dos seguintes pontos.

Primeiro, um dos princípios globais da adequada governança corporativa, aplicáveis a qualquer espécie de sociedade, seria o de sustentabilidade e visão de longo prazo na condução do negócio[14]. Como parte da essência deste ideal, pode-se citar a preocupação com a mitigação de riscos de passivos futuros (fiscais, trabalhistas, reputacionais, penais, ambientais etc.), o que vai de encontro com, possivelmente, o grande foco dos sistemas de *compliance*.

Segundo, outro princípio mundialmente difundido na matéria de boa governança prevê que o respeito às formalidades, controles e supervisão independentes seria essencial para a perenidade de um empreendimento[15]. Como conteúdo desta concepção, pode-se referir a implantação, no organograma institucional, de órgãos de *compliance* com função de, por exemplo, criar mecanismos de controles internos, manejar investigações internas e estabelecer regras a serem cumpridas no ambiente corporativo.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 342-394.

[11] COLOMBO, Jefferson. **Os pilares de sustentação da governança corporativa**. *In*: GIACOMELLI, Giancarlo *et al*. Governança Corporativa. Porto Alegre: SAGAH, 2017. p. 226.

[12] LUCAS, Laís Machado. **Programas de integridade nas sociedades anônimas: implementação como conteúdo do dever de diligência dos administradores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 81.

[13] MARTÍN, Adán Nieto. **O cumprimento normativo**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (coord.), SAAD-DINIZ, Eduardo (coord.), GOMES, Rafael Mendes (coord.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40.

[14] SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. **Governança corporativa: o essencial para líderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 2.

[15] SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. **Governança corporativa: o essencial para líderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 3.

Terceiro, um dos elementos estruturais de uma adequada administração societária é a avaliação de riscos (*risk assessment*), a qual deve ser entendida como a base de um sistema eficaz de controles internos[16]. Tal sistema objetiva prevenir e detectar a ocorrência de comportamentos ilícitos (cíveis, administrativos, penais etc.) dentro da organização, sendo parte fundamental de um mecanismo de *compliance* empresarial.

Quarto, o bom governo societário depende, também, de um sistema de equilíbrio (*checks and balances*) destinado a proteger os sócios (*shareholders*), mas também as demais pessoas afetadas pelo funcionamento da sociedade (*stakehholders*)[17]. Neste ponto, revela-se essencial a existência de um órgão de *compliance*, independente da cúpula de gestão, para confeccionar mecanismos de controle dos *stakeholders* sobre os administradores do negócio[18].

17. Funções *standard* dos sistemas de *compliance*

Diante da crescente importância dada aos sistemas de *compliance*[19], a atenção dos dirigentes das grandes companhias foram recaindo, consequentemente, sobre os *compliance officers*, os quais passam a desempenhar valioso papel no âmbito corporativo. Neste ponto, importante advertir que as funções destes profissionais não possuem contornos homogêneos, especialmente pela ausência de regulamentação geral sobre esta temática[20]. Assim, os deveres assumidos pelo *compliance officer* serão distintos conforme as peculiaridades de cada instituição, o concreto contrato laboral assinado e a descrição do seu posto de trabalho contido no referido instrumento contratual[21].

---

[16] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico: uma política criminal na era *compliance***. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 95.

[17] MARTÍN, Adán Nieto. **O cumprimento normativo**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (coord.), SAAD-DINIZ, Eduardo (coord.), GOMES, Rafael Mendes (coord.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 42.

[18] MARTÍN, Adán Nieto. ***Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal***. *In*: KUHLEN, Lothar (org.); MONTIEL, Juan Pablo (org.); GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 24.

[19] Contextualizando a crescente utilização do *criminal compliance* no âmbito empresarial, destaca-se: BUONICORE, Bruno Tadeu; LEONHARDT, Daniel. Breves linhas de reflexão sobre *criminal compliance*. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 81, ago./set.. 2013. p. 109-113.

[20] ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 212.

[21] PRITTWITZ, Cornelius. ***La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers***. *In*: KUHLEN, Lothar (org.); MONTIEL, Juan Pablo (org.); GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 215.

Apesar desta heterogeneidade, mostra-se possível citar tarefas que costumam ficar ao encargo dos sujeitos em questão (*funciones estândar*[22]), como: promoção de normas de conduta e códigos de ética; treinamento dos colaboradores; análise prévia dos riscos envolvidos nos procedimentos operacionais; confecção de canais internos de denúncia, entre outras[23]. Geralmente, as incumbências destes indivíduos se referem ao desenvolvimento e à manutenção da vigência de políticas e procedimentos internos ordenados com o fim de minorar os riscos de a pessoa jurídica e seus funcionários praticarem ilícitos[24] na persecução dos objetivos sociais do empreendimento[25]. Desta forma, contribui-se para o objetivo máximo do *compliance*: o desenvolvimento empresarial sustentável.

Apresentado o panorama geral acerca das incumbências do *compliance officer*, importante dar ênfase aos deveres específicos que costumam ficar sob sua tutela, podendo-se destacar os seguintes: a) confecção de códigos de ética e de conduta; b) treinamento dos colaboradores; c) criação e gestão de canais de denúncia internos; d) manejo de investigações corporativas; e) gerenciamento de riscos e crises; f) fornecimento de informação aos gestores empresariais.

A elaboração de códigos internos de ética e de conduta é crucial para moldar a dita "cultura corporativa[26]", uma vez que eles estabelecerão os valores da organização, os comportamentos esperados dos seus colaboradores e promoverão uma melhora da reputação da entidade[27]. Além disso, pode-se dizer que a efetividade de um sistema de *compliance* está estritamente vinculada com este fator, especialmente quando se consegue pôr em prática os

---

[22] FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones*. ***Estudios penales y criminológicos***, Santiago de Compostela, n. 35, anual. 2015. p. 750.

[23] Sobre os elementos comuns nos programas de *compliance*, destaca-se: MARTÍN, Adán Nieto. **Fundamento e estrutura dos programas de *compliance***. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 149 e seguintes; FERNÁNDEZ, Alejandro Turienzo. ***La responsabilidad del compliance officer***. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 43-44.

[24] A prevenção de ilícitos, incluindo os penais, configura-se como um dos princípios orientadores de um *compliance program*, segundo SOUSA, Susana Maria Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 124.

[25] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. ***Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica***. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo (org.); MARTÍN, Adán Nieto (org.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 168.

[26] SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. ***Criminal Compliance***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 102.

[27] MARTÍN, Adán Nieto. **Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 165.

ideais de práticas e de valores éticos desde a mais alta diretoria até o corpo de estagiários (*tone at the top*)[28]. Por fim, de modo a assegurar o cumprimento dos regramentos previstos nos regulamentos em questão, mostra-se interessante a cominação de sanções disciplinares de diversas intensidades para punir eventuais transgressões[29].

Diretamente associado com o primeiro ponto, os treinamentos periódicos dos membros da corporação são imprescindíveis para que estes consigam entender os limites das posturas desejadas e indesejadas pela instituição. A compreensão do conteúdo dos códigos de ética e de conduta seria um pressuposto lógico para uma concreta realização do modelo esperado de cultura organizacional. Ademais, pertinente enfatizar que, para evitar o uso meramente formal de um sistema de *compliance*, estes procedimentos de conscientização e capacitação dos funcionários não podem ser padronizados para toda empresa, bem como necessitam ser atualizados constantemente[30].

A respeito dos referidos canais de denúncia internos, realça-se que é elemento básico em qualquer sistema de *compliance*[31], constituindo-se na tarefa que implica maior risco legal para o *compliance officer*[32]. Neste âmbito, haverá a gestão de canais de informação para reporte de condutas não conformes, bem como o estabelecimento de instrumentos de proteção aos denunciantes (*whistleblower*[33]), evitando-se perseguições, assédios ou até mesmo demissões dentro do ambiente corporativo.

Relativamente às investigações internas, que não se confundem com auditorias internas, existem duas grandes espécies: a) pré-judiciais, as quais se iniciam em face de indícios de

---

[28] STEINBERG, Richard M. *The game changes: 10 essential elements for truly effective compliance programs*. ***The EDP Audit, Control and Security Newsletter***, Filadélfia, v. 46, n. 5, nov., 2012, p. 4.

[29] RODRIGUES, Anabela Miranda. *Compliance programs and corporate criminal compliance*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 149, p. 17-28, nov.. 2018. p. 21.

[30] SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. ***Criminal Compliance***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 109.

[31] WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions.* ***Cardozo Law Review***. Nova York, v. 27-1, out. 2005. p. 497.

[32] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. ***Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica***. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo (org.); MARTÍN, Adán Nieto (org.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 180.

[33] Sobre *whistleblowing*: LOBATO, José Danilo Tavares. Breves reflexões sobre o *criminal compliance*. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 73, abr./jun.. 2019. p. 67 e seguintes; RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 174, ano 28, p. 41-69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; MORENO, Beatriz García. ***Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 257 e seguintes.

práticas delitivas; b) para-judiciais, aquelas que são manejadas a partir da exigência de autoridades para apuração de um fato concreto[34]. Aliás, pode-se afirmar que a necessidade de um sistema de *compliance* modelar o procedimento de tais mecanismos investigatórios configura-se como consequência lógica da existência das *hotlines* referidas no parágrafo anterior, visto que não faz sentido haver um canal de denúncias sem que haja averiguação dos fatos relatados[35].

Partindo da premissa de que a produção de riqueza é acompanhada pela produção de riscos[36], uma empresa seria uma infindável fonte de perigos, os quais devem ser ponderados pelos controles internos da organização. Aliado a isto, o sistema de *compliance* deverá organizar os procedimentos e princípios que devem ser observados quando forem verificadas ocorrências de danos internos ou externos ao ambiente empresarial[37]. Em suma, um efetivo sistema de *compliance* deve modelar as diretrizes para gerenciar riscos (viés preventivo) e crises (viés reativo).

Por derradeiro, assevera-se que o *compliance officer* deve buscar o conhecimento acerca do cumprimento das normativas legais, éticas e regulatórias dentro da sociedade. Caso constate que algo não está de acordo com o planejado, deverá transmitir as informações necessárias aos órgãos competentes para reparação das irregularidades[38], visto que o sujeito em questão não possui poderes executivos.

18. A *ratio essendi* dos sistemas de *compliance* não é evitar crimes

Em termos globais, o *compliance* passou a ser difundido com maior intensidade a partir de uma noção de "privatização da luta contra a criminalidade"[39]. Mais especificamente, no

[34] MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa*. ***Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso***, Valparaíso: Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso, 2013. p. 260-261.

[35] MARTÍN, Adán Nieto. **Investigações internas**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 294.

[36] BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23.

[37] SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. ***Criminal Compliance***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 152.

[38] PLANAS. Ricardo Robles. ***El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal***. *In*: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (org.). *Criminalidad de Empresa y Compliance – Prevención y Reacciones Corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 324.

[39] MONTIEL, Juan Pablo. *Breve introducción al criminal compliance*. ***Revista Actualidad Penal***, v. 24, jun. 2016, p. 142. Deve-se complementar, neste ponto, que uma das principais razões para os programas de cumprimento adquirirem enorme importância nos últimos anos foi a ocorrência de alguns escândalos

cenário brasileiro, a propagação dos sistemas de *compliance* se acentuou, significativamente, a partir dos desdobramentos da Operação Lava-Jato e da edição da Lei nº 12.846/2013 (coloquialmente chamada de "Lei Anticorrupção")[40].

Possivelmente por conta deste contexto, mostra-se comum, na prática jurídica, a errônea compreensão de que a *ratio essendi* dos sistemas de *compliance* seria a evitação de crimes. Além disso, partindo-se desta equivocada premissa, costuma-se verificar entendimentos de que o *compliance officer*, por ser o profissional responsável pela gestão dos referidos sistemas, teria como principal tarefa impedir resultados delitivos no âmbito empresarial, tal qual um profissional da polícia judiciária[41].

Diante destas incorretas concepções, clarifica-se que os sistemas de *compliance* não devem ser compreendidos de forma restrita aos problemas penais-empresariais por uma simples razão: o fenômeno do *compliance* sequer é originário do Direito Penal. Na realidade, sua origem está vinculada à área da Administração de Empresas[42], funcionando como um mecanismo que visa à melhoria da governança corporativa. O *criminal compliance* é apenas uma das facetas da ciência analisada, a qual possui aplicação para as searas bancária, ambiental, trabalhista, concorrencial, tributária, digital, entre outras[43].

Assim, o *compliance* não pode ser reduzido a uma ferramenta destinada a evitar a ocorrência de delitos econômico-financeiros ou, até mesmo, a impedir a responsabilização dos dirigentes de companhias[44]. Enquanto expressão da boa governança corporativa, ele busca

---

empresariais de grande magnitude, tais como os casos Siemens, Parmalat, Enron e WorldCom, segundo SOUSA, Susana Maria Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 125.

[40] Lava-Jato e Lei Anticorrupção impulsionaram *compliance* em 60% das empresas, aponta pesquisa AMCHAM. **AMCHAM Brasil**. 2016. Disponível em: < https://www.amcham.com.br/noticias/competitividade/lava-jato-e-lei-anticorrupcao-acelerou-compliance-em-60-das-empresas-aponta-pesquisa-amcham-3525.html>. Acesso em: 30 de junho de 2021.

[41] Neste ponto, deve ficar claro que os sistemas de *compliance* têm como uma de suas principais funções promover a autorregulação e a autofiscalização do ente empresarial, o que não se confunde com o errôneo entendimento de que o órgão de conformidade teria natureza policial, tal qual uma extensão do Estado repressor.

[42] MARTÍN, Adán Nieto. *Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: any solution?* **EUCRIM**, n. 3, 2012. p. 124.

[43] Para uma contextualização dos diversos vieses do *compliance*, destaca-se: BLOK, Marcella. ***Compliance* e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019. p. 191-225.

[44] O sistema de *compliance* não pode funcionar como mecanismo de fuga da responsabilidade da alta cúpula diretiva, tornando o *compliance officer* um verdadeiro "bode expiatório", segundo SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. ***Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145.

promover medidas que promovam a maior sustentabilidade[45] do negócio, tais como: estabelecimento de conformidade normativa dos processos empresariais, estruturação de resultados viáveis, modular estratégias condizentes com o risco do empreendimento, entre outras. Brevemente: o objetivo do setor de *compliance* é prestar consultoria estratégica à cúpula gestora da sociedade, constituindo-se como mais um órgão auxiliar[46].

Diante disso, não se deve delegar ao *compliance officer* encargos vinculados ao errôneo ideal de que ele seria um instrumento de combate à criminalidade empresarial, sob pena de desvirtuar a essência do seu cargo. Como exemplo destas obrigações, pode-se citar: a) vigiar, tal qual um panóptico, todos os contratos assinados em todos os departamentos da empresa; b) impor sanções disciplinares a colaboradores que cometerem ilícitos penais; c) denunciar o cometimento de crimes dentro do ambiente corporativo para as agências estatais; d) verificar, com técnica de *fishing*, o correio eletrônico de funcionários com o fim de apanhar, indiscriminadamente, comportamentos violadores de normas penais.

Ante o exposto, conclui-se que se deve reprovar a implementação de um sistema de *compliance* baseado na vigilância e no controle, sob pena de se vislumbrar três problemas principais: a) a empresa poderia se transformar numa espécie de panóptico e o empresário em um gestor do *big brother*[47]; b) haveria a possibilidade de violação de direitos fundamentais dos colaboradores da empresa, tais como a privacidade e a intimidade[48]; c) o sistema de *compliance* passaria a ser entendido mais como uma extensão do poder policial estatal do que propriamente um mecanismo de melhoria da governança corporativa.

19. Considerações finais

A título de considerações finais, elencam-se três pontos.

[45] Neste ponto, deve ficar claro que os sistemas de *compliance* mais sólidos enfatizam o sucesso de longo prazo, ainda que sejam avistadas possíveis perdas no curto prazo, conforme COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, 2014. p. 223.

[46] PLANAS. Ricardo Robles. ***El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal***. *In*: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (org.). *Criminalidad de Empresa y Compliance – Prevención y Reacciones Corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 321.

[47] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico: uma política criminal na era *compliance***. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 106-107.

[48] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico: uma política criminal na era *compliance***. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 106-107.

Primeiro, o *compliance* e a boa governança corporativa convivem em relação de simbiose, uma vez que ambos têm o mesmo objetivo principal: promover o desenvolvimento empresarial sustentável. Sinteticamente, a implementação de um sistema de *compliance* é uma forma de expressão da boa administração societária.

Segundo, as funções dos sistemas de *compliance* variam conforme as peculiaridades de cada empresa, entretanto, pode-se citar algumas funções *standard*, como, por exemplo, promoção de normas de conduta e códigos de ética, treinamento dos colaboradores e fornecimento de informação aos gestores empresariais.

Terceiro, é equivocado compreender que a *ratio essendi* dos programas de *compliance* é evitar crimes, por três principais razões: a) o fenômeno do *compliance* originou-se da área da Administração de Empresas para fins de melhoria da governança corporativa; b) as funções *standard* dos sistemas de *compliance* não foram desenvolvidas para satisfazer fins jurídico-penais; c) o objetivo principal dos programas de *compliance* é a promoção do desenvolvimento empresarial sustentável.

20. Referências

ÁLVARES, Elismar; GIACOMETTI, Celso; GUSSO, Eduardo. **Governança corporativa: um modelo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BLOK, Marcella. ***Compliance* e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019.

BUONICORE, Bruno Tadeu; LEONHARDT, Daniel. Breves linhas de reflexão sobre *criminal compliance*. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 81, ago./set.. 2013.

COLOMBO, Jefferson. **Os pilares de sustentação da governança corporativa**. *In*: GIACOMELLI, Giancarlo *et al*. Governança Corporativa. Porto Alegre: SAGAH, 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERNÁNDEZ, Alejandro Turienzo. ***La responsabilidad del compliance officer***. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones*. ***Estudios penales y criminológicos***, Santiago de Compostela, n. 35, anual. 2015.

GIACOMELLI, Giancarlo. **Bovespa e os níveis de governança**. *In*: GIACOMELLI, Giancarlo *et al*. Governança Corporativa. Porto Alegre: SAGAH, 2017.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. ***Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica***. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo (org.); MARTÍN, Adán Nieto (org.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

Lava-Jato e Lei Anticorrupção impulsionaram compliance em 60% das empresas, aponta pesquisa AMCHAM. **AMCHAM Brasil**. 2016. Disponível em: < https://www.amcham.com.br/noticias/competitividade/lava-jato-e-lei-anticorrupcao-acelerou-compliance-em-60-das-empresas-aponta-pesquisa-amcham-3525.html>. Acesso em: 30 de junho de 2021.

LOBATO, José Danilo Tavares. Breves reflexões sobre o *criminal compliance*. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 73, abr./jun.. 2019.

LUCAS, Laís Machado. **Programas de integridade nas sociedades anônimas: implementação como conteúdo do dever de diligência dos administradores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MARTÍN, Adán Nieto. **Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.).

Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. *Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: any solution?* **EUCRIM**, n. 3, 2012.

MARTÍN, Adán Nieto. **Fundamento e estrutura dos programas de *compliance***. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.).

Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. **Investigações internas**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. **O cumprimento normativo**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (coord.), SAAD-DINIZ, Eduardo (coord.), GOMES, Rafael Mendes (coord.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. ***Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal***. *In*: KUHLEN, Lothar (org.); MONTIEL, Juan Pablo (org.); GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MONTIEL, Juan Pablo. *Breve introducción al criminal compliance*. ***Revista Actualidad Penal***, v. 24, jun. 2016.

MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa*. ***Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso***, Valparaíso: Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso, 2013.

MORENO, Beatriz García. ***Whistleblowing*** **e canais institucionais de denúncia**. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); GOMES, Rafael Mendes (org.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PLANAS. Ricardo Robles. ***El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal***. *In*: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (org.). *Criminalidad de Empresa y Compliance – Prevención y Reacciones Corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. ***La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers***. *In*: KUHLEN, Lothar (org.); MONTIEL, Juan Pablo (org.); GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Compliance programs and corporate criminal compliance*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 149, p. 17-28, nov.. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico: uma política criminal na era compliance**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 174, ano 28, p. 41-69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. **Governança corporativa: o essencial para líderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SOUSA, Susana Maria Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. ***Criminal Compliance***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

STEINBERG, Richard M. ***Governance, risk management and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success***. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2011.

STEINBERG, Richard M. *The game changes: 10 essential elements for truly effective compliance programs*. ***The EDP Audit, Control and Security Newsletter***, Filadélfia, v. 46, n. 5, nov., 2012.

WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*. ***Cardozo Law Review***. Nova York, v. 27-1, out. 2005.

Evolução jurídica e aspectos controvertidos do criminal compliance no direito penal econômico[1]

Madallena Thaís Coutinho[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a adoção do instituto do *Compliance* como política criminal, sua utilização como mecanismo de autorregulação regulada no combate à criminalidade econômica e corporativa e os principais pontos controvertidos sobre o tema. Para isso, o artigo aborda a evolução jurídica do instituto, os reflexos e introdução no sistema jurídico brasileiro, os posicionamentos doutrinários, os dados de pesquisas técnicas e os problemas que se apresentam a serem superados na realidade prática.

Palavras-Chave: Direito Penal - Direito Processual Penal – Compliance - Criminalidade Corporativa - Direito Penal Econômico.

Abstract: This article aims to analyze the adoption of the Compliance institute as a criminal policy, its use as a regulated self-regulation mechanism in the fight against economic and corporate crimes and the main controversial points on the subject. For this, the article addresses the legal evolution of the institute, the consequences and introduction in the Brazilian legal system, the doctrinal positions, the data from technical research and the problems to be overcome in the practical reality.

Key Words: Criminal Law - Criminal Procedural Law – Compliance - Corporate Crimes - White-Collar Crime.

[1] Este estudo foi desenvolvido como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito no Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais do Rio de Janeiro, no ano letivo de 2021, sob a orientação do Prof. Doutor Bernardo Braga e Silva.

[2] Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais do Rio de Janeiro (IBMEC-RJ). Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE).

21. Introdução

Ainda que relativamente novo na conjuntura de alguns países, o *compliance* é um instituto conhecido nos Estados Unidos da América desde o século passado, tendo como principais fatores de desenvolvimento as exigências da *Securities and Exchange Commission (SEC)*, motivo pelo qual é possível observar um maior amadurecimento do instituto nesse país, alastrando seus exemplos e influências para outros Estados que também perceberam na adoção dos modelos de cumprimento uma possível ferramenta de auxílio, dentre outras áreas, ao combate à criminalidade econômica e fiscal.

A *SEC* surge como entidade independente de controle e proteção do mercado de capitais americano num contexto pós crise de 1929, como uma das medidas do *New Deal* estabelecido por Franklin Roosevelt, onde era latente a necessidade de restabelecer a confiança e estabilidade do mercado e prevenir abusos corporativos.

O escândalo do caso Watergate em 1972, que revelou contribuições financeiras ilegais que utilizavam fundos de campanha para espionagem e esquemas de corrupção que envolviam empresas norte-americanas e entidades estrangeiras num oferecimento de vantagens indevidas a governos em troca de benefícios comerciais, impulsionou a criação do *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, marco importante para a evolução do *compliance* como instrumento de enfrentamento à corrupção. Principalmente a partir dos anos 2000 notou-se um aumento vertiginoso da influência do *FCPA* e da adoção de práticas de *compliance* e governança, tanto nos próprios Estados Unidos, como nos outros países.

Assim como no Brasil e nos demais países onde é possível verificar a adoção e evolução dos *compliance programs*, os contextos de crises econômicas e grandes escândalos financeiros (como o caso Mensalão em 2005 e a Operação Lava-Jato em 2014), demonstraram a ineficiência do Estado e do Direito Penal Clássico frente ao enfrentamento da criminalidade econômica e à tutela efetiva da ordem econômica como bem jurídico supraindividual.

Tendo em conta a necessidade de observar os limites de espaço, este artigo pretende discorrer e analisar de modo não exaustivo a evolução do instituto do *compliance* no ordenamento jurídico como ferramenta de auxílio ao enfrentamento da criminalidade econômica e discutir os principais aspectos controvertidos que se apresentam.

22. Sociedade de Risco e a Tutela Penal Preventiva da Ordem Econômica como Bem Jurídico Supraindividual

Segundo o sociólogo Ulrich Beck, os avanços do processo de modernização, por conta das ameaças e dos riscos que são coproduzidos, levou o mundo atual a viver sob uma "sociedade de risco", caracterizada pela constante sensação de perigo. A preocupação recai sobre a imprevisibilidade dos riscos e sobre o fato de as barreiras do Estado não conseguirem limitar mais seus resultados.[1]

Nesse sentido, o sociólogo afirma que o mundo empresarial e financeiro está cada vez mais multiforme, o que aumenta a complexidade das atividades desempenhadas e também a complexidade da efetividade de regulamentação e controle.

Assim, surge a consciência de novos riscos e, consequentemente, a necessidade de segurança e tutela de novos bens jurídicos, tendo em vista que, segundo Silva Sánchez[2], o Direito Penal, como instrumento qualificado de tutela de bens jurídicos especialmente importantes, tem por obrigatoriedade levar em conta a sua expansão obedecendo a aparição daqueles novos bens que vão além dos mecanismos penais tradicionais - perspectiva *de lege ferenda* e perspectiva *de lege lata*-, como uma busca de solução ao que Heine observa serem déficits de prevenção no Direito Penal Clássico.

Ainda que o próprio conceito de Direito Penal Econômico seja variado e que se tenha uma discussão infindável na doutrina acerca da legitimidade da tutela penal da ordem econômica como bem jurídico supraindividual, assim como nos lembra Araújo Júnior[3], foram razões de ordem prática (*e.g.* novos atores e novas condutas delituosas), e não a elaboração doutrinária que inspiraram o surgimento do Direito Penal Econômico. Sendo um raro exemplo de disciplina comprovadamente datada[4], o estudo de Edwin Sutherland sobre a criminalidade econômica comprovou a teoria do *white-collar crime* como um desdobramento da teoria da associação diferencial.

[1] BECK, Ulrich, 2011.
[2] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, 2002.
[3] ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello, 1986.
[4] SOUZA, Artur de Brito Gueiros, 2011, p. 116.

Nesse sentido, Martínez-Buján Pérez afirma que o Direito Penal não pode se preocupar exclusivamente com a tutela de bens jurídicos cuja natureza seja estritamente individual, devendo abarcar bens de caráter supraindividual que afetam amplos setores da população.[5]

23. Os Programas de *Compliance*

Claus Roxin enxerga no viés preventivo um caminho eficiente de proteção e expansão da tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, servindo, portanto, como meio adequado para o controle da criminalidade econômica. Nesse sentido, a figura do *compliance* aparece como um instrumento que permite à empresa a implementação de uma cultura de ética e legalidade através de procedimentos, políticas e controles internos. Essa modalidade de autorregulação regulada voltada para a prevenção dos riscos serve como instrumento de auxílio ao enfrentamento à criminalidade econômica pelo Estado, frente a sua atestada ineficiência em contrapor a alta complexidade dos delitos econômicos e fiscais e o grande poderio dos sujeitos envolvidos.[6]

Assim, Saavedra[7] aponta que a principal característica do *criminal compliance* é a sua natureza preventiva - contrariamente à natureza do Direito Penal tradicional - através da utilização de mecanismos que tendem a evitar a prática de delitos, e não apenas reprimi-lo.

Antecipar-se ao possível cometimento do delito ou até mesmo identificá-lo adequadamente em fase primária representaria uma grande vantagem para a empresa, ensejando ganhos jurídicos e atuando na contenção do risco reputacional mercadológico.

Desse modo, apesar de na doutrina o próprio conceito do *compliance* aparecer como um aspecto controvertido, é admitido que os programas possuam conteúdos variáveis conforme a àrea de atuação da empresa, bem como entende-se que os *compliance programs* não se restringem apenas a estar em conformidade com a lei, tendo como pilares *fairness*, *disclosure* e *accountability*.

24. Aspectos Gerais do *Whistleblowing*

Dentro da análise que nos propomos apresentar neste estudo acerca dos elementos controvertidos na temática do *compliance*, tem-se que é imprescindível para a eficácia da

[5] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, 2007.
[6] ROXIN, Claus, 2012.
[7] SAAVEDRA, Giovani Agostini, 2017.

autorregulação regulada através dos programas de cumprimento a existência de canais de denúncia independentes.

Esses canais devem ser oferecidos pelas próprias empresas para que todos os funcionários tenham acesso à possibilidade de reportar eventual ocorrência de qualquer irregularidade que infrinja a conduta ética e as diretrizes de compliance estabelecidas. São imprescindíveis para permitir que a área responsável pelo compliance detecte e atue sobre essas condutas inadequadas.

Sem olvidar do viés preventivo que a existência desses canais desempenham, pois, se levados a sério como uma engrenagem parte de um eficaz sistema de compliance, acabam por coibir as pessoas a não violarem as diretrizes regulatórias em todos os seus níveis.

É exatamente nesse contexto que se inserem as figuras do *whistleblowing* e das *hotlines* (canais de denúncia anônimos) que passaremos a estudar, sobretudo no cenário brasileiro.

A figura do *whistleblowing*, como já mencionado, nos remete a um funcionário da organização que atua como denunciante. Prefere-se esse termo ao de "funcionário policial" pois, em regra, o oferecimento da denúncia não é uma das atribuições do empregado. Isto é, no âmbito do sistema de compliance implementado em uma corporação, o *whistleblower*, em geral, não é alguém que desempenha exclusivamente essa função de polícia, mas sim um membro da organização que, apesar de discutida a obrigatoriedade ou não da denúncia, está axiologicamente inserido na cultura do *compliance*. Justamente pela imbricação desses valores, da ética e da legalidade, é que espera-se que desempenhe esse papel espontaneamente.

24.1 Obrigatoriedade da Denúncia

Acerca da controvérsia existente no que tange a obrigatoriedade ou não da denúncia, percebe-se um movimento por parte da doutrina internacional em entender que a denúncia deve ser implementada como uma obrigação a todos os que se depararem com irregularidades éticas ou legais na organização, criando assim um dever de vigilância horizontal. Nesse sentido caminha a autora Beatriz Garcia de La Galana e a própria legislação penal espanhola ao prever

a denúncia de incumprimentos como uma obrigação[8] aos modelos de organización y gestión[9] que isentam a pessoa jurídica de responsabilidade.[10]

No entanto, assim como mencionado anteriormente, parte do que se pretende com uma cultura de *compliance* é que o funcionário compreenda a relevância da autorregulação, não se sentindo espionado, e sim enxergando a existência desses canais de denúncia como um exercício de um direito, motivo que, para parte da doutrina, mitiga o sentido dele ser imposto como uma obrigação.

Salienta-se que para que esse sistema de denúncias internas funcione e atinja o que se espera como parte das medidas que compõem a política de *compliance* é fundamental que se estabeleça uma relação de confiança entre os membros da empresa (inclui-se aqui *shareholders*[11] e *stakeholders*[12]) e a área responsável pelo *compliance*, bem como haja confiança no próprio *compliance program*.

Essa confiabilidade se fulcra na certeza pelo *whistleblower* - e por todos os membros da organização - que a denúncia recebida será realmente investigada seguindo os parâmetros preestabelecidos, bem como na certeza da segurança do denunciante, sendo vedado que o mesmo venha a ser vítima de represálias ou de perseguições por ter realizado a denúncia.

É de primordial entendimento que essa confiança se estabelecerá sobretudo a partir do momento que fique intrínseco em todos os funcionários a importância para empresa em perquirir os valores éticos e legais estabelecidos pelo programa de *compliance*, face o objetivo salutar da autorregulação regulada, qual seja: impedir, no caso do *criminal compliance*, a ocorrência de crimes como a corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação de impostos e demais delitos penais econômicos, prejudicando a imagem da empresa no mercado e sujeitando a mesma a graves sanções penais e regulatórias.

---

[8] *Artículo 31 bis: Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

[9] *Compliance Programs*

[10] GARCÍA DE LA GALANA, Beatriz, 2018.

[11] Também conhecido como *stockholders*. Em linhas gerais, são os sócios e acionistas da empresa, ou seja, detentores do capital, segundo Robert Edward Freeman, 2018.

[12] Em tradução livre, segundo definição de um dos criadores da expressão, o filósofo Robert Edward Freeman, *stakeholders* são os grupos de interesse, todos aqueles que podem afetar ou serem afetados pela atuação da empresa e objetivos da organização.

24.2 Modalidades de Funcionamento: Anonimato e Confidencialidade

Há duas modalidades de funcionamento desses canais de denúncia. Eles podem ser anônimos, onde o whistleblower terá sua identidade ocultada para todos, inclusive para os encarregados de recebimento e investigação da denúncia, ou eles podem ser confidenciais, situação na qual o denunciante terá sua identidade revelada apenas e tão somente para os responsáveis pelo recebimento da denúncia e pelo encaminhamento da investigação pertinente.

De certo que até o presente momento de elaboração deste estudo, não há, em termos doutrinários e legislativos, o entendimento pela obrigatoriedade de adoção de uma dessas modalidades específicas, ficando à discricionariedade da empresa se o canal de denúncia será anônimo ou se será confidencial.

No entanto, ao confrontar as posições doutrinárias acerca das duas possíveis modalidades, verifica-se que: ao passo que o anonimato pode vir a ensejar um maior número de denúncias e adesão ao *whistleblowing*, por ter o denunciante a sua identidade resguardada, também pode acabar por servir como um meio pelo qual as pessoas expressem suas inimizades, dando margem ao recebimento de denúncias fundadas na má-fé.

Além do exposto, para Victor Gómez Martín, o anonimato da denúncia cerceia, em certa medida, o exercício pleno do direito de defesa do denunciado, gerando alguma dificuldade em demonstrar que a denúncia pode ter sido motivada por fundamento indigno, como no caso de uma possível denúncia por inimizade.[13]

Apesar de essa ser uma possibilidade fática real, reforça-se que um efetivo *compliance program* precisamente não está relacionado apenas com a observância da conformidade jurídico-legal, de tal maneira que observa igualmente códigos de conduta e códigos de ética, gerando o que Giovani Agostini Saavedra chama de "conformidade dinâmica"[14], o que desincentiva, em relevante escala, o uso dos canais de denúncia para tal finalidade torpe.

Não obstante, é por esse motivo que alguns autores entendem que a adoção do modelo de confidencialidade seria capaz de conferir maior insuspeição às denúncias recebidas, não sendo a identificação do denunciante exatamente um problema para a adesão aos canais, visto que a confiança existente na seriedade do programa de *compliance* suprimiria qualquer eventual receio do *whistleblower* com o sigilo de sua identidade e suas informações.[15]

[13] GÓMEZ MARTÍN, 2014, p.129.
[14] SAAVEDRA, 2017.
[15] Nesse sentido, Beatriz Garcia De La Galana e Adán Nieto Martín.

Por essas razões, é possível que a empresa opte por delegar a administração do canal de denúncias, bem como a responsabilidade pelas investigações decorrentes, a um órgão externo independente e imparcial. Isso não abalaria o nível de confiança no instrumento, pelo contrário, ajudaria a garantir maior legitimidade na aferição do grau de cultura empresarial em relação à observância da conformidade ética e legal.

Em vista do modelo de *whistleblowing* confidencial, é pertinente lembrar que caso haja a judicialização do fato, vindo o mesmo a ser investigado pelo Poder Público, o sigilo quanto a identidade do denunciante pode vir a ser quebrado por requerimento judicial, em atendimento a motivo de relevante interesse público ou interesse concreto na apuração dos fatos.

Outro fator considerável é que no modelo que preza pelo anonimato não há a possibilidade de oferecimento de benefícios ao *whistleblower* quando comprovada a veracidade da denúncia finda a investigação, visto que não se saberá a quem deve ser direcionada a recompensa.

24.3 Evolução Legislativa sobre o *Whistleblowing*

No contexto americano a prática de oferecimento de premiações ao *whistleblower* é bem comum. Em 2010, a alteração do *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, pelo *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* ampliou o prazo de reporte para denúncia a contar da data de ciência do fato irregular. Além disso, introduziu a previsão do pagamento de um prêmio pecuniário correspondente até 30% do valor da multa aplicada pela *Securities and Exchange Commission (SEC)* à corporação que violou as diretrizes do *FCPA*, e também normatizou a obrigatoriedade de proteção ao denunciante, prevendo a possibilidade de readmissão em casos de retaliação, cumulado com o pagamento em dobro dos salários durante o período de afastamento.

O *Foreign Corrupt Practices Act* é considerado pela maioria dos pesquisadores como a legislação norte-americana mais relevante em termos de anticorrupção, sendo editado em 1977. Entretanto, não é a primeira legislação norte-americana a tratar sobre a figura do denunciante e possíveis recompensas ao mesmo.

A institucionalização da formulação de denúncias por particulares na história da humanidade é algo tão pretérito que remonta à Roma Antiga e à figura dos sicofantas[16]. No

[16] Segundo José Luis Guzmán Dalbora, 2011: acusadores privados que cuidavam do interesse público. Importunavam os cidadãos cobrando pagamento para comprar a sua tranquilidade e evitar a denúncia. Para Beatriz García Moreno, 2019: apesar da má fama dos sicofantas, eles poderiam ser considerados defensores do

mundo contemporâneo, os Estados Unidos da América é o país mais tradicional em matéria de previsão legislativa da figura do *whistleblower*. A primeira lei que institui o dever de fornecimento de informações sobre más condutas data de 1778, uma resposta do Congresso às retaliações cometidas pelo comandante da Marinha Continental Esek Hopkins.[17]

Seguido a isso, tem-se a edição do *False Claims Act*, em 1863, que estimula normativamente qualquer cidadão a denunciar, em nome da União, fraudes na aquisição de suprimentos pelo exército estadunidense, prevendo o direito à recompensa correspondente à metade do valor recuperado, mais o pagamento de multa de dois mil dólares em casos de falsa denúncia.

Em 1978 foi editado o *Civil Service Reform Act* que também instituiu canais para a denúncia de condutas impróprias, punindo atos de retaliação e garantindo uma série de proteção aos denunciantes.

Seguindo na referência do cenário estadunidense, a primeira vez que a figura do denunciante ganhou previsão específica foi em 1989 com o *Whistleblower Protection Act (WPA)*, que veio para ampliar o rol de proteção e instituir o dever de compensação pelos danos sofridos decorrentes da denúncia.

Em 2002, a Lei Sarbanes-Oxley (SOx) trouxe a previsão de novas exigências de divulgação no que tange a efetividade do sistema de controle interno das empresas sobre as questões financeiras das companhias. Nessa seara, é pertinente destacar a seção 301 do *Act* que impõe a obrigatoriedade de existência de um canal de comunicação para receber e tratar fatos relevantes, prevendo também proteção ao denunciante e a garantia de medidas compensatórias em caso de represália. A finalidade desse canal é ser mais uma ferramenta de segurança no processo de gestão, reportado a um Comitê de Auditoria que possui independência em relação à administração da companhia, devendo tal Comitê expor aos acionistas informações com indícios de fraudes. Verificando-se, deste modo, pontos semelhantes aos canais de denúncia e aos princípios regulatórios estudados na esfera dos *compliance programs*.

A *Federal Sentencing Guidelines* de 2004 e, recentemente, o *Whistleblower Protection Enhancement Act (WPEA)* de 2012, também corroboram na previsão legal dos canais de

interesse público e da aplicação das leis estatais e guardam algumas proximidades no conceito e nas controvérsias que envolvem o tema dos denunciantes da era contemporânea.

[17] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de compliance. In WALMSLEY, Andrea; CIRENO, Lígia; BARBOSA, Márcia N.. **MPF - Inovações da Lei n. 13.964 de 24 de Dezembro de 2019**, Brasília, v.7, p.36, 2020. Acesso em 19/10/2021.

denúncia, detalha tipos de *disclosure* e amplia o rol de garantias previstas ao *whistleblower* para protegê-lo de represálias.

A partir de 1996 o instituto ganhou projeção internacional, passando a ser previsto em documentos multilaterais, como a Convenção Interamericana Contra a Corrupção e a Resolução 1729 do Conselho Europeu (2010).

Todo esse histórico normativo sinaliza o quanto a figura do *whistleblowing* é crucial como mecanismo de programas de cumprimento e para o auxílio à segurança pública no combate à criminalidade econômica e corporativa. No entanto, em termos da legislação pátria, o tratamento dado ao tema é bem mais recente e acompanha, em curtos passos, a internalização dessa cultura de *compliance* pela sociedade brasileira.

24.4 Normatização do Instituto na Contexto Brasileiro

No contexto brasileiro, Artur de Brito Gueiros Souza delineia que, desde a promulgação do Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/1940), há diversas disposições legais que indiretamente se relacionam com a figura do denunciante, traçando uma análise da evolução histórica até a normatização específica do instituto do *whistleblowing* aqui estudado. Dessa forma, neste artigo vamos nos debruçar sobre as mudanças normativas ensejadas especificamente pela introdução da cultura do *compliance* na conjuntura brasileira.[18] Nesta seara, temos a Lei 12.527 que em 2011 alterou dispositivos da Lei 8.112/90[19], passando a prever a obrigatoriedade do servidor público comunicar à autoridade competente irregularidades que tiver ciência em função do cargo, garantido-lhe proteção contra a responsabilização civil ou administrativa por conta da denúncia.

Em 2015, o Decreto 8.420 dispôs que os *compliance programs* das pessoas jurídicas tratadas na Lei 12.846/13[20] contem com canais de denúncia de irregularidades, abertos e divulgados a funcionários e a terceiros, prevendo também mecanismos de proteção ao denunciante.

[18] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de compliance.

[19] Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

[20] Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Nesse mesmo sentido tem-se a Lei 13.303/16[21], que impôs às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias a criação de programas de governança, a adoção de regras de estrutura, de práticas de gestão de riscos e controle interno e a implementação e divulgação de um Código de Conduta e Integridade, fazendo menção expressa no Artigo 9, §1, incisos III e IV, sobre a necessidade de existência de canal de denúncia para o recebimento de notificações internas e externas sobre irregularidades, além de prever a criação de mecanismos que protejam o denunciante contra qualquer espécie de retaliação.

A Resolução 4.595/17 do Banco Central do Brasil regulamenta a política de conformidade das instituições financeiras que operam no país, obrigando a existência de canais de comunicação para o relato de possíveis irregularidades.

A Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) já previa expressamente o incentivo à denúncia de irregularidades[22], mas foi com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) e as consequentes alterações trazidas na Lei 13.608/18[23] que a figura do *whistleblower* foi especificamente sistematizada no ordenamento jurídico e regulamentada no âmbito da administração pública direta e indireta, passando a prever normas adequadas sobre os mecanismos de proteção ao denunciante.

Este estudo não vai se dedicar a dissertar sobre os aspectos controvertidos na redação das mudanças propostas pelo Pacote Anticrime, mas cumpre mencionar que a modificação trazida ao Artigo 4-C, *caput*, da Lei 13.608/18 assegura a proteção integral ao denunciante, configurando falta disciplinar grave ações ou omissões de retaliações ao *whistleblower* que ocorra no âmbito da administração pública[24]. Sem deixar de mencionar o §3 do Artigo 4-C da referida lei, que estabelece a possibilidade de recompensa ao denunciante em razão de denúncia que leve à recuperação de produto de crime contra a administração pública, não sendo

[21] Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[22] Art. 7, VIII - Lei 12.846/13: "Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica."

[23] "Lei do Disque- Denúncia". Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais.

[24] Art. 4-C,§1 - Lei 13.608/18: "Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas. §1: A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público."

extensível para ilícitos penais de outra ordem ou infrações administrativas e limitando essa eventual recompensa em até 05% do valor recuperado.[25] [26]

Importante salientar que a introdução de tais garantias ao denunciante não abarcam os canais de denúncia das pessoas jurídicas de direito privado. Embora os programas de *compliance* das empresas privadas devam seguir o mesmo caminho, objetivando usufruir dos benefícios da autorregulação regulada frente ao Poder Público.

No âmbito das empresas privadas, a questão das garantias do denunciante sobre eventual retaliação pode ser abrangida pela Lei 9.029/95[27] que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, enunciando hipóteses não exaustivas. Tendo o reconhecimento do Tribunal Superior do Trabalho para aplicação em casos que envolvam *whistleblowing*.

Se por um lado as pessoas jurídicas de direito privado podem decidir discricionariamente se o canal de *whistleblowing* adotado por seu programa de *compliance* será anônimo ou será confidencial, conforme explicitado anteriormente, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, o que se extrai do Artigo 4-B incluído pelo Pacote Anticrime (Lei 13.694/19) na Lei 13.608/18 é que o modelo de *whistleblowing* admitido será o confidencial.[28] Muito embora as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) prevejam a possibilidade da não preservação da identidade do *whistleblower* quando da hipótese de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos, faz-se necessário que o informante concorde prévia e formalmente com tal revelação. Entretanto, a lei é vaga ao não estabelecer qual a consequência sobre o valor probatório da informação trazida nos casos em que o *whistleblower* não autorize a revelação da sua identidade.

Na falta da anuência do denunciante, nos casos em que estão em conflito a privacidade da identidade do *whistleblower* e o direito à ampla defesa do investigado, o direito à privacidade

[25] Art.4-C, §3 - Lei 13.608/18: “Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.”

[26] Salienta-se que o artigo não garante o efetivo recebimento da recompensa ao denunciante, já que utiliza redação imprecisa, qual seja, “poderá”. Desse modo, entende-se que é discricionário a cada ente federativo o pagamento ou não da recompensa, bem como o percentual a ser verificado, obedecendo o limite de 05% do valor recuperado do produto do crime.

[27] Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; e dá outras providências.

[28] Artigo 4-B da Lei 13.608/18: “ O informante terá direito à preservação da sua identidade, a qual apenas será revelado em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos.”

não deve ser mantido, pois entra em conflito com um direito fundamental do acusado. Havendo resguardo desse direito apenas no caso em que conflite com conceitos vagos de "interesse público" e "interesse concreto".

Diante da previsão constitucional da ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal já tem decisão autorizando o acesso do informante pela defesa[29], no caso em que a prova consiste no depoimento, não havendo outro modo de garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório do acusado. Devendo esses casos conflitantes serem analisados à luz da proporcionalidade, com cuidado para não ensejar um esvaziamento da garantia, mas restringindo o sigilo do denunciante quando indispensável para o exercício da defesa.

Um cuidado importante em relação ao *whistleblowing* é a necessidade desses canais de denúncia serem bem estruturados, monitorando também riscos relacionados ao vazamento, ao tratamento e a utilização indevida dos dados, de tal modo que sejam desenvolvidos em conformidade com as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados.

Consideração necessária se faz para atentar sobre a distinção entre o *whistleblowing* e a colaboração premiada, a fim de que equivocadamente não se confunda esses dois institutos. A colaboração consiste na incriminação de terceiro, realizada por suspeito, indiciado ou réu, no curso de interrogatório ou em outro ato processual. O *whistleblower*, diferente do delator, não tem envolvimento com os fatos suspeitos, nem está engajado na associação criminosa. O delator tem inequívoco interesse na incriminação, enquanto o *whistleblower* não se beneficia com a incriminação do denunciado.[30]

Apesar de no Brasil até o momento ainda não ter norma que obrigue a adoção de canais de denúncia no âmbito das empresas privadas, adotar o mecanismo de *whistleblowing* como parte de um *compliance program* é motivado pela estratégia em agregar valor à empresa, bem como por ampliar sua capacidade de realizar negócios[31] e para fazer jus aos benefícios previstos em lei em caso de vir a sofrer investigações e consequente responsabilização por ilícitos praticados dentro da empresa. Neste sentido, por exemplo, a Lei Anticorrupção que prevê a

[29] STF - 2ª T - HC 112811 - rel. Min. Cármen Lúcia - j. 25/06/2013 - DJe 09/08/2013.
[30] SAAD-DINIZ, E.; DE CARVALHO MARIN, G, 2021.
[31] A Lei 14.133/21 (Lei de Licitações) passou a exigir que os editais contem com a obrigatoriedade de implementação de programas de compliance pelo licitante vencedor. Além de prever a existência prévia do programa como critério de desempate.

existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade e incentivo à denúncia de irregularidades como fator relevante na consideração da aplicação da sanção.[32]

No mesmo contexto, pesquisa feita em 2020 pela KPMG, *big four* de auditoria e consultoria, analisou o perfil, a instauração e a efetividade do *whistleblowing* em organizações privadas de diversos segmentos. A segunda edição do estudo contou com 60 empresas.[33] Das 60 organizações analisadas, verificou-se que 85% já contam com um canal de denúncia implementado e que 93% dos participantes reconhecem a importância da existência desses canais para o auxílio no combate à fraude, à corrupção e a demais desvios éticos e legais.

Dentre as empresas que possuem canal de denúncia, 30% apontam que o principal benefício dessa implementação foi o fortalecimento da cultura de ética e *compliance*, seguido da melhoria de processos e controles e a diminuição de ocorrência de comportamentos não desejados.

Acerca da não implementação do *whistleblowing*, os participantes creditam o fato à baixa percepção de valor ao negócio e à ausência de um processo estruturado para realizar as investigações.

Entre as empresas participantes do estudo que possuem canal de denúncia, apenas 25% informaram possuir um canal maduro, com mais de 5 anos de operacionalização. Ao ponto que 91% informou que acreditam que *shareholders* e *stakeholders* confiam na ferramenta adotada e 100% afirma que os canais possibilitam que a denúncia seja feita de modo anônimo, mas que apenas 16% dos denunciantes costumam se identificar.

De acordo com as pessoas que responderam a pesquisa, o perfil mais denunciado para relatos de natureza de corrupção são gerentes, atingindo um patamar de 16%.

Ademais, o estudo constatou que as empresas que contam com um canal de denúncia detectam fraudes em um tempo médio de 12 meses, enquanto aquelas que ainda não aderiram ao mecanismo levam em média 18 meses para identificar ilícitos e irregularidades.

Segundo parâmetros da KPMG, um canal de denúncias maduro é aquele que permite o anonimato e está aberto para os públicos internos e externos, além de contar com uma equipe preparada para a gestão dos relatos recebidos e para a condução das investigações, protocolos

[32] Art. 7 da Lei 12.846/13: "Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica."

[33] Segundo dados: KPMG. Pesquisa: Perfil do Hotline no Brasil, 2020.

definidos e medidas disciplinares catalogadas, de modo a permitir uma aplicação equânime no tratamento de casos semelhantes.

Outro parâmetro que mede a curva de maturidade do *whistleblowing* é o reporte da área de *compliance* à diretoria sobre os *issues* identificados nos *compliance assessments* realizados, sendo considerado maduro aquele que mantém um reporte regular.[34]

Dentre as áreas estudadas nos últimos anos, a área de *financial services* teve 76% das denúncias relacionadas à lavagem de dinheiro, seguida por 65% de denúncias relacionadas a antiterrorismo. A área de *industrial markets* lidera as denúncias referentes a anticorrupção, atingindo um patamar de 58%.[35]

As deficiências da atual disciplina do instituto do *whistleblowing* no ordenamento jurídico brasileiro podem ser explicadas, na lição de Saad-Diniz, pelo fato de as recomendações normativas estarem mais atreladas com a experiência do país com o instituto da delação premiada aplicada às investigações criminais do que rigorosamente a uma cultura de *compliance*. A tímida modificação de um diploma legal preexistente não foi capaz de instituir na legislação brasileira um estruturado mecanismo de *whistleblowing* como parte de um programa de *compliance*.

Ademais, salienta para o fato de que a realidade brasileira apresenta condições econômicas e institucionais favoráveis para a vulneração dos direitos do *whistleblower*, podendo levar a um risco de fragilização dos empregados, que podem passar a ser usados como bodes expiatórios dentro das organizações, caracterizando o que William S. Laufer denomina de "*reverse whistleblowing*".

A lógica do *reverse whistleblowing* é a utilização da informação obtida através da denúncia como mercância por parte da empresa, a fim de proteger a si mesma ou a ocupantes de cargos hierarquicamente elevados. Artur de Brito Gueiros Souza[36] e Adán Nieto Martín[37]explicam que esse fenômeno pode ocorrer nos casos em que a empresa é incentivada a oferecer autodenúncia (*v.g.* casos de cartel ou corrupção) a fim de obter o benefício do acordo

[34] KPMG. Pesquisa: Maturidade do Compliance no Brasil, 4ª edição, 2019.

[35] Ibidem.

[36] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Mateus de; e outros. Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n.31, p. 165 - 197, jan/jun. Disponível em: : http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em 25/10/2021.

[37] NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.).**El Derecho Penal Económico en La Era Compliance**. Valencia: Tirant to Blanch, 2013.

de leniência, delatando ao Poder Público os *stakeholders* que praticaram a conduta ilícita e explorando a ambiguidade da existência do *whistleblowing* no bojo da organização. Isto é, buscando demonstrar a culpabilidade isolada do empregado frente a observância de um sistema adequado de governança e mecanismos internos de integridade, inclusive nos casos em que o empregado tenha atuado irregularmente em interesse da empresa.

Conforme se extrai da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) e pelo Decreto nº 8.420/15 que a regulamenta, a adoção de programas de *compliance* com o devido canal interno de denúncia por parte da organização é um fator que evita ou atenua a sanção administrativa a ser aplicada à pessoa jurídica.

Nesse sentido, a Lei 12.529/11[38] dispõe que, nos crimes previstos na Lei 8.137/90[39] e demais crimes relacionados à prática de cartel, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e também impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, ou seja, também nos casos em que se observe o fenômeno do r*everse whistleblowing* esse benefício recairá sobre a pessoa jurídica, que, ainda segundo a Lei 12.529/11, cumprindo com o acordo de leniência celebrado, terá automaticamente extinta a punibilidade dos autores ou partícipes dos crimes previstos.

Apesar da Lei 12.846/13 não contemplar disposição semelhante à supracitada, Artur de Brito Gueiros Souza alerta que na prática tem se observado um movimento onde pessoas físicas envolvidas em crimes empresariais têm utilizado o instituto da colaboração premiada para receber benefícios de natureza criminal semelhantes aos benefícios administrativos previstos na Lei 12.529/11 às pessoas jurídicas das quais façam parte e que também tenham celebrado acordos de leniência.

Restando assim demonstrada a vulnerabilidade e a fragilização que podem ser geradas tanto ao denunciante, quanto aos demais empregados, quando da ocorrência do *reverse whistleblowing*. Desse modo, atenta-se para a necessidade de uma maior cautela do Poder Público no momento de celebração desses acordos.

Esses aspectos controvertidos ora mencionados para a implementação eficaz dos canais de denúncia e para a garantia de seu funcionamento idôneo se apresentam como desafios a

[38] Estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137/90, o Decreto Lei nº 3.689/41 - Código de Processo Penal, e a Lei 7.347/85; revoga dispositivos da Lei 8.884/94, e a Lei 9.781/99; e dá outras providências.

[39] Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; e dá outras providências.

serem superados, entretanto, sem haver, até o presente momento, passos significativos, doutrinários e legislativos, em direção a dirimir todos os pontos controversos tratados.

25. Internal Investigations

Na esteira dos mecanismos que compõem um bom sistema de *compliance*, em consequência das denúncias recebidas pelos canais de *whistleblowing*, tem-se as *internal investigations* que objetivam apurar tais ocorrências.

Por óbvio, a pessoa jurídica precisa de agentes pessoas físicas para executar as condutas irregulares. Dessa forma, a prática do *whistleblowing* acarreta em *internal investigations* que contam com a colaboração dos empregados para apurar as ocorrências recebidas.

Dessa forma, as investigações internas ocorridas no âmbito da empresa se caracterizam como uma ferramenta de natureza reativa, visto que o *whistleblowing* enseja a necessidade de promoção dessas investigações. Não se confunde, portanto, com o instituto das auditorias, dado que estes possuem natureza preventiva e tem como condão apurar o regular funcionamento do sistema de governança.

A decisão pela promoção ou pela abstenção de uma investigação interna, bem como o dever de vigilância, recaem sobre os administradores da sociedade, mas pode ser delegada à pessoa ou ao departamento responsável pelo *criminal compliance*. Não sendo excluída a possibilidade de participação de um escritório de advocacia externo que desempenha tais funções sob peculiaridades próprias dessa possibilidade[40].

No entanto, tal prerrogativa não deve ser absoluta, tendo como fator que se coloca como limitador a essa discricionariedade quanto ao poder de instauração da investigação, a ciência

de falha no programa de cumprimento pela ocorrência de irregularidade, demonstrando a clara necessidade de reafirmação do Código de Conduta.

[40] Essa escolha leva em consideração o interesse da pessoa jurídica quanto a prioridade do sigilo das investigações, principalmente quando vinculadas a uma investigação estatal ou a um processo penal. A observação desse movimento se dá pelas controvérsias existentes acerca do sigilo profissional dos advogados internos, onde se questiona a incidência dos institutos *work-product-protection* e *attorney-client-privilege*. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar os casos *AM & S Europe vs. Commission of the European Communities* e *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd. vs. Commission of the European Communities* consagra entendimento restritivo dessas prerrogativas aos advogados internos. Ainda que se considere a aplicação desse tipo de entendimento questionável aos casos de *compliance* e das *internal investigations*, a não pacificação da questão motiva algumas empresas a contratarem advogados externos a fim de assegurar sem possibilidade de riscos a confidencialidade das investigações internas. Nesse sentido: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Processo Penal y Persona Jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Para que uma *internal investigation* seja instaurada é imprescindível a ocorrência de uma fase preliminar com o intuito de verificar a verossimilhança da suspeita. Dessa maneira, entende-se que a decisão pela promoção da investigação integra a categoria de direito-dever, pois, uma vez verificada preliminarmente a verossimilhança da denúncia, surge a obrigatoriedade de dar andamento à investigação. Caso contrário, ter-se-á um programa de *compliance* de mera aparência e que, esvaziado de seu significado, não fará jus às vantagens legais previstas no que concerne à aplicabilidade da pena e à isenção ou à atenuação da responsabilidade da empresa.

Tendo em vista se tratar de uma investigação privada, possuindo a empresa a benesse de poder identificar internamente situações suspeitas em uma condição na qual o Estado não tem legitimidade de atuar, é razoável que o *standard* probatório apurado em fase preliminar das *internal investigations* seja em alguma medida menos elevado do que o nível necessário para a abertura de uma investigação penal pelo Poder Público.

Havendo de se considerar que a prossecução de uma investigação afeta a pessoa do investigado em diversas esferas, inclusive no seu status de dignidade, faz-se necessária a preservação do mesmo perante os seus pares. Assim, é importante que haja um cuidado com a quantidade de pessoas a conhecerem o decorrer das investigações. Sendo isto o que Klaus Moosmayer denomina de *need to know*[41]: um círculo pequeno de pessoas, só realmente necessárias, a terem consciência dos fatos investigados.

A forma de estruturação da *internal investigation* e os limites por ela observados estão intimamente relacionados com a efetiva adoção pelos *stakeholders* aos canais de denúncia. Isso pois, um sistema claro dos valores a serem perquiridos pela organização, aliado a um Código de Investigações Internas que regulamente previamente os procedimentos a serem adotados no curso das investigações, ensejam maior segurança e confiabilidade aos *stakeholders*, além de atribuir legitimidade ao processo investigativo interno e as eventuais sanções administrativas a serem aplicadas pela empresa.

Nesse sentido, Adán Nieto Martín salienta para a coerência necessária da empresa que aspira impor um sistema de valores através do *compliance program* adotar um processo justo de pré estipulação de sanções disciplinares e ritos investigativos que respeitem os direitos

[41] MOOSMAYER, Klaus, Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales *in* ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán, El Derecho Penal Económico en La Era Compliance, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

fundamentais dos investigados, a fim de que o trabalhador não seja persuadido a fornecer informação que possa autoincriminá-lo perante ao Poder Público.

25.1 Privatização do Processo Penal e Direitos do Investigado

Uma das discussões que envolvem as *internals investigations* e os direitos do investigado se fulcra na ocorrência do que muitos autores consideram como o fenômeno de privatização do processo penal, dada a promoção do deslocamento de tarefas próprias da justiça penal para as empresas. Por esse motivo, parte da doutrina defende que as investigações promovidas pelas empresas devem se aproximar ao máximo dos princípios e dos limites adotados pelo processo penal, principalmente no que tange a validade da produção probatória.

Consequentemente a isso, questiona-se sobre a incidência do direito à não autoincriminação e do direito à defesa técnica no âmbito das investigações internas. Isso pois no processo penal brasileiro o direito de defesa engloba tanto a defesa técnica, quanto a autodefesa. Enquanto a defesa técnica representa uma verdadeira condição para a paridade de armas, a autodefesa, em seu viés negativo, compreende a prerrogativa do acusado de se manter em silêncio e de não autoincriminar-se, atrelada à garantia de que tal inércia do sujeito não o prejudicará, nem será interpretada como admissão dos fatos a ele imputados.

O direito ao silêncio que contempla o acusado no processo penal gera o dever na autoridade da persecução de informar ao acusado que o mesmo não é obrigado a responder as perguntas a ele direcionadas. A não observância desse direito gera nulidade do ato e das provas obtidas através dele, por violação a preceito constitucional.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inconstitucionalidade da condução coercitiva dos réus ou dos investigados para realização de interrogatório por entender pela não obrigatoriedade dos mesmos em participar do ato.[42]

Isso nos põe de frente com a etapa das entrevistas que ocorrem nas *internal investigations*. Essas entrevistas apresentam questionamentos jurídicos notórios, principalmente no que concerne ao dever de informar do empregado, decorrente das obrigações trabalhistas. Por isso, com o intuito de fazer com que esse procedimento seja justo e imbuído de validade, é necessário que os *stakeholders* sejam informados pela empresa sobre as finalidades das entrevistas, sobre os seus direitos enquanto entrevistados ou investigados e sobre o destino que a empresa pode vir a dar àquela declaração.

[42] Decisão em sede de julgamento das ADPFs 395 e 444. Jun/2018.

Desse modo, o entrevistado pode avaliar e decidir sobre as suas respostas e, considerando os prejuízos que as declarações podem lhe causar, deve haver uma ponderação na obrigação de informar anteriormente mencionada, prezando pela observância do direito à não autoincriminação.

O Supremo Tribunal Federal, desde 2017, tem decisão que entendeu pela aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais em qualquer que seja a relação jurídica, incluindo as relações privadas.[43] Isso corrobora para o posicionamento de que as *internal investigations* devem ser revestidas pelo direito ao contraditório e a ampla defesa, garantias irrenunciáveis do processo penal. Bem como também contemplem o direito do investigado de ser informado com clareza sobre os fatos a ele imputados, o direito à não autoincriminação, o direito de ter acesso às provas que existam contra ele, a possibilidade de apresentar novas provas que considere oportunas, o resguardo à sua presunção de inocência e o acompanhamento de defesa técnica na figura do seu próprio advogado nas entrevistas decorrentes da investigação.

25.1.1 Prova Emprestada e Fruits of Poisonous Tree

Outra discussão que envolve as investigações internas é o aproveitamento das provas e informações produzidas no bojo das *internal investigations* pelo processo penal. Segundo apontam Fabián Balcarce, Rafael Berruezo[44] e Adán Nieto Martín[45], um dos problemas da prova emprestada é que a criminologia empresarial compreende a possibilidade de *risk shifting*[46], ou seja, o deslizamento do risco penal que se configura na tentativa da empresa ou de seus administradores de direcionar o resultado das investigações, com o intuito de atender a interesses próprios e transferir suas respectivas responsabilidades criminais a outrem (geralmente a funcionários subordinados ou, no caso dos administradores, até à própria pessoa jurídica).

---

[43] AgRg no ARE 1.008.25, rel. Min. Luiz Fux, DJe 19/04/2017.

[44] BALCARCE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

[45] NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

[46] Nesse sentido: William S. Laufer, em: LAUFER, William S. *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance* in **Vanderbilt Law Review**. Estados Unidos: Vanderbilt University Law School, 1999. v. 52, n.5. Disponível em: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=vlr. Acesso em: 30/10/2021.

Além disso, não se pode deixar de considerar a possibilidade de ocorrência de abusos e violações a direitos fundamentais no curso das diligências investigativas, o que também representa um potencial problema que atinge diretamente o empréstimo das provas obtidas por meio de investigações internas, pois por não abarcar os direitos do investigado e os princípios que regem o direito penal, jamais poderiam ser admitidas em juízo.

Essas violações de preceitos constitucionais que existem como defesa e proteção do indivíduo, no âmbito do processo penal, acarreta nulidade absoluta do ato por vício. A gravidade do ato manifestamente viciado atinge o próprio interesse público e a correta aplicação do direito, restando claramente demonstrado o pressuposto inafastável para invalidação do ato (*pas de nullité sans grief)*, qual seja, os efeitos prejudiciais às partes.

Nesse sentido, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, derivada do direito norte-americano *(fruits of poisonous tree)*, trata das provas ilícitas por derivação. Isto é, as provas obtidas a partir de outra ilegalmente obtida também são consideradas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo penal, salvo quando comprovado que tais provas derivadas podem ser obtidas por fonte independente que seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Esta teoria é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e pelo Código de Processo Penal que assim entende e preceitua em seu artigo 157.[47]

É exatamente com fundamento no que acabamos de expor que Adán Nieto Martín atenta para a dualidade das *internal investigations*, o que ele denomina de *"espada de doble filo"*. Isso se caracterizaria pelo fato de que a empresa, ao instaurar uma investigação interna com o intuito de averiguar a ocorrência de ato violador da lei ou de suas condutas internas, pode acabar por ela própria violar preceitos legais de direitos fundamentais dos investigados.

O autor espanhol aponta ainda para a considerável diferença existente entre a forma de proteção de direitos fundamentais no âmbito vertical cidadão-Estado e no âmbito horizontal cidadão-cidadão. No entanto, a possibilidade de aproveitamento probatório e de transferência das informações coletadas na investigação privada à entidade estatal de persecução penal ou de sua apresentação direta em juízo em conjunto com a defesa da empresa é motivo plausível para

[47] Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); § 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008); § 2º - Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

a aproximação dos princípios que regem o direito penal e o direito processual penal com as *internal investigations*, a fim de que, utilizando-se dos contrapesos adequados, estas sejam mais equilibradas e até mesmo mais eficazes quando da colaboração com o processo movido pelo Poder Público.

Desse modo, é razoável que as considerações feitas sobre as provas inadmissíveis no processo penal se estendam ao âmbito das investigações privadas no bojo do *compliance program*.

No contexto norte-americano, Samuel W. Buell e Jennifer Arlen[48] demonstram que as empresas não encontram restrições relevantes no procedimento das investigações internas, mesmo quando as informações obtidas servem para colaborar com as investigações oficiais do Estado. Assim, não são assegurados todos os direitos constitucionais ao empregado investigado - como o direito ao silêncio e o direito de acompanhamento de defesa técnica na figura de seu advogado - e, em caso de recusa em colaborar com a investigação, o empregado pode, *v.g.*, ter o seu contrato rescindido.

Entretanto, os autores afirmam que isso não obsta ao livre uso dessas provas pelo sistema jurídico norte-americano, de tal forma que, ainda que configurada coerção na obtenção da evidência, não enseja a perda do seu valor probatório.

A "prova emprestada", via de regra, passa a integrar o sistema jurídico na forma de prova pré-constituída. Mas, numa breve distinção entre prova pré-constituída e prova constituenda, é bastante razoável que para o resguardo e garantia da ampla defesa, as declarações das testemunhas, das vítimas e dos próprios investigados caminhem no sentido de exceção a essa regra, o que significa que: independente de terem sido colhidas as oitivas no curso das diligências privadas, tal procedimento deverá ocorrer (novamente) em juízo.

25.1.2 Cadeia de Custódia da Prova

Mais um ponto controvertido que se delineia à temática das provas obtidas em seara de *internal investigations* é a cadeia de custódia da prova e a garantia da fidedignidade integral dos elementos probatórios colhidos.

[48] ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W.. *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*. **University of Southern California Law Review**, v. 93, n. 4, p. 697-762, Set/2020. Disponível em: https://southerncalifornialawreview.com/2020/09/06/the-law-of-corporate-investigations-and-the-global-expansi on-of-corporate-criminal-enforcement/. Acesso em 09/11/2021.

Sendo a cadeia de custódia propriamente dita o conjunto de pessoas que tiveram contato de posse ou manuseio com as fontes de prova e os respectivos procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica desde o seu reconhecimento até o descarte[49], quando se fala na violação da cadeia de custódia da prova, fala-se de uma elipse no seu registro. O questionamento doutrinário nesse ponto se debruça sobre a existência de mecanismos que certifiquem a integralidade das provas cedidas para serem utilizadas em juízo, uma vez que a base das fontes de prova encontram-se em entidades privadas. Portanto, consideração pertinente que justifica tal discussão sobre o tema é que a relação existente entre a empresa - pelo seu programa de *compliance* - e o Estado faz com que a mesma possa atuar no sistema judiciário não só numa posição de defesa para contrapor os fatos eventualmente contra a si imputados, mas também como uma *longa-manus* estatal, vez que colabora com os órgãos de persecução penal.

A relevância do controle epistêmico da prova conversa com todo o amplamente até aqui exposto, fundamentando-se precipuamente na garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Garantir a inviolabilidade da cadeia de custódia dos elementos probatórios tem como fim assegurar que os mesmos não serão contaminados ou manipulados. Isso possibilita a estrutura dialética do processo, amplia os limites de conhecimento do julgador e diminui a possibilidade de injustiças.

Não se imagina qualquer grau de razoabilidade que paire sobre um processo penal constitucional que, no bojo de um Estado Democrático de Direito, não observe tais premissas estruturantes. Conforme demonstrado ao longo deste artigo, a adoção do instituto do *compliance*, assim como a de todos os mecanismos que o compõem, não tem o condão de servir como meio institucionalizado de romper com garantias procedimentais, o que denota a necessidade de cuidado para que a utilização do instituto não venha a ser deturpada como meio inquisitório, servindo tão somente como instrumento de obtenção de informações que, não fosse a autorregulação regulada, estariam menos acessíveis ao Estado.

[49] BADARÓ, Gustavo, 2018.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal Espanhol, desde 2009, reconhece a importância da documentação da cadeia de custódia como forma de assegurar a integralidade dos elementos probatórios.[50]

No sistema jurídico brasileiro, apesar da redação restritiva adotada pelo legislador, a cadeia de custódia é expressamente prevista no Código de Processo Penal, após modificações inseridas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) que conceitua o instituto e regulamenta as etapas procedimentais em seu Artigo 158-A e seguintes.

A lacuna legislativa existente sobre a regulamentação do dever de observância da cadeia de custódia das evidências no âmbito das *internal investigations* não tem sido óbice para que

se contemple um movimento de documentação destas cadeias sendo executado por diversos escritórios especializados na área.

Não obstante o fato que isto representa um grande valor reputacional - e, consequentemente, financeiro - para os escritórios e empresas envolvidas, também se deve a isso dois motivos. O primeiro é que muitas empresas, por estarem listadas no mercado de valores local ou terem suas ações negociadas na bolsa dos Estados Unidos, precisam se submeter ao ordenamento jurídico norte-americano e às determinações do *Foreign Corrupt Act*. Nessa senda, a cadeia de custódia exerce relevante importância, pois a corrupção da documentação dos elementos probatórios advindos da investigação interna pode prejudicar a estratégia defensiva da empresa frente ao Poder Público.

O segundo motivo que nos leva a observação desse comportamento é uma extensão do primeiro, isto é, o já mencionado interesse empresarial em fazer jus aos benefícios processuais previstos. Dentre outras fundamentações já apresentadas neste trabalho, a obtenção desses benefícios legais também estão relacionados à utilidade das evidências colhidas.[51]

Diante do exposto, entende-se que a valoração e a admissão das provas sujeitam-se à observação da inviolabilidade da cadeia, dado que o controle epistêmico na justiça criminal é instituído pelo legislador ao definir hipóteses de admissibilidade ou inadmissibilidade das

[50] TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL. STS 7710/2009. Ponente: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre. 03.12.2009. Disponível em: https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp . Acesso em: 08 de novembro de 2021.

[51] Assim, tem-se como exemplo o *Memorandum* McNulty, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que prevê como um dos aspectos a serem considerados pelos Procuradores Federais no momento de decidirem sobre o processamento ou não da pessoa jurídica envolvida, a divulgação voluntária e oportuna e a disposição da empresa em apresentar evidências imbuídas de relevância. Considerando também se a empresa, embora pretenda cooperar, se envolveu em conduta destinada a impedir a investigação, incluindo como exemplos de tais condutas a obstrução criminal por produção incompleta ou atrasada de registros.

provas. No âmbito das investigações que tramitam na esfera privada dos *compliance programs*, ainda que não se possa dizer que existe uma expressa obrigação legal que vincula as pessoas jurídicas de direito privado a observar a apresentação de registro inequívoco da cadeia de custódia da prova, resta claro que a quebra da mesma pode ensejar prejuízos aos benefícios perquiridos pela empresa com a autorregulação regulada.

25.2 Controvérsias Trabalhistas

Na relação existente entre o funcionamento dos *compliance programs* e os direitos dos trabalhadores, a necessidade da empresa respeitar o direito à privacidade e o direito à intimidade de seus funcionários entra em conflito com o direito da empresa, decorrente da relação contratual, em adotar medidas de vigilância para verificar o cumprimento das obrigações e deveres laborais do empregado.

Dito isso, reconhece-se que as provas e evidências obtidas pelas *internal investigations* muitas vezes têm como fonte ferramentas de tecnologia da informação e de comunicação que os funcionários utilizam sob concessão da empresa. Assim, parte-se da premissa de que assiste direito à empresa controlar os elementos de sua titularidade que são deixados à disposição do trabalhador para produção, tendo acesso aos registros deixados em, *v.g.*, celulares, computadores, e-mails e *chats*.

No entanto, a discussão que se trava é que, apesar do exposto, existe uma expectativa razoável de intimidade por parte do funcionário. Esse entendimento vai ao encontro do conhecimento de uma certa tolerância na realidade fática empresarial sobre a ocorrência de intercâmbio de informações pessoais que habitualmente se verifica no uso daquelas ferramentas.[52]

Não sendo absoluto o direito à intimidade, sua relativização é admitida quando conflitua com o direito-dever da empresa de controlar a atividade laboral de seus empregados, principalmente em se tratando da verificação da eficácia de seus programas de cumprimento, da prevenção e detecção de ilícitos no bojo da atividade empresária e da eficácia da persecução criminal.[53]

Para isso, Juan Pablo Montiel utiliza-se de classificações relativas à obtenção de provas e à restrição dos direitos individuais, segundo as quais nos casos em que o empregado utilizar

[52] Nesse sentido: GÓMEZ MARTÍN, 2013.
[53] Nesse sentido: ESTRADA I CUADRAS, 2013.

ferramentas de titularidade do empregador, a notificação por parte da empresa sobre a vigilância de tais ferramentas mitiga legitimamente a expectativa de intimidade do funcionário. Nessa senda, o autor também reconhece uma categoria em que não há qualquer expectativa razoável de intimidade por parte do empregado e, portanto, não exige qualquer necessidade de notificação prévia da empresa para que a vigilância ocorra de forma legítima; e uma categoria na qual a expectativa de intimidade é absoluta - *v.g.*, computadores, cadernos e itens pessoais - , não podendo a empresa atingir esse núcleo inviolável de nenhuma forma ao exercer seu direito-dever de vigilância.[54]

Nesse sentido, Víctor Gómez Martín[55] e Adán Nieto Martín[56] defendem que para a concretização legítima dessa prerrogativa da empresa, a mesma deve atender ao princípio da proporcionalidade e notificar claramente ao funcionário a possibilidade e os limites da vigilância como parte da relação contratual, bem como seus direitos e deveres e os procedimentos que compõem as *internal investigations*, além de informar sobre a possível destinação das declarações e evidências obtidas, ou seja, o aproveitamento por parte do Poder Público em eventual investigação ou processo penal futuros.

Acompanhando esse entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho em 2005 proferiu acórdão sobre o direito da empresa em monitorar as atividades do funcionário no ambiente de trabalho, mediante ciência prévia do trabalhador, tutelando assim o direito à imagem do empregador e a responsabilidade do mesmo perante terceiros.[57]

Considerando que as relações que envolvem empregado e empregador são, por essência, reconhecidas pelo Direito como iníquas e marcadas pela hipossuficiência, alguns autores, em entendimento contrário, não reconhecem como válida a disposição do direito à intimidade por meio de aviso prévio nas cláusulas contratuais, sob a fundamentação de que a capacidade de consentimento do funcionário estaria viciada ou, no mínimo, condicionada a fatores psíquicos e econômicos de poder.[58]

---

[54] MONTIEL, 2013.
[55] GÓMEZ MARTÍN, 2013.
[56] NIETO MARTIN, Adán. *Introducción*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. ***El derecho penal en la era compliance***. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
[57] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: http://www.tst.jus.br/. Acesso em: 09/11/2021.
[58] MONTIEL, 2013.

26. “Novas” Diretrizes Sobre o Tema

Em 28 de outubro de 2021, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ), através da divulgação de um memorando, revisou as diretrizes para o combate aos crimes empresariais e econômicos, que passam a ser aplicáveis às investigações em andamento e às investigações futuras.[59]

Sendo o combate à criminalidade corporativa uma das principais prioridades do Departamento de Justiça note-americano, essa é a primeira revisão significativamente relevante sobre a temática de *compliance* e suas políticas para persecução penal de crimes econômicos.

Uma das novas políticas é a criação do *Corporate Crime Advisory Group* que, dentre outros objetivos, investirá em novas tecnologias, como o uso de inteligência artificial, para o auxílio no processamento da grande quantidade e complexidade de dados que em regra envolvem os crimes econômicos e corporativos.

Além disso, as novas políticas instruem os advogados do Departamento a considerarem todo o histórico criminal da empresa, assim como prestam maiores esclarecimentos acerca da obrigação que vincula a pessoa jurídica a fornecer todas as informações relativas a todas as pessoas envolvidas em má conduta corporativa como requisito ao recebimento de crédito cooperativo e dos respectivos benefícios previstos legalmente, ademais, faz revisões essenciais sobre a utilização de monitoramento e fundamenta medidas que garantem sua adoção imediata.

Segundo o memorando, toda a má conduta anterior da empresa é potencialmente relevante, não se limitando ao fato de se a má conduta passada é semelhante à ofensa instantânea. Desse modo, não importa que as violações praticadas pela empresa variem entre leis criminais, leis civis ou regras regulatórias. O próprio histórico reiterado já serve como um indicativo de que a empresa não possui um controle interno adequado e uma cultura corporativa que desincentiva atividades criminosas.

Sobre o fornecimento de informações relativas às pessoas envolvidas e o recebimento de qualquer consideração de cooperação, tem-se que a empresa não pode limitar a divulgação aos indivíduos que se acredita estar substancialmente envolvidos nas irregularidades, incluindo pessoas de dentro e de fora da empresa. Cabendo aos procuradores do Departamento avaliar a culpabilidade relativa e o nível de envolvimento dos indivíduos na má conduta, incluindo

[59] Memorando disponível em: https://www.justice.gov/dag/page/file/1445106/download. Acesso em: 09/11/2021.

aqueles que, embora não estejam diretamente envolvidos na conduta criminosa, podem ter informações importantes a fornecer.

Por fim, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos reconhece a eficácia do monitoramento corporativo independente para avaliar o nível de conformidade das empresas com os termos das resoluções criminais corporativas e também a eficácia em reduzir os riscos de reincidência da má conduta e de lapsos de conformidade identificados durante a investigação criminal.

Neste sentido, os advogados do Departamento de Justiça estão aptos a avaliar em cada caso a necessidade de imposição de um monitoramento corporativo. Assim, quando o programa de *compliance* e os controles de conformidade da empresa forem ineficazes, não dispondo de recurso adequado ou não estando totalmente implementado, deve-se considerar a imposição de monitoramento apropriado para abordar as questões e preocupações específicas.

27. Too Big To Jail: Corporate Law Enforcement

O tipo mais comum de empresa que se caracteriza como *"too big to jail"* são as instituições financeiras, pois estão mais propensas a receberem resgate do governo e a exercerem relevância sistemática importante. Para o Estado, o reconhecimento de uma empresa como tal ocorre quando da percepção que sua falha ou potencial incapacitação é politicamente insustentável, motivo que enseja que os promotores diminuam a severidade das sanções aplicáveis às atividades criminosas.

A classificação de uma empresa nessa categoria não envolve uma análise econômica objetiva de um conjunto de requisitos estáticos. Se por um lado a classificação nesse ramo pode ocasionar um aumento no custo regulatório, por outro, este elemento entra fortemente na fundamentação das empresas no momento de negociarem acordos punitivos ou acusações criminais com os procuradores.

Brandon Garrett disserta sobre a redução da capacidade dos promotores em combater a criminalidade corporativa, atendo-se à aplicação de multa à empresa ré, sem o acompanhamento de acusação e processo de indivíduos culpados e sem reformas estruturais obrigatórias. Os promotores muitas vezes têm essa capacidade cerceada devido à grandeza e à relevância sistematicamente importante que algumas empresas alcançam, de modo que, quando violam a lei, o governo não aplica sanções criminais eficientes. Portanto, o autor define que o *"Too big*

to jail problem" é exatamente a preocupação de os promotores não responsabilizar essas companhias por serem muito valiosas para a economia.[60]

Nessa senda, Nick Werle pontua que, desde a crise financeira de 2008, instituições de Wall Street resgatadas têm acertado acusações criminais graves em termos que protegem sua lucratividade e seus executivos de assunção de responsabilidade por condutas supostamente fraudulentas.[61]

Esse comportamento também é incentivado pela falta de credibilidade de uma responsabilização individual não monetária de gerentes e funcionários envolvidos com o fato criminoso. O que os casos mostram é que mesmo quando os indivíduos são processados, recebem sanção mais branda do que réus que enfrentam acusações semelhantes fora do contexto da criminalidade corporativa complexa.

A escassez que se nota sobre processos individuais em relação a acordos criminais negociados com essas empresas classificadas como *"too big to jail"* diz respeito ao fato de os promotores contarem com aparatos de investigações que produzem informações necessárias para acordos corporativos, mas não produzem de forma confiável as evidências necessárias para acusar indivíduos culpados. E, devido a forma que o sistema se estrutura, geralmente não há um inequívoco interesse da corporação em colaborar com as investigações públicas.

Em março de 2013 observou-se uma grande polêmica sobre um acordo do Departamento de Justiça norte-americano *(DOJ)* com o HSBC, no qual o banco foi multado em USD 1,92 bilhão, mas nenhum indivíduo foi processado por ter a instituição financeira facilitado a lavagem de dinheiro para cartéis de drogas mexicanos e organizações semelhantes.[62] Assim, questionado sobre a realidade fática das empresas tidas como *"too big to jail"*, o Procurador-Geral Eric H. Holder reconheceu publicamente que a ameaça de uma

[60] GARRETT, 2016.
[61] WERLE, 2019.
[62] Ben Protess & Jessica Silver-Greenberg, HSBC to Pay $1.92 Billion to Settle Charges of Money Laundering, N.Y. TIMES: DEALBOOK, Disponível em: http://dealbook.nytimes.com/2012/12/10/hsbc-said-to-near-1-9-billion-settlement-over-money-laundering [https://perma.cc/J8CN-PVAC]. Acesso em 09/11/2021; Também: Dominic Rushe & Jill Treanor, HSBC's Record $1.9bn Fine Preferable to Prosecution, U.S. Authorities Insist, GUARDIAN, Disponível em: https://www.theguardian.com/business/2012/dec/11/hsbc-fine-prosecution-money-laundering
[https://perma.cc/TM2T-M523]. Acesso em: 09/11/2021.

possível crise econômica restringe os promotores do *DOJ* que atuam com a criminalidade macroeconômica corporativa.[63]

Nesse sentido, a análise feita por Garrett acerca dos dados de liquidação demonstra que geralmente as empresas recebem multas dentro do limite ajustado ao risco sugerido pela *Federal Sentencing Commission 's Organizational Sentencing Guidelines*.[64]

Isso demonstra que, não rara vezes, os gerentes da empresa têm a possibilidade de avaliar racionalmente se será mais lucrativo para a companhia e para eles enquanto pessoa física o envolvimento em condutas ilegais. Isto pois consideram o lucro marginal proveniente da atividade ilícita, a chance de serem pegos e, por saberem fazer parte da categoria *"too big to jail"*, concluem que a condenação em multa não irá exacerbar limites que coloquem em risco a instituição e o próprio sistema financeiro *lato sensu*, porque o governo tem interesse em conter o desencadeamento de uma crise.

Nessa lógica de funcionamento, a taxa de reincidência que assola a criminalidade corporativa permanece alta, tendo na lista com várias condenações empresas gigantes da indústria como ExxonMobil, Pfizer, HSBC, JPMorgan e GlaxoSmithKline.

Muitas vezes existe a confluência de entidades estrangeiras sobre a defesa dos interesses da empresa, o que aumenta a complexidade desses casos. Assim ocorreu com o caso supramencionado do HSBC, no qual a Autoridade de Serviços Financeiros do Reino Unido, bem como o Chanceler do Reino Unido, defenderam os interesses do banco. Também observou-se o mesmo movimento na negociação que ocorreu entre o *DOJ* e o *BNP Paribas*, instituição financeira francesa que teve como interventor ninguém menos que o governador do Banco da França e o Ministro das Finanças. Mais uma vez, o *BNP Paribas* foi condenado à multa bilionária[65], mas não teve nenhum indivíduo processado.

Essa prática não incomum demonstra que o risco da responsabilidade corporativa, por si só, não incentiva algumas empresas parte do alto escalão a investir em controles internos e a cooperar com investigações governamentais, talvez sendo em alguma medida motivada a adotar

[63]Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 113th Cong. (Mar. 6, 2013), http://www.judiciarysenate.gov/meetings/oversight-of-the-us-department-of-justice-2013-03-06. Acesso em: 09/11/2021.

[64] Influência do caso contra a firma de contabilidade "Big Five" Arthur Andersen LLP, por seu papel no desastre da Enron. A proibição da SEC sobre a firma auditar empresas públicas levou a mesma à falência em 2 meses e causou o desemprego de milhares.

[65] Apesar do alto valor da condenação em multa, precisamente USD 8,9 bilhões, uma análise do *Wall Street Journal* demonstrou que, pelas peculiaridades do caso e das acusações, o valor poderia ser substancialmente mais elevado.

programas de cumprimento por outros fatores, mas que ainda assim coloca em questionamento a eficácia por uma questão de estruturação de poder político-econômico.

28. Considerações Finais

A tutela da ordem econômica pelo Direito Penal como bem jurídico supraindividual apresenta-se com vários desafios, dada a complexidade de enfrentamento à criminalidade corporativa e econômica. Essa complexidade deve-se, entre outros fatores, ao nível global de alcance dos delitos, ao alto volume de dados envolvidos e à participação de *players* que dispõem de grande capacidade de recursos financeiros.

Os crescentes escândalos econômicos e a verificação de um *modus operandi* próprio que atinge a criminalidade corporativa colocou o Estado de frente com a sua ineficiência de recursos para combater tal estruturação da nova realidade, bem como com os déficits de prevenção notados no Direito Penal tradicional.

Nesse sentido, o *compliance* se apresenta como séria estratégia de política criminal em um modelo de autorregulação regulada que vem se mostrando como um mecanismo eficaz de prevenção e de detecção de irregularidades. Essa nova abordagem tem sido cada vez mais usada em diversos países como forma de enfrentamento à corrupção transnacional, à lavagem de capitais, ao financiamento do terrorismo e de garantia da integridade dos mercados.

Apesar de não ser um tema tão novo, a análise da evolução jurídica desse instituto comprova todos os seus diversos benefícios, sem, no entanto, deixar de nos instigar sobre todos os desafios que ainda se mostram latentes na doutrina, nas legislações e na efetividade de entranhamento da cultura de *compliance* no bojo das diversas sociedades ao redor do mundo.

29. Referências bibliográficas

ADRIANO JAPIASSÚ, C. E.; TAVARES FERREIRA, A. L.. O whistleblowing como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do whistleblower. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 43–60, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/7. Acesso em: 16 out. 2021.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Reforma do direito penal econômico brasileiro. In: ***Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa***. Madrid: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1986.

ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W.. *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*. In: **University of Southern California Law Review**, v. 93, n. 4, p. 697-762, Set/2020. Disponível em: https://southerncalifornialawreview.com/2020/09/06/the-law-of-corporate-investigations-and-the-global-expansion-of-corporate-criminal-enforcement/. Acesso em 09/11/2021.

AUGUSTO DE LUCA, J. Whistleblowers, arrepentidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado. In: **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 172–194, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/17. Acesso em: 16 out. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. 2ª tiragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALCARCE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

BARBAS, Leandro Moreira Valente. Questionamentos e Pontos Relevantes ao se Pensar uma Política de Proteção a Whistleblowers no Brasil a Partir de Casos e Experiências Norte-Americanas: suas Repercussões em Políticas de Compliance Criminal. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio. **Compliance e Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina, 2019.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco, ruma a outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEN, Protess; SILVER-GREENBERG, Jessica. HSBC to Pay $1.92 Billion to Settle Charges of Money Laundering, N.Y. TIMES: DEALBOOK, Disponível em: http://dealbook.nytimes.com/2012/12/10/hsbc-said-to-near-1-9-billion-settlement-over-money-laundering [https://perma.cc/J8CN-PVAC]. Acesso em 09/11/2021.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. In: **Inovações do Direito Penal Econômico**. Vol. II. Brasília: ESMPU, 2018, pp.67-96.

CARLOS FERRÉ OLIVÉ , J. . Aspectos procesales del criminal compliance. In: **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 02, p. 206–224, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/41. Acesso em: 13 out. 2021.

CARVALHO, Bruno Fernandes. Compliance Criminal: uma análise sobre os aspectos fundamentais. São Paulo: Liber Ars, 2019.

COSENTINO, Luis Claudio Senna. Princípio da lesividade e delitos de acumulação: nacionalidade e imputação penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MELLO, Clayson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. **Estudos em homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, pp. 659-676.

DE CASTRO HALIS, D.. Dynamics of Dissent and Whistleblowing: Conceptualization and the Way Ahead. In: **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 61–71, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/8. Acesso em: 16 out. 2021.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Nuevas Fronteras del Derecho Penal, Ediciones Olejnik, Chile, p.93-141, 2019.

DIANNE GIBSON PEREIRA, I. Compliance, internal investigations e direitos dos investigados: reflexões sobre o direito de defesa nas investigações internas. In: **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 02, p. 170–187, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/39. Acesso em: 13 out. 2021.

DOMINIC, Rushe; TREANOR, Jill. HSBC's Record $1.9bn Fine Preferable to Prosecution, U.S. Authorities Insist, GUARDIAN, Disponível em: https://www.theguardian.com/business/2012/dec/11/hsbc-fine-prosecution-money-laundering [https://perma.cc/TM2T-M523]. Acesso em: 09/11/2021.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas*. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. pp.197-228. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

F. SANTOS, N. M. B.; DE LIMA, R. M.; DOS SANTOS, R. F. Lei Sarbanes-Oxley: estudo sobre a divulgação de deficiências na avaliação dos controles internos. **Anais do Congresso Brasileiro de Custos - ABC**, *[S. l.]*, Disponível em: https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/1084. Acesso em: 16 out. 2021.

FANTIN, Lucas Alfredo de Brito; ZANON, Patricie Barricelli. 20 anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção e Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio. **Compliance e Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina, 2019.

FELÍCIO, Guilherme Lopes. Criminal Compliance: mecanismos de proteção contra a criminalidade econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERNANDES, B.; PUSTILNIK, T.. Uma análise crítica da figura do Whistleblower no ordenamento jurídico brasileiro . **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 28–42, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/6. Acesso em: 13 out. 2021.

FREEMAN, R.E.; HARRISON, Jeffrey; ZYGLIDOPOULOS, Stelios. *Stakeholder Theory: Concepts and Strategies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

GARCÍA DE LA GALANA, Beatriz. *Whistleblowing y canales institucionales de denuncia*. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

GARRET, Brandon L.. *Too big to jail: How Prosecutors Compromise With Corporations*. 1ª ed. Londres: Harvard University Press, 2016.

GOMES, Abel Fernandes. Responsabilidade Penal pela Omissão de Compliance. In: MELLO, Kleyson de Moraes et al. **O Direito em Perspectiva**. Juiz de Fora: Editar, 2015.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance y derechos de los trabajadores*. In: MIR PUIG, Santiago. ***Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal***. Madrid: Edisofer, 2014.

GUEIROS, A.. Resenha ao livro Manual de Compliance Penal en España, de Rafael Aguilera Gordillo. Navarra: Thomson Reuters, 2020. . **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 303–314, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/25. Acesso em: 16 out. 2021.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonia na história jurídica e no direito penal contemporâneo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n. 2, abr./jun. 2011.

HASSAN CHOUKR, F..Whistleblower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 131–143, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/12. Acesso em: 16 out. 2021.

HEINE, Günther. *Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa.* Traducción por Carlos Gómez-Jara Díez. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ***Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p.20 e ss.

KPMG. Pesquisa: Maturidade do Compliance no Brasil, 4ª edição, 2019. KPMG. Pesquisa: Perfil do Hotline no Brasil, 2020.

LANNES, Yuri Nathan da Costa; RAMOS, Tais. Investigação e Prova nos Atos de Corrupção: Compliance e Due Diligence. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio. **Compliance e Direito Penal Econômico.** São Paulo: Almedina, 2019.

LAUFER, William S. *A Very Special Regulatory Milestone*. 2018.

LAUFER, William S. *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance* In: **Vanderbilt Law Review**. Estados Unidos: Vanderbilt University Law School, 1999. v. 52, n.5. Disponível em: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=vlr. Acesso em: 30/10/2021.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES, Vlamir Costa . Governança global, governança corporativa e criminal compliance: entre conceitos, aspectos históricos e desafios contemporâneos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Governança Global**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, V. 1, p. 188-202.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Parte general. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo: A tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea. 2013. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014.

MENDO ESTRELLA, Alvaro. *El modelo español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. In: ***Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales***, España, v. LXX, p.113-138, 2017.

MONIQUE SANTOS CEZAR, S. . As Políticas De Compliance E A Autorregulação Regulada Como Ferramentas De Prevenção À Lavagem De Dinheiro. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 02, p. 345–372, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/46. Acesso em: 13 out. 2021.

MONTIEL, Juan Pablo. *Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. ***Compliance y teoría del derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NAKAHARA, Eric Felipe Sabadini; PAGOTTO, Leopoldo. O programa de compliance como mecanismo de prevenção de responsabilidade penal no ambiente corporativo. In: SOUZA, Luciano Anderson de. **Compliance no Direito Penal**. Volume 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NIETO MARTIN, Adán. *Introducción*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. ***El derecho penal en la era compliance***. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. ***El Derecho Penal Económico en La Era Compliance***. Valencia: Tirant to Blanch, 2013

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

OLIVEIRA ÁVILA, A. P.; TINEN, J. E. Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: a experiência nos sistemas comparados. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 1–27, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/5. Acesso em: 16 out. 2021.

OLIVEIRA, José Carlos; AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar. O Modelo de "Autorregulação Regulada" e a Teoria da Captura: Obstáculos à Efetividade no Combate à Lavagem de Dinheiro no Brasil. In: **Revista Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 365-388.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento.Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PERASOLI TRADE, B.. Impactos dos programas de compliance na responsabilidade penal individual de dirigentes no âmbito da sociedade empresária. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 02, p. 29–61, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/31. Acesso em: 16 out. 2021.

PINTO, Nathália Regina. A importância do monitoramento constante das operações e do dever de colaboração na prevenção à lavagem de dinheiro no mercado de capitais. In: SOUZA, Luciano Anderson de. **Compliance no Direito Penal**. Volume 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RAMOS PITTARO NEVES, E.; DE CASTRO VILLAR MELLO, R. . Whistleblowing: sistema instrumental à política de integridade. In: **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 100–130, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/11. Acesso em: 16 out. 2021.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Econômico - É legítimo? É necessário? In: **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 26, 2016.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; DE CARVALHO MARIN, Gustavo. Programas de Whistleblowing e os Problemas da Delação Premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. **Compliance no Direito Penal**. Volume 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal.Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

S. Comm. on the Judiciary, 113th Cong. (Mar. 6, 2013), http://www.judiciary.senate.gov/meetings/oversight-of-the-us-department-of-justice-2013-03-06. Acesso em: 09/11/2021.

SAAD-DINIZ, E.; DE CARVALHO MARIN, G. . Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações?. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 72–99, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/10. Acesso em: 16 out. 2021.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica*. In: **REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA** , v. 3, p. 252-267, 2019.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal - Revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SAENZ, Fabiana Eduardo; DUARTE, Nicolás Eduardo del Solar. *La importancia del denunciante (Whistleblower) como mecanismo de participación ciudadana en el combate a la corrupción*. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio. **Compliance e Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina, 2019.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, v. 1, p. 167-209.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal da era compliance, a realidade penal econômico-empresarial brasileira e a variação de seus momentos. In: SOUZA, Luciano Anderson de. **Compliance no Direito Penal**. Volume 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SOUZA SANTOS, H.; SANTIN, J. .; AMARAL, R. . A proteção do whistleblower: uma análise a partir dos panoramas jurídicos na Europa e no Brasil . **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 144–171, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/16. Acesso em: 16 out. 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de Responsabilidade na Criminalidade Empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 54, v.12, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal. In: **Inovações do Direito Penal Econômico**. Vol. I. Brasília: ESMPU, 2018, pp.105-145.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de Compliance e a Atribuição de Responsabilidade Individual nos Crimes Empresariais. In **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 25, ns. 1 a 4, 2015, p. 113 – 141.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Matheus de; e outros. Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. In: **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 165-197, jan/jun. Disponível em: http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acessado em: 25/10/2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais**. Belo Horizonte: Vorto, 2019, pp. 95-121.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Criminologia e Delinquência Empresarial: da Cultura Criminógena à Cultura do Compliance. In: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 10, no.2, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1.033-1.051.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; O informante no contexto dos sistemas de compliance. In: BARBOZA, Márcia Noll; WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia. **Inovações da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: 2a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, 2020, pp. 32-53.

SOUZA, Luciano Anderson de. Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP. São Paulo, 2012.

TELLES DE SOUZA, R. Comparação entre os regimes jurídicos do whistleblower ou informante nos Estados Unidos da América e no Brasil: algumas notas sobre a considerável deficiência da atual disciplina brasileira do Instituto. **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 222–242, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/20. Acesso em: 16 out. 2021.

U.S. Department of Justice. Memorandum. 28/10/2021.

VAZ E GRECO, M. .; ALCÂNTARA LIMA DUMONT, P. . Entre o anonimato e o sigilo: a interação do whistleblower com o Processo Penal . **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 01, p. 207–221, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/19. Acesso em: 16 out. 2021.

VERVAELE, John A. E.. Un enfoque histórico al Derecho Penal Económico y Financiero. Colômbia, 2011.

VIANA, E. Observações sobre o princípio da legalidade. In: **Revista Científica do CPJM**, *[S. l.]*, v. 1, n. 02, p. 96–125, 2021. Disponível em: http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36. Acesso em: 13 out. 2021.

WERLE, Nick.. *Prosecuting Corporate Crime when Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review*. In: **The Yale Law Journal**, 2019, p. 128. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol128/iss5/4. Acesso em: 09/11/2021.

A contra-ordenação de gestão ruinosa de instituição de crédito

Nuno Brandão[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo analisa a contra-ordenação de gestão ruinosa de instituição de crédito, prevista no artigo 211.º, n.º 1, al. k), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras de Portugal. Discute-se qual o bem jurídico é objeto de protecção, identificando como tal o património da sociedade administrada pelo agente. Ademais, analisa-se os requisitos típicos para a punição dessa infracção.

Palavras-chave: Gestão ruinosa; instituição de crédito; contra-ordenações.

Abstract: The article analyses the regulatory offence of destructive management of credit institutions, foreseen in article 211, n. 1, k), of the Portuguese General Law of Credit Institutions and Financial Companies. It discusses which legal interest is protected, arguing that it is an infraction against property. Afterwards, analyses the objective requirements of punishment for this offence.

Keywords: destructive management; credit institutions; regulatory offences

1. Introdução

1. O art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF, Decreto-Lei n.º 298/92, de 31/12) tipifica como contra-ordenação, atribuindo-lhe o estatuto de infracção especialmente grave, os "*actos dolosos de gestão ruinosa, em detrimento de depositantes, investidores e demais credores, praticados pelos membros dos órgãos sociais*". A infracção é punível com coima de € 4.000 a € 5.000.000 se praticada por pessoa singular e com coima de € 10.000 a € 5.000.000 se cometida por pessoa colectiva. Este último limite é elevado ao montante correspondente a 10 % do total do volume de negócios

[1] Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

anual líquido do exercício económico da pessoa colectiva anterior à data da decisão condenatória sempre que este montante seja determinável e ultrapasse € 5.000.000 (art. 211.º, n.º 2, do RGICSF).

Trata-se de uma contra-ordenação que remonta à versão originária do Decreto-Lei n.º 298/92[1] e que actualmente se integra num preceito que conta com mais de 40 alíneas, nas quais se prevêem infracções especialmente graves, com os mais diversos fins e conteúdos. Ainda que constitua uma infracção já com mais de um quartel de existência, até à data, a prática decisória, administrativa e judicial, sobre ela resume-se a um único caso, relativo à gestão do Banco Espírito Santo levada a cabo por alguns dos seus administradores[2], no período que antecedeu a medida de resolução tomada pelo Banco de Portugal, em 2014. A doutrina também lhe tem passado ao lado, não existindo entre nós qualquer reflexão doutrinal minimamente relevante sobre ela[3].

A sua incidência sobre uma realidade de suma importância no domínio financeiro, a relativa à gestão das instituições de crédito e das sociedades financeiras, é, não obstante, razão mais do que suficiente para justificar uma reflexão dogmática que se debruce sobre as suas dimensões típicas essenciais. Com este estudo procuramos avançar com um primeiro esforço de análise, discutindo e tomando posição sobre o bem jurídico, o objecto da acção e a conduta típica desta contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*.

2. Objecto da Acção e Bem jurídico

2. A fim de determinar aquilo que se proíbe e pune na alínea *k)* do n.º 1 do art. 211.º do RGICSF será conveniente começar por empreender uma *delimitação negativa* do seu âmbito normativo, demarcando o que fica à margem da sua área de tutela típica. Para este efeito, parece

[1] Até à alteração a este art. 211.º operada pela Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho, a contra-ordenação constava da alínea *l)* do n.º 1.

[2] Cf. a Decisão tomada, em 31-05-2016, pelo Conselho de Administração do Banco de Portugal no processo contra-ordenacional n.º 58/14/CO, baseada no Relatório do seu Departamento de Averiguação e Acção Sancionatória, datado de 30-05-2016, que condenou o Presidente do Conselho de Administração do Banco Espírito Santo à data dos factos pela prática desta contra-ordenação de gestão ruinosa de instituição de crédito, aplicando-lhe uma coima de € 2.000.000, e arquivou o processo em relação a outros três administradores.
Esta decisão condenatória foi confirmada por Sentença proferida em 30-04-2018 pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, fixando a medida concreta da coima em € 1.900.000 (Proc. n.º 182/16.0YUSTR). O Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão tirado em 02-05-2019, manteve a condenação (Proc. n.º 182/16.0YUSTR-L1).

[3] No nosso *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, 691, por exemplo, não fazemos mais do que uma brevíssima referência a esta infracção, para ilustrar um facto contra-ordenacional portador de dignidade penal.

aconselhável a busca de pontos de referência em áreas próximas e que guardem alguma afinidade material com a presente matéria, quer no ordenamento sancionatório nacional, quer em ordenamentos estrangeiros. Um tal exercício de aproximação e confronto permitirá desvelar pontos de contacto, mas também divergências que não deixarão de ser úteis na iluminação do conteúdo típico da infracção.

Em nosso modo de ver, não obstante a referência legal a "depositantes, investidores e demais credores" da entidade em apreço, o *objecto da acção* típica *não é* formado pelo património ou interesses destas pessoas. Com efeito, apesar da ligação económica que mantêm com a instituição de crédito – por via de depósitos efectuados, do capital social dela que adquiriram ou do crédito que lhe concederam, respectivamente –, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* não tem imediatamente em vista os interesses económicos desses *stakeholders*.

Se no tipo legal estão em causa actos de gestão ruinosa praticados pelos membros dos órgãos sociais (da instituição de crédito ou da sociedade financeira), parece-nos evidente que objecto de tais actos só poderá ser *a própria sociedade* cuja administração é confiada a esses órgãos sociais. Referindo-se a norma aos credores da instituição de crédito, não se vê a que título e de que forma poderiam os créditos deles ser geridos pelos membros dos órgãos sociais da sociedade devedora. Em via de princípio, aos membros dos órgãos sociais de uma instituição bancária ou financeira cabe dirigir a prática dos actos próprios do objecto social e gerir o património social dessa sociedade e não os activos patrimoniais de depositantes, investidores e demais credores.

Um confronto da norma constante do art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF com o tipo legal de crime de *Gestione Infedele* previsto na legislação italiana (art. 167 do Decreto Legislativo n.º 58/1998, de 24 de Fevereiro: Texto único das disposições em matéria de intermediação financeira)[4] reforça a ideia de que objecto da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* do RGICSF é o *património social da instituição de crédito* e não o de depositantes, investidores e demais credores. Pretendendo-se atribuir relevância sancionatória a actos imediatamente danosos do património de terceiros, seria de seguir-se uma linha similar

[4] "1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni".

àquela adoptada pelo legislador italiano, que no mencionado preceito pune criminalmente "quem, na prestação do serviço de gestão de carteiras ou do serviço de gestão colectiva da poupança, em violação das disposições reguladoras de conflitos de interesses, realize operações das quais resultem prejuízo para os investidores". Claramente, não é uma norma com este sentido com que deparamos no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF. A previsão nela inscrita tem antes directamente que ver com a gestão das sociedades sujeitas à regulação do RGICSF, proibindo a prática dolosa de actos de gestão ruinosa *dessas sociedades*.

3. Estando este tipo legal contra-ordenacional voltado para as próprias instituições de crédito e sociedades financeiras abrangidas pelo RGICSF e correspondendo a conduta típica à prática de actos de gestão dessas entidades, designadamente, de actos de gestão *ruinosa* das mesmas, é patente que esta infracção se assume como uma espécie do género das *infracções de infidelidade*. Trata-se, no caso, em nosso juízo, de uma específica tipologia de gestão infiel num contexto societário também ele específico, o bancário.

Como é sabido, este género de delitos de infidelidade é encabeçado, no sistema legal português, pelo crime de *Infidelidade Patrimonial*, previsto no art. 224.º do CP. A par desta incriminação, de carácter geral, o Código Penal conhece uma outra de cariz mais particular, no âmbito dos crimes contra o sector público ou cooperativo, a de *Administração Danosa* (art. 235.º). Através destas duas incriminações, ambas de natureza patrimonial[5], o legislador *penal* português adoptou o *modelo de matriz alemã*, plasmado no § 266 do CP germânico, caracterizado pelo carácter geral da infracção. O que nele é característico é a circunstância de a administração abusiva ou infiel de interesses patrimoniais alheios poder assumir relevo criminal sem que seja necessária uma determinada ligação desses interesses a um específico domínio da vida social ou económica, designadamente, de ordem societária. Nisto distingue-se do denominado *modelo francês*, marcado pela limitação da esfera penalmente punível ao âmbito da gestão das sociedades comerciais (art. L242-6 do Code de Commerce)[6]. Ainda à semelhança

[5] Cf. os comentários de A. Taipa de CARVALHO (§ 5) e de Manuel da Costa ANDRADE (§ 2 e *passim*) aos artigos 224.º e 235.º do CP, respectivamente, no *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999; e em data mais recente, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva de Negócios de Risco à Acção de Infidelidade (Art. 224º, nº 1 do Código Penal. O Direito Penal no Mar Revolto da Crise Económico-Financeira*, Almedina, 2018, 27 ss.

[6] Sobre esta contraposição entre os modelos alemão e francês, integrando o ordenamento português no primeiro, Luigi FOFFANI, "Untreuestrafbarkeit im französischen und italienischen Strafrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ano 122 (2010), n.º 2, 374 ss.

da legislação alemã, e em contraste com a francesa, a tipificação dos nossos crimes de *Infidelidade Patrimonial* e de *Administração Danosa* é caracterizada pela forma ampla e genérica como é descrita a conduta típica, sem explicitação e discriminação de determinadas espécies de actos de disposição e administração patrimonial nocivos para o património e/ou interesse social susceptíveis de conduzir à responsabilidade penal do agente. O que se, por um lado, pode revelar-se problemático do ponto de vista da exigência de determinabilidade imposta pelo princípio da legalidade criminal[7]; por outro lado, confere às infracções uma plasticidade que as torna mais aptas a responder às mais diversas formas que uma administração infiel pode assumir e assim às exigências de prevenção que político-criminalmente justificam a sua criminalização.

Denominador comum de todas estas infracções de infidelidade, independentemente do modelo adoptado, é precisamente aquele carácter danoso da gestão dos interesses de terceiros confiada ao agente fundado numa condução indevida da administração. Por isso mesmo, correspondendo o núcleo do tipo contra-ordenacional de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* à prática de actos de gestão, caracterizados pelas suas implicações severamente danosas para os interesses administrados, temos como inequívoca a sua integração neste reduto normativo da infidelidade patrimonial. Um tipo legal que, de certo modo, partilha características dos dois modelos enunciados: à semelhança do francês, encontra-se acantonado no âmbito bancário, estando restrito à gestão das instituições de crédito e sociedades financeiras; mas faz par com o alemão na descrição genérica da conduta típica.

4. Embora segura, a recondução da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* ao universo da infidelidade patrimonial não é, sem embargo, suficiente para que de imediato, sem considerações adicionais, se chegue à identificação do *bem jurídico* protegido pela infracção. Um dado com óbvia importância não só para aferir a legitimidade material da tipificação de tal facto como contra-ordenação, como ainda para a determinação da área de tutela típica.

Tanto na experiência jurídica nacional, como na estrangeira que nos é mais próxima há um claro predomínio da concepção que vê no *património* o bem jurídico das infracções de

[7] No sentido da compatibilidade, o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 23-06-2010, n.º m. 84 ss. (2 BvR 2559/08, disponível em www.bundesverfassungsgericht.de).

infidelidade legalmente tipificadas, em geral sob a forma penal[8]. Sem prejuízo de algumas naturais *nuances* na caracterização do património e respectiva titularidade objecto de tutela, a tendência notoriamente maioritária na doutrina e na jurisprudência é de polarizar o *património* senão como único, pelo menos como bem jurídico principal dos delitos de infidelidade. E isto mesmo nas situações em que as incriminações se encontram sistematicamente integradas num âmbito de delitos societários[9].

Pontualmente, nos casos em que as infracções estão inseridas num campo mais amplo de crimes societários, vozes minoritárias invocam como bens jurídicos dos crimes de infidelidade valores de natureza dita supra-individual que se prendem com a existência e o *modus vivendi* da sociedade administrada, como sejam, por exemplo, a permanência da sociedade mercantil no tráfico jurídico-económico[10] ou, concomitantemente, o correcto funcionamento da sociedade comercial[11]. No domínio dos delitos societários há, de facto, uma tendência para erigir estes interesses – ou valores afins, como o da *confiança* na conformidade com as diversas regras ordenadores da vida societária[12] – a figuras catalisadoras do programa de tutela penal[13]. E quando isso sucede a propósito de um contexto normativo que integra infracções de infidelidade, podem estas acabar por ser associadas a bens jurídicos daquele jaez. Não obstante, como bem ilustra a dogmática penal-societária alemã, a circunstância de se vincular estes delitos societários à protecção de bens jurídicos colectivos como os referidos de

[8] Neste sentido, de novo, A. Taipa de CARVALHO (§ 5) e Costa ANDRADE (§ 2 e *passim*), *cit.*, (n. 5). E por toda a doutrina e jurisprudência alemãs, Urs KINDHÄUSER, in Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (orgs.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 5.ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, § 266, n.º m. 1.

[9] Assim, em Itália, quanto ao crime de *Infedeltá Patrimoniale* previsto no art. 2643 do Código Civil, Maurizio BELLACOSA, *Obblighi di Fedeltà dell'Amministratore di Società e Sanzioni Penali*, Giuffrè, 2006, 105 ss.; e em Espanha, a propósito do anterior delito societário de infidelidade (art. 295 do Código Penal de 1995, substituído, em 2015, pelo actual crime patrimonial de infidelidade constante do art. 252 do CP), a doutrina recenseada por Maria del Carmen VERA RIVERA, *El Delito de Administración Desleal: Criterios de Política Criminal, Fundamentación del Injusto y Análisis de la Tipicidad Objetiva*, Madrid, 2017 (http://eprints.ucm.es/43599/1/T39008.pdf), 285 ss.

[10] Belén MAYO CALDERÓN, *La Tutela de un Bien Jurídico Colectivo por el Delito Societario de Administración Fraudulenta: Estudio del Art. 295 del Código Penal Español y Propuesta de Lege Ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2005, *apud* Maria del Carmen VERA RIVERA, *El Delito de Administración Desleal*, 328 ss.

[11] Vincenzo MILITELLO, "L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)", in Giarda/Seminara (orgs.), *I Nuovi Reati Societari: Diritto e Processo*, Padova: CEDAM, 2002, 486.

[12] Nesta direcção, pela generalidade da doutrina alemã relativa aos crimes previstos nas leis comerciais, DANNECKER, in Michalski/Heidinger/Leible /Schmidt, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, Band 2, 3.ª ed., München: C. H. Beck, 2017, § 82, n.º m. 12.

[13] Assim, entre nós, em relação aos crimes previstos no CSC, Susana Aires de SOUSA, Art. 509.º, 5., in Coutinho de Abreu (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, Almedina, 2014.

modo algum compromete a possibilidade de lhes ser reconhecida também uma função de (simultânea) protecção de bens jurídicos individuais, nomeadamente, de vocação patrimonial[14].

Há um conjunto de razões que, em geral, justificam a qualificação dos crimes de infidelidade como delitos patrimoniais, eminentemente afectos, portanto, à protecção de interesses de natureza individual, mesmo num quadro normativo societário[15]. Um argumento que, em regra, depõe decisivamente nesse sentido é a previsão da inflicção de um *prejuízo no património* alheio administrado pelo agente como *elemento típico* da generalidade dos crimes de infidelidade[16]. Na realidade, a partir do momento em que o prejuízo patrimonial é instituído como parte integrante de um tipo objectivo de ilícito de infidelidade, não se vê como se possa deixar de apontar o património como bem jurídico protegido. Será ainda mais assim, obviamente, quando a incriminação esteja sistematicamente localizada no âmbito dos crimes patrimoniais; mas também ainda quando o tipo legal faça parte de uma regulação sancionatória de direito societário. Restará depois saber se haverá algum outro bem jurídico simultaneamente protegido pela incriminação, qual o titular do património protegido enquanto bem jurídico, o modo como o património deverá ser concebido em termos normativos, *etc.*

Não poderá, porém, reivindicar-se para a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* de que cuidamos um estatuto de infracção patrimonial com base naquela poderosa razão, uma vez que a infracção não integra como elemento do tipo a ocorrência de qualquer efectivo prejuízo patrimonial como resultado da administração assegurada pelo agente. Como não poderia deixar de ser, atento o princípio constitucional da legalidade criminal, sempre que os legisladores penais pretendem fazer depender a consumação do delito de infidelidade da provocação de um prejuízo no património gerido pelo agente inscrevem expressamente essa exigência no corpo do tipo incriminador. É isso que vemos suceder nos vários crimes de infidelidade a que nos vimos referindo, dos ordenamentos penais português (arts. 224.º e 235.º do CP: "causar a esses interesses (…) prejuízo patrimonial importante" e "provocar dano patrimonial importante"), alemão (§ 266 do StGB: "und dadurch dem, dessen

[14] Desta forma, novamente pela doutrina dominante, Michalski / DANNECKER, *GmbHG*[3], (n. 12), § 82, n.º m. 12.

[15] Erigindo o património social a bem jurídico de referência das infracções de infidelidade de órgãos sociais, existentes ou projectáveis, a obra fundamental de Luigi FOFFANI, *Infedeltà Patrimoniale e Conflitto d'Interessi nella Gestione d'Impresa*, Milano: Giuffrè, 1997, 50 e *passim*.

[16] É o que sucede nos crimes de administração infiel ou danosa previstos nos arts. 224.º e 235.º do CP português, no § 266 do CP alemão, no art. 252 do CP espanhol, no art. 2634 do Código Civil italiano e no art. 158.º, n.º 1, do CP suíço.

Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt"[17]), italiano (art. 2634 do CC: "cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale"), espanhol (art. 252 do CP: "y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado") e suíço (art. 158.º, n.º 1, do CP: "et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis quíls soient lésés").

Confrontado o tipo legal de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* com estas várias incriminações sobressai a inexistência de qualquer menção naquela contra-ordenação a um elemento tão relevante na economia dos delitos de infidelidade como é o da produção de um prejuízo patrimonial. Cremos que a falta de previsão como pressuposto típico de um facto com tal significado é reveladora de que a consumação da infracção *não carece da produção de um prejuízo no património* da instituição de crédito (ruinosamente) gerida pelo agente. Isso não implica, porém, que fique necessariamente comprometida a possibilidade de conceber esta contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* ainda como uma infracção contra o património. Na verdade, na nossa perspectiva, apesar de a factualidade típica não abranger esse evento danoso, a infracção assume, ainda assim, uma natureza patrimonial[18].

Esse vezo patrimonial da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* deriva, a nosso ver, de uma consideração conjugada de vários dados, em especial os que se prendem com a conduta descrita tipicamente: o tipo objectivo de ilícito realiza-se através da prática de (i) actos de gestão (ii) ruinosa, (iii) em detrimento de depositantes, investidores e demais credores da sociedade. Como veremos *infra* de forma mais desenvolvida, consubstanciando-se a infracção na prática de actos de gestão, é isso desde logo um sinal de que está relacionada com a condução dos negócios sociais e concomitantemente com a gestão dos recursos humanos e materiais afectos a esse fim de prossecução do objecto social. Tudo o que assume uma inescapável conotação patrimonial. Essa ligação típica à esfera patrimonial da empresa sob gestão do agente é reforçada pelo predicado que confere relevo contra-ordenacional a essa gestão: o seu carácter *ruinoso*. Esta vertente essencial da infracção assume, por definição, uma dimensão patrimonial, correspondendo a algo que é altamente danoso ou prejudicial. Ora, se o cerne da infracção está justamente neste atributo tão marcadamente

[17] Em tradução livre: "e assim causar prejuízo aos interesses patrimoniais que lhe foram confiados".

[18] Nesta direcção, concebendo também a contra-ordenação essencialmente como uma infracção patrimonial, o Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2598. ss. Em linha divergente, apontando como bem jurídico a "estabilidade do sistema financeiro como um todo", a Sentença do TCRS de 30-04-2018, (n. 2), 998, e o Ac. do TRL de 02-05-2019, (n. 2), 782.

patrimonial, cremos que isso é sinal de que a contra-ordenação tem como escopo a protecção de uma realidade de feição patrimonial. Ideia que nos parece definitivamente confirmada quando se toma em consideração a expressa referência legal aos depositantes, investidores e demais credores da sociedade. De acordo com a lei, a *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é punida na medida em que ocorra *em detrimento* destes. Trata-se de pessoas que se relacionam com a sociedade objecto da gestão através de laços de natureza patrimonial e que têm no património dessa sociedade a garantia dos seus créditos e interesses económicos. Deste modo, para que a gestão seja encarada como realizada em detrimento dessas pessoas há-de ser uma tal que seja susceptível de afectar aquilo que está ao serviço da protecção desses seus interesses, que, como acabou de se afirmar, é nem mais nem menos do que o património social.

Esta centralidade do património da sociedade no quadro cunhado pelo tipo legal de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é para nós reveladora da teleologia que justifica a sua previsão: *bem jurídico* desta infracção é o *património social* da instituição de crédito ou sociedade financeira administrada pelo agente.

Além das razões já adiantadas, esta concepção patrimonial da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* pode ainda invocar a seu favor o facto de ser aquela que se encontra em melhores condições para garantir a observância do corolário da determinabilidade próprio do princípio da legalidade criminal, que, do ponto de vista constitucional, também se impõe à matéria contra-ordenacional[19]. Uma compreensão da infracção desligada da referida vertente patrimonial e que passasse por bens jurídicos colectivos associados à instituição societária, mais precisamente à (confiança na) correcção do seu funcionamento debater-se-ia com uma dificuldade dificilmente superável: a concreta determinação do conteúdo da respectiva conduta típica. Quando ligados a tipos legais correspondentes à violação de específicos deveres ou regras bem detalhadas legalmente, bens jurídicos colectivos com um conteúdo tão rarefeito como o daqueles não suscitam problemas à luz do princípio da legalidade criminal. O mesmo não poderá considerar-se, todavia, num caso como o da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*. Quando o comportamento típico é legalmente definido de uma forma vaga, como sucede na contra-ordenação *sub judice*, o cumprimento do princípio da legalidade criminal clama por uma clara vinculação a um bem jurídico com um conteúdo também ele claramente perceptível[20]. Pois só

[19] Nuno BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, (n. 3), 891 ss.
[20] Cf. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München: C. H. Beck, 2006, § 5., n.º m. 75.

assim será possível contrabalançar o carácter vago da descrição da conduta típica e abrir caminho à compreensão daquilo que é proibido sob ameaça de sanção. É, todavia, por demais duvidoso que bens jurídicos de conteúdo tão impreciso e fluído como a correcção do funcionamento da sociedade ou a confiança nessa correcção estejam em condições de promover uma maior clarificação do comportamento punível.

Todos os dados convergem, assim, para a identificação do *património* como bem jurídico da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*.

O facto de se tratar de um bem jurídico individual e estar em causa uma infracção contra-ordenacional de modo algum prejudica esta conclusão, já que de há muito se consolidou o pensamento de que a protecção de bens jurídicos individuais pelo direito contra-ordenacional é perfeitamente possível e (constitucionalmente) legítima, mesmo quando a ofensa assuma a forma de lesão[21].

5. Sendo este o bem jurídico e tratando-se de um bem jurídico individual, importa esclarecer *que concreto património* a norma visa tutelar. Como referimos já, temos para nós que se trata do *património da sociedade administrada pelo agente*. Sendo este o património que é posto sob a gestão do agente e que este está obrigado a cuidar, é este o património que de modo imediato pode ser por ele prejudicado e que cumpre por isso, antes de mais, proteger. Como tal, deverá ser esse o património a assumir como bem jurídico imediatamente tutelado pela infracção.

Não significa isto qualquer desconsideração pelo património de depositantes, investidores e demais credores. Tendo em conta o teor do disposto no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF, é evidente que os interesses destes são também objecto de preocupação legislativa. Simplesmente, a sua protecção através desta norma é tão-só mediata ou reflexa, por via da tutela do património social[22]. Salvaguardado este, salvaguardados ficarão também os interesses patrimoniais que aqueles terceiros tenham associados à instituição de crédito. Pelo que se pode entender que a contra-ordenação tem o património social como bem jurídico imediatamente

[21] Nuno BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, (n. 3), 717 ss.

[22] De jeito similar, o Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2599.: "os efeitos (reais ou potenciais) da conduta [de gestão ruinosa] hão-de projectar-se, ainda que de um modo reflexo, no património dos principais *stakeholders* da instituição, i. e., dos depositantes, investidores e outros credores".

protegido, o qual, por seu turno, mediatamente, serve um propósito de defesa do património de depositantes, investidores e demais credores.

6. Em face desta finalidade de tutela da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* e tendo em conta que a infracção não integra a produção de uma lesão no património administrado como componente do tipo, não nos parece que a infracção possa ser qualificada nem como uma contra-ordenação de dano (na perspectiva do bem jurídico), nem como uma contra-ordenação de resultado (sob o prisma da conduta). Não se exigindo, além disso, sob o ponto de vista da ofensa ao bem jurídico, a comprovação de uma efectiva colocação em perigo do património social, sobra apenas margem para uma sua compreensão como *infracção de perigo abstracto*. E no plano da conduta, como *infracção de mera actividade*. É isso que, de seguida, nos propomos explicitar e fundamentar, no contexto de uma detida análise do conteúdo típico da infracção.

3. Factualidade típica

3.1 O cerne material da ilicitude típica

7. Como se referiu *supra*, no plano da conduta, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* corresponde à prática de (i) actos de gestão (ii) ruinosa, (iii) em detrimento de depositantes, investidores e demais credores da sociedade.

A dilucidação destes vários elementos relevantes para o preenchimento da conduta típica deverá articular-se com aquele que é o escopo da norma: a protecção do património social da instituição de crédito ou financeira relativamente a actos de gestão danosos de quem se encontra incumbido de a administrar. À semelhança das demais infracções do género da administração infiel ou desleal, a essência desta contra-ordenação radica na circunstância de o ataque ao património ter a sua fonte na pessoa a quem foi confiada a sua administração. Diferentemente do que sucede noutras infracções patrimoniais, como por exemplo a burla, em que a ofensa patrimonial provém de alguém de fora, alheio à gestão do património, na infidelidade patrimonial provém *de dentro*.

É esta particularidade que boa parte da doutrina actual, na esteira de uma já secular posição de Karl Binding[23], identifica como o cerne dos delitos de infidelidade[24]: a sua ofensividade, que justifica a sua punibilidade, deriva da especial vulnerabilidade em que o património se encontra face a possíveis ofensas que lhe sejam infligidas nem mais nem menos do que por aquele que foi incumbido de dele bem cuidar. Justamente por isso, pelo facto de o ataque ao património ter a sua origem em quem menos seria de esperar e em relação ao qual as possibilidades de defesa são baixas, não raro a conduta do administrador desleal é reconduzida a uma "traição"[25].

Este horizonte de compreensão liga-se, por seu turno, ao modo como deverá ser concebida a posição do autor deste tipo de infracções. No caso da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* estão em causa os membros de órgãos sociais da instituição de crédito, em regra nomeados por decisão dos accionistas da sociedade. Mais do que os actos jurídicos de indigitação para esses cargos e respectiva aceitação pelas pessoas designadas, o que, de uma perspectiva material, deve ser tomado em consideração para efeitos da infracção é a obrigação, legal e contratualmente fundada, assumida por essas pessoas de velarem pelos interesses patrimoniais da sociedade em causa. Este dever de cuidado patrimonial (*Vermögensfürsorgepflicht*)[26] que caracteriza o mandato dos membros dos órgãos sociais manifesta-se, no caso dos administradores, numa obrigação não só de procurar evitar uma diminuição do valor do património social, como também igualmente de procurar a sua frutificação e crescimento.

Ao assumir este dever de cuidado, o administrador coloca-se numa *posição de garantia* para com a integridade do património social, comprometendo-se a geri-lo no interesse da própria sociedade (e não, naturalmente, no seu interesse individual)[27]. Com efeito, "aquilo que caracteriza a ideia de administração é que quem recebe a tarefa de administrar ocupa o lugar do titular para gerir o seu património no seu interesse, retirando-se esse titular da sua esfera

---

[23] *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Bd. 1, 2.ª ed, Engelmann, 1902, 397.

[24] KINDHÄUSER, *NK*[5], (n. 8), § 266, n.º m. 3.

[25] José HURTADO POZO, *Droit Pénal. Partie Spéciale*, Schultess, 2009, n.º m. 1509. Manifestando reservas em relação a esta expressão, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva…*, (n. 5), 19, nota de rodapé 27.

[26] KINDHÄUSER, *NK*[5], (n. 8), § 266, n.º m. 31 ss.

[27] Bernd SCHÜNEMANN, "La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesman", in Gómez-Jara Díez, *La Administración Desleal de los Órganos Societarios*, Barcelona: Atelier, 2008, 33 ss.; Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, Barcelona: Atelier, 2016, 81 ss. e 107 s.; e DUPUIS / GELLER / MONNIER *et alii*, *Code Pénal. Petit Commentaire*, Bâle: Helbing Lichtenham, 2012, Art. 158, n.º m. 8

patrimonial (ou de parte dela)"[28]. É este compromisso assumido pelo administrador que dá materialidade à ilicitude contra-ordenacional tipificada no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF e legitima a punição da prática de actos de gestão ruinosa da instituição de crédito que aí se prevê.

3.2 Elementos típicos: actos de gestão

8. Sendo este o quadro material em que a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* se move, a sua consumação em qualquer caso de espécie dependerá, em primeiro lugar, ao nível da conduta típica, da verificação de actos imputáveis ao autor susceptíveis de qualificar-se como *actos de gestão*. Entrarão neste conceito actos de disposição patrimonial ou de contracção de obrigações realizados pelo agente em nome da sociedade por si gerida, bem assim como outros tipos de actos, inclusivamente actos simplesmente materiais sem imediata conotação jurídica, relativos à materialização do objecto social, à definição da organização e funcionamento da sociedade ou à defesa de interesses patrimoniais desta que se encontrem sob ameaça[29].

Neste contexto, assumem relevância típica não só as acções que sejam levadas a cabo pelo administrador, como também as *omissões* com significado patrimonial. Esta possibilidade de imediata comissão da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* por omissão funda-se na teleologia do programa de tutela do património a que esta contra-ordenação dá corpo e na referida posição de garantia em que o administrador se encontra.

Integrando-se a presente contra-ordenação num regime jurídico que visa disciplinar a actividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras e estando a autoria nela confinada aos membros dos órgãos sociais, o desígnio de efectiva protecção do património social, bem jurídico que se visa tutelar, não pode deixar de tomar em consideração a habitual complexidade e acentuada hierarquização das estruturas societárias dos grupos financeiros e da organização dos seus recursos humanos. A generalidade dos actos com implicações patrimoniais para a instituição de crédito não contará, por certo, com uma participação activa directa dos seus administradores.

Por norma, a estes compete a definição das linhas gerais de orientação da actuação da sociedade, a supervisão da condução dos negócios sociais e a tomada de decisões sobre actos de disposição do património social e sobre actos próprios do objecto social com um impacto

[28] Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 83.
[29] DUPUIS / GELLER / MONNIER *et alii*, *Code Pénal. Petit Commentaire*, (n. 27), Art. 158, n.º m. 7.

substancial na economia da empresa. Decisões estas que podem manifestar-se através das mais diversas formas, nomeadamente, sob a forma de ordens, de instruções ou de autorizações; as mais das vezes cabendo depois a sua implementação a estratos inferiores da hierarquia. Havendo este normal distanciamento (formal) entre o exercício do poder decisório pela cúpula da sociedade e a execução material das decisões tomadas a esse nível, a limitação do âmbito normativo da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* somente às condutas activas dos membros dos órgãos sociais implicaria um severo enfraquecimento da sua força de tutela.

Para a imediata integração das condutas omissivas na esfera de acção normativa da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* concorre ainda a mencionada posição de garantia de defesa do património social que cunha a ilicitude material da infracção. O dever de protecção patrimonial que recai sobre o administrador por força da posição de garante em que se encontra investido projecta-se tanto numa obrigação de abstenção da prática de actos que susceptíveis de lesar o património social, como numa obrigação da realização das acções necessárias, e pessoalmente ao seu alcance, para prevenir, impedir ou pôr termo a situações idóneas a repercutir-se negativamente sobre a empresa no plano patrimonial. Pode, por isso, dizer-se, com Nuria Pastor e Ivó Coca, que "a decisão de omitir determinados actos com dimensão patrimonial pode ser uma forma de administração"[30]. Sob o prisma daquela última obrigação, poderá então considerar-se que esta infracção integra uma posição de garantia *sui generis*[31], tornando prescindível o recurso a qualquer cláusula de equiparação da omissão à acção. O administrador que, de modo consciente e deliberado, tolere uma operação nociva para o património por si administrado, omitindo o comportamento adequado a evitá-la (se ainda não iniciada) ou a cessá-la (se em curso) poderá, portanto, incorrer na prática da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* sob a forma de comissão por omissão.

3.3 Elementos típicos (cont.): natureza ruinosa dos actos de gestão

9. Para responsabilizar o agente não basta, em todo o caso, imputar-lhe a prática de actos de gestão. A realização da conduta típica da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de*

[30] Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 120.

[31] Nestes termos, quanto ao tipo de infidelidade (*Treubruchstatbestand*) inscrito no § 266 do CP alemão, Frank SALIGER, in Satzger / Schluckebier (orgs.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3.ª ed., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016, § 266, n.º m. 40, e ainda, em relação ao crime de administração desleal previsto no art. 252.º do CP espanhol, Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 67 e 122 ss.

Crédito pressupõe que essa gestão seja *ruinosa*, em detrimento de depositantes, investidores e demais credores. A natureza *ruinosa* da gestão encerra o cerne da infracção. A sua concretização normativa não se mostra, porém, isenta de dificuldades, dado o carácter vago da expressão e a ausência de imediatos referentes orientadores no direito interno e no direito comparado. Uma interpretação da norma articulada com os cânones dogmáticos da esfera da infidelidade patrimonial permitirá, de todo o modo, superar as naturais dúvidas que o tipo suscita a uma primeira aproximação.

Em nossa perspectiva, a qualificação de uma gestão como ruinosa deverá assentar em dois vectores: (i) numa forte contrariedade ao dever e (ii) numa susceptibilidade de substancial afectação do património social daí decorrente.

Cada um destes pólos tem correspondência naqueles que são os elementos referenciais das infracções do género da infidelidade patrimonial, a violação do dever de cuidado patrimonial que impende sobre o administrador e a ofensa ao património que daí deriva. A atribuição de relevo contra-ordenacional não a quaisquer actos de gestão, mas tão-só àqueles que configurem uma gestão *ruinosa* é expressão de um intuito legislativo restritivo do âmbito de punição da gestão indevida. Considerando o significado de *ruinoso* como algo altamente nocivo ou prejudicial, a restrição do âmbito típico a actos de gestão ruinosa parece-nos constituir sinal de que o legislador pretendeu circunscrever a aplicação da norma a casos de afronta *grave* às regras de uma da boa gestão *e* ao património social.

3.3.1 Forte contrariedade ao dever

10. Pressuposto mínimo e basilar de qualquer infracção de administração infiel é o *carácter indevido da gestão*[32]. Uma exigência que também não poderá deixar de se fazer em relação à contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*.

Tal como na generalidade das demais actividades económicas, e porventura em maior medida que em grande parte delas, os negócios dos sectores bancário e financeiro estão expostos a ineliminàveis margens de risco, designadamente, de perdas patrimoniais. Como é evidente, seria impensável sujeitar os membros dos órgãos sociais das instituições de crédito à ameaça de sanções contra-ordenacionais por gestão ruinosa simplesmente em função da verificação ou possibilidade de verificação de prejuízos para a entidade por si administrada decorrentes de determinado acto de gestão. Uma ameaça dessa espécie seria político-

[32] Por todos, em termos desenvolvidos, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva…*, (n. 5), 37 ss.

criminalmente insustentável, pelos seus efeitos paralisantes sobre a actividade destes sectores, e seria desprovida de qualquer base normativa: a tutela patrimonial que com este tipo contra-ordenacional se procura assegurar não o exige e o princípio da culpa proíbe-o, dada a responsabilidade puramente objectiva que aí iria envolvida (cf. o art. 1.º do RGCO: "Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e *censurável*…"). Não é, pois, o simples facto de um certo negócio poder "correr mal" ou acabar mesmo por "correr mal" que, sem mais, poderá desencadear uma intervenção contra-ordenacional em relação ao gestor que o decidiu e/ou executou[33].

Deste modo, para que possa haver lugar a responsabilidade contra-ordenacional nos termos do disposto no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF é imprescindível a *violação do dever de cuidado patrimonial* a que o administrador da instituição de crédito se encontra sujeito. Na avaliação da observância desse dever é imperioso ter em conta a natureza da actividade a que a sociedade se dedica, os fins sociais cuja prossecução foi confiada ao administrador e a magnitude dos riscos que ele está autorizado a correr. Actos de gestão consentâneos com a lógica económica que deve orientar os destinos sociais – e como tal economicamente racionais – e que não se desviem dos fins que marcam o objecto social[34], indo ao encontro do interesse da sociedade, não são típicos. Mesmo que lhes seja inerente um risco patrimonial, tantas vezes inarredável, actos como esses estarão contidos dentro das margens de risco permitido e, nessa medida, não poderão fundar qualquer espécie de responsabilidade sancionatória[35].

Na concretização da contrariedade ao dever do acto de gestão que caracteriza o ilícito da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* terá de recorrer-se às normas legais, regulatórias e estatutárias que regem o acto em apreço. Existirá, assim, uma *acessoriedade* entre esta contra-ordenação e essas normas que disciplinam a matéria. Acessoriedade que, pelo menos, deverá ser tomada numa acepção negativa: não sendo tais normas infringidas, não

[33] Como frisa SCHÜNEMANN, "«Infracción grave del deber» en la administración desleal?", in *La Administración Desleal de los Órganos Societarios*, *cit.*, (n. 27), 88, seria insensato "criminalizar *a posteriori* uma administração honrada que, não obstante, teve resultados infelizes". Sobre a intervenção do crime de infidelidade patrimonial no âmbito dos negócios de risco, de forma desenvolvida, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva…*, (n. 5), 19 ss. e *passim*.

[34] Acentuando a utilização do património contrária ao fim do domínio de cuidado sobre coisa alheia confiado ao agente como elemento estrutural do ilícito de infidelidade patrimonial, SCHÜNEMANN, (n. 33), 85 s.

[35] Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 129 ss.; e Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva…*, (n. 5), 39 ss. Ainda nesta direcção, Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 12 ss.

poderá concluir-se pela violação do dever de cuidado patrimonial tipicamente relevante[36]. Trata-se, de todo o modo, de uma acessoriedade assimétrica[37], dado que a inobservância de uma norma daquela natureza não é por si só suficiente para imediatamente determinar o preenchimento do tipo contra-ordenacional. Tudo dependerá ainda de uma avaliação global das circunstâncias que leve a concluir que o desrespeito por tais normas atenta contra o fim de tutela da norma contra-ordenacional, ou seja, que vá imbuído de um significado contrário aos interesses patrimoniais postos ao cuidado do agente. Isto sob pena, uma vez mais, de um alargamento desmesurado da amplitude normativa do tipo legal.

Nesta linha, a análise da contrariedade ao dever terá de passar, antes de mais, por um confronto do acto de gestão sob escrutínio com o quadro normativo que lhe é aplicável. Como se referiu, para esse efeito importarão, em primeira instância, as normas de carácter legal, regulatório ou até estatutário que de forma *directa* conformem a prática de actos dessa natureza[38]. A circunstância de daí porventura não resultar um imediato sentido de ilicitude não implica necessariamente que deva, sem mais, afastar-se a possibilidade de uma violação do dever de cuidado patrimonial a que o agente está vinculado.

Subsistirá, com efeito, a possibilidade de o acto contrariar regras de prudência empresarial fundadas em normas de cuidado a que o gestor deve obediência. Por exemplo, concretamente, da máxima da "gestão sã e prudente", instituída pelo art. 118.º do RGICSF, que deve pautar a administração da instituição de crédito[39]; e o critério de diligência estabelecido pelo art. 75.º do mesmo diploma: "Os *membros dos órgãos de administração das instituições de crédito*, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direcção, gerência, chefia ou similares, *devem proceder nas suas funções* com a *diligência de um gestor criterioso e ordenado*, de acordo com o *princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações* e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de *todos os*

[36] Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 33. Em sentido contrário, Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 6.

[37] Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 33.

[38] Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 33, e DUPUIS / GELLER / MONNIER *et alii*, *Code Pénal. Petit Commentaire*, (n. 27), Art. 158, n.º m. 20.

[39] Regra que cobra expressa aplicação nos mais variados domínios da vida da instituição de crédito, *v. g.*, quanto à definição das políticas e práticas de remuneração (arts. 14.º, n.º 1, *i)*, 17.º, n.º 2, *c)*, 115.º-C, n.º 3, *a)*, do RGICSF), à ocupação de cargos sociais (arts. 14.º, n.º 1, *j)*, 17.º, n.º 1, *g)*, 30.º, n.º 2, 30.º, n.º 4, 32.º-A, n.º 1, 145.º, n.º 1, *c)*, do RGICSF) à autorização de funcionamento da instituição de crédito (20.º, n.º 1, *d)*, 22.º, n.º 1, *j)*, 22.º, n.º 2 do RGICSF) e ao exercício de direitos de voto pelos accionistas detentores de participações qualificadas (art. 105.º, n.º 3, do RGICSF).

clientes em geral". Na aferição da conformidade do acto em relação a essas regras haverá, em princípio, que tomar em consideração aquelas que são consensualmente as boas práticas do sector bancário, os riscos patrimoniais e reputacionais inerentes, a duração e/ou frequência da operação, a dimensão e os valores nela envolvidos em face da situação económica da instituição, o eventual interesse pessoal que o agente procure prosseguir com a operação, o número de pessoas afectadas, *etc*. Certo é, de todo modo, que as regras próprias de uma gestão sã e prudente "só no contexto do caso concreto podem ganhar sentido e alcance definitivos"[40].

Concluindo-se que o acto de gestão atentou contra normas de conduta e/ou de cuidado a que era devida obediência, importará ainda apreciar essa infracção à luz do seu *relevo para o património da instituição administrada pelo agente*. Se o acto se revelar patrimonialmente neutro ou, em todo caso, não possuir mais do que um significado despiciendo sob o ponto de vista do dever de cuidado patrimonial que obriga o agente não haverá razão para reconduzi-lo à esfera de aplicação da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*. Isto, naturalmente, sem prejuízo de ficar em aberto a possibilidade de ao acto antijurídico serem opostas consequências, sancionatórias ou não, previstas noutros quadrantes normativos.

11. Ainda que se possa divisar no acto de gestão uma contrariedade ao dever de cuidado patrimonial, parece-nos que a simples verificação de um tal desvio aos ditames pelos quais o gestor se deve reger não será suficiente para levar à qualificação desse acto como um comportamento de gestão ruinosa. Como referimos, estando em causa uma infracção na qual se coloca a ênfase no carácter ruinoso da gestão, esse caminho só poderá ser trilhado naqueles casos em que a violação do dever possa ser considerada *grave*[41]. Questão é saber em que circunstâncias poderá essa gravidade ser afirmada.

Apesar de o tipo legal de crime de infidelidade patrimonial previsto no art. 224.º do nosso Código Penal tornar a punição dependente de uma "grave violação dos deveres" que incumbem ao agente, não encontramos nem na doutrina nem na jurisprudência nacionais qualquer contributo de tomo para a densificação deste elemento típico[42]. Não obstante, na

[40] Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 10.
[41] Foi esta também a posição assumida pelo Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2596. e 2597.
[42] Encontramos, ainda assim, um primeiro esforço de densificação do conceito em Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva…*, (n. 5), 51, recenseando alguns dos critérios avançados na experiência alemã, referidos de seguida em texto.

experiência alemã relativa ao crime de infidelidade patrimonial (§ 266 do StGB) deparamos com um já assinalável lastro dogmático acerca deste ponto. Predomina aí o entendimento de que, pese embora o silêncio da letra da lei, a violação do dever de cuidado (extrapenal) só adquire relevo típico quando possa qualificar-se como *grave*. Uma limitação que começou por ser introduzida por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[43], foi depois acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal[44] e reúne hoje uma larga aceitação doutrinal[45], em função da necessidade de conter a tendência expansiva do tipo e assegurar a sua compatibilidade com a exigência de determinabilidade típica fundada no princípio da legalidade criminal.

Numa fase inicial, a jurisprudência postulou um critério indiciário de aferição da gravidade da violação do dever, apelando a uma visão de conjunto do caso assente no recurso a indícios jurídico-societários: o distanciamento do acto em relação ao objecto social, a sua inadequação em relação à situação e receitas patrimoniais da empresa, a falta de transparência interna no processo decisório e a existência de motivações impróprias, nomeadamente, a busca de proveitos puramente pessoais[46].

Esta abordagem, criticada pela sua arbitrariedade e inadequação a diversas fenomenologias de infidelidade e por abrir espaço a incompreensíveis lacunas de tutela[47], entretanto cedeu espaço a um critério mais abrangente, que vem fazendo curso sobretudo a partir do Acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 23-06-2010. Nessa sua decisão, o *Bundesverfassungsgericht* sustentou a posição de que o crime de infidelidade deve circunscrever-se às situações de grave violação de dever, considerando que essa gravidade só pode ser afirmada quando a violação do dever for evidente[48]. A partir daqui, a jurisprudência comum adoptou o *critério da evidência* como filtro da gravidade da violação do dever[49] e na doutrina impôs-se a ideia, sintetizada por Frank Saliger, de que o dever que recai sobre o administrador deve considerar-se gravemente violado quando, com base numa consideração

[43] Acórdãos de 15-11-2001 (1 StR 185/01, *BGHSt.* 47, 148, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047148.html) e de 06-12-2001 (1 StR 215/01, *BGHSt.* 47, 187, 197, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047187.html).

[44] Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 23-06-2010, *cit.*, (n. 7), n.º m. 111.

[45] Para uma detida análise do estado actual da questão, Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 47 ss.

[46] Ac. do Supremo Tribunal Federal de 06-12-2001, n.º m. 32, *cit.*, (n. 43).

[47] Erich SAMSON, "Untreue durch Unternehmensspenden?", in Walz/Kötz/Rawert/Schmidt (Orgs.), *Non Profit Law Yearbook 2004*, Köln: Carl Heymmans Verlag, 233 ss.

[48] Ac. *cit.* (n. 7), n.º m. 111.

[49] Cf. a jurisprudência do BGH recenseada por Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 47.

global das circunstâncias, essa violação seja manifestamente insustentável e/ou arbitrária, dado que de modo algum pode ser tomada *ex ante*, mesmo tendo em conta uma margem de discricionariedade empresarial, como uma decisão que prossegue o interesse material da empresa[50].

É também substancialmente nesta direcção que se vêm pronunciando a jurisprudência e a doutrina suíças acerca do crime de gestão desleal tipificado no art. 158.º, n.º 1, do CP suíço, fazendo sua uma posição do Conselho Federal suíço: a norma incriminadora deverá dirigir-se somente àqueles casos que comportem uma aceitação de riscos que um gestor avisado, na mesma situação, jamais tomaria.

A tendência para que se inclinam tanto a experiência alemã como a suíça nesta matéria parece-nos de acolher na compreensão da ilicitude típica da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*. Devendo ela, pelas razões que se adiantaram, confinar-se aos actos de gestão que atentem de forma grave contra normas a que neles deve ser dada observância, julgamos que a aferição dessa gravidade deverá assentar num critério suficientemente abrangente para poder cobrir as mais diversas formas que esses actos e a sua contrariedade ao dever poderão assumir. Uma aproximação à questão baseada em determinados indícios afigura-se-nos redutora, já que a selecção desses indícios será condicionada sobretudo pela tipologia de infidelidade *sub judice*, podendo revelar-se desadequada para outras formas de administração infiel. Será então preferível um critério mais aberto e apto a responder à enorme variedade de casos com que a aplicação da norma contra-ordenacional pode deparar-se, fazendo jus à própria ideia de especial gravidade. Designadamente, na esteira da jurisprudência constitucional alemã, um critério de evidência que parta de uma consideração global do facto e tenha em conta os padrões de *prudência* e *probidade* que devem pautar a conduta dos agentes neste sector económico. Nesse sentido, a violação do dever de cuidado patrimonial pelo acto de gestão será de qualificar como grave quando, de forma manifesta, pela sua clara insustentabilidade e/ou arbitrariedade, atentar contra os interesses patrimoniais que ao agente cabe defender[51].

[50] Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 50.
[51] Essencialmente assim, como já referimos, Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 50.

3.3.2 Susceptibilidade de substancial afectação do património social

12. A tipicidade objectiva da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* deverá integrar ainda, por fim, um *momento especificamente patrimonial*. Tal como sustentámos *supra*, sendo a conduta típica marcada fundamentalmente pelo carácter *ruinoso* dos actos de gestão, *em detrimento* de depositantes, investidores e demais credores, terá de lhe ser reconhecida uma feição vincadamente patrimonial. A qual não poderá esgotar-se, todavia, no já assinalado relevo patrimonial da violação do dever de cuidado a que o agente se encontra adstrito, devendo projectar-se ainda numa exigência de que a conduta possa, de facto, afectar o património social. E que o possa fazer de forma sensível, pois que de outro modo não haveria razão para qualificar a gestão como ruinosa e não seria expectável que pudesse repercutir-se negativamente sobre os interesses económicos dos depositantes, investidores e demais credores.

Este vezo patrimonial da infracção não vai, porém, ao ponto de integrar a lesão do património como elemento constitutivo do facto. Como tivemos oportunidade de frisar, ao contrário da generalidade dos crimes de infidelidade patrimonial, o tipo legal da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* não prevê a produção de um prejuízo patrimonial como elemento da factualidade típica. O que, aliás, bem se compreende, porquanto a tutela do património face a condutas de administração infiel que impliquem a inflicção de um efectivo prejuízo é reservada para o plano penal, estando a cargo do crime de infidelidade previsto no art. 224.º, n.º 1, do CP. Temos, pois, no que respeita à protecção do património das instituições de crédito e sociedades financeiras, um amplo programa de tutela: no caso em que a conduta não chega a causar um dano patrimonial entra em acção o direito contra-ordenacional; se, porém, dela resultar um prejuízo patrimonial importante, poderá haver lugar a uma intervenção penal[52].

Não figurando a lesão do património como elemento do tipo objectivo de ilícito da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é forçoso reconhecê-la, *no plano da conduta*, como uma *infracção de mera actividade*. Nesse sentido, mesmo que sobrevenha à conduta típica, o prejuízo patrimonial, *qua tale*, é uma realidade que lhe é estranha, tal como lhe são estranhas, na acepção de que não relevam tipicamente e são portanto indiferentes para o preenchimento do tipo contra-ordenacional, todas as questões conexas que poderiam porventura prender-se com a imputação objectiva desse eventual resultado à conduta do agente,

[52] Sobre esta técnica articulada de tutela, Nuno BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, (n. 3), 631 s.

como sejam a relação causal entre ambos, a conexão de risco que eles interceda, a interrupção do vínculo causal por força da intromissão de terceiros, *etc.* Do mesmo passo, fica igualmente comprometida, *no plano da ofensa ao bem jurídico*, a possibilidade de uma compreensão desta infracção como uma contra-ordenação de dano ou até mesmo como de perigo concreto, dado que a colocação do património em perigo não constitui pressuposto do tipo.

Resta, em todo o caso, ponderar em que termos deverá a ameaça patrimonial relevar tipicamente. Se não se requer uma lesão do património, nem a sua concreta colocação em perigo, o que será de exigir então, para que se possa perfeccionar o tipo objectivo de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*? Em nossa perspectiva, considerando o espírito de tutela que a norma procura materializar, para que a infracção possa consumar-se nesta vertente, o acto de gestão infiel deverá ser *per se* idóneo a degradar o património social de forma substancial. Dito de outro modo, a conduta do agente deve ser objectivamente *apta a conduzir a uma perda patrimonial* e esta perda deve poder antever-se, *ex ante*, como *sensível*.

A primeira condição – a aptidão do acto de gestão para se reflectir sobre o património social – funda-se no próprio carácter patrimonial da infracção: uma conduta que não possua significado patrimonial não poderá ser vista como danosa e muito menos como ruinosa.

A segunda condição – a elevada nocividade potencial do acto de gestão – decorre igualmente da própria ideia do que é um acto *ruinoso*, mas tem ainda em conta a preocupação legislativa, espelhada no tipo legal, para com os depositantes, investidores e outros credores: só riscos patrimoniais com algum significado económico poderão representar uma ameaça para os interesses patrimoniais desses terceiros.

13. De acordo com a primeira daquelas duas condições, importará avaliar se, *ex ante*, no momento da conduta do agente, o acto de gestão em questão é idóneo a reflectir-se negativamente sobre o património social. Para este efeito relevarão todos os danos patrimoniais potenciais, nos vários sentidos possíveis: elevação do passivo, diminuição do activo, não diminuição do passivo ou não aumento do activo[53]. Porque o que está em causa é uma potencialidade de lesão, o preenchimento do tipo ficará aquém da verificação de uma efectiva comprovação de uma imediata produção de dano. E não será ainda sequer de exigir um estado de perigo patrimonial que é frequentemente levado à conta de lesão patrimonial, o designado

[53] HURTADO POZO, *Droit Pénal. Partie Spéciale*, (n. 25), n.º m. 1513.

perigo patrimonial lesivo (*Schadensgleiche Vermögensgefährdung* ou *Gefährdungsschaden*)[54], correspondente àquelas situações em que, apesar de não ter ocorrido (ainda) uma *definitiva* perda patrimonial, o acto praticado (já) teve como consequência, do ponto de vista económico, uma concreta e imediata diminuição do valor do património administrado. É o que sucederá, por exemplo, num caso de concessão de crédito a um mutuário incapaz de solver pontualmente as suas dívidas que não vá acompanhado de garantias de pagamento minimamente consistentes. Podendo estas criações de perigo danosas reputar-se já como formas de lesão e de produção de um resultado, o risco patrimonial pressuposto por uma contra-ordenação de mera actividade como é a de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* não terá de encerrar uma tão elevada potencialidade danosa.

Nesta vertente, para o preenchimento do tipo, será suficiente, a nosso ver, que possa concluir-se por uma *clara e objectiva idoneidade do acto de gestão para desencadear um futuro prejuízo patrimonial*, desde que, naturalmente, esse prejuízo se possa ligar também à violação de dever que é igualmente pressuposta pela infracção. Deste modo, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* poderá ser qualificada, quanto ao bem jurídico, como uma *infracção de perigo abstracto*, sob a forma de *tipo de aptidão*[55]. Ao contrário do que sucede nos clássicos delitos de perigo abstracto, em que a idoneidade da conduta para colocar em perigo o bem jurídico se mostra já rigidamente caucionada pelo legislador, encontrando-se assim subtraída ao juízo do aplicador, nos delitos de aptidão cumpre ao aplicador apurar a concreta perigosidade da conduta para o bem jurídico[56]. Daí que neles só deva concluir-se pela realização do tipo se numa avaliação *ex ante* se demonstrar que o facto se apresentou como concretamente idóneo a contender com o estado de tranquilidade do bem jurídico. Isto sem necessidade de, num juízo *ex post*, se comprovar que essa perigosidade se materializou na efectiva criação de um perigo concreto ou de um dano para o bem jurídico. É este exacto desenho normativo que nos parece plasmado na contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de*

[54] Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 26, HURTADO POZO, *Droit Pénal. Partie Spéciale*, (n. 25), n.º m. 1513, e a generalidade da jurisprudência e doutrina alemãs, detalhadas exaustivamente por Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), n.º m. 82 ss.

[55] Segue-se em texto a caracterização dos tipos de aptidão que sustentámos em Jorge de Figueiredo DIAS / Nuno BRANDÃO, "Práticas restritivas da concorrência pelo objeto: consumação e prescrição", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 3/2014, 467 s.

[56] ROXIN, *AT*[4], § 11, n.º m. 162.

Instituição de Crédito, por referência ao bem jurídico património social que a infracção visa tutelar, e que nos leva a considerá-la como um tipo de aptidão[57].

14. A natureza ruinosa do acto de gestão fundada na susceptibilidade da sua repercussão nociva sobre o património social só deverá, em todo o caso, poder ser afirmada se se encontrar verificada uma segunda condição: que o *potencial* impacto sobre o património social seja *substancial*. Só assim, como se referiu, poderá dizer-se que o acto de gestão foi praticado em detrimento de depositantes, investidores e outros credores, como exige o tipo legal previsto no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF. Na densificação dessa condição, tal como considera o Banco de Portugal[58], não nos parece que possa lançar-se mão de um critério quantitativo como aquele que parte da nossa doutrina apela para concretizar o que seja o "prejuízo patrimonial importante" a que se refere o art. 224.º, n.º 1, do CP, nomeadamente, aos conceitos de valor elevado (50 UC: € 5.100) ou de valor consideravelmente elevado (200 UC: € 20.400) previstos no art. 202.º, *a)* e *b)*, do CP[59]. Considerando a realidade económica das instituições de crédito e financeiras a que o RGICSF se dirige, trata-se de valores que de modo algum poderão qualificar-se como elevados ou consideravelmente elevados, não podendo, como tal, aquele segmento típico do art. 224.º, n.º 1, do CP ser tido em conta na interpretação da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* [60].

Assim, a seriedade do impacto patrimonial do acto de gestão em análise deverá ser apreciada à luz das suas implicações potenciais no quadro económico-financeiro global da instituição a que diz respeito[61]. Se puder considerar-se que, *ex ante*, considerando a sua expressão económica e os seus possíveis reflexos sobre o capital de confiança de que a entidade é merecedora, o acto de gestão é objectivamente idóneo a deteriorar os capitais próprios da

---

[57] Também no sentido de que deparamos com uma contra-ordenação de aptidão e de mera actividade, a Sentença do TRCS de 30-04-2018, (n. 2), 1004 s., e o Ac. do TRL de 02-05-2019, (n. 2), 783 s.

[58] Afastando também essa ligação, o Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2594 (nota de rodapé 170).

[59] Taipa de CARVALHO, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 224.º, § 12, e Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Univ. Católica Editora, 2015, Art. 224.º, n.º m. 8. Como no texto, contra esta ligação, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva…*, (n. 5), 6, noda de rodapé 1.

[60] Afastando também este critério no âmbito do crime de gestão danosa previsto no art. 235.º do CP, face à sua desadequação em relação às realidades económicas a que esta incriminação se dirige, Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 29.

[61] Na direcção desta consideração global, a propósito da qualificação do crime de infidelidade em virtude de uma elevada perda patrimonial, Schönke / Schröder / PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 266, n.º m. 53.

sociedade em medida suficientemente importante para poder afectar de forma substancial o seu funcionamento e assim, mediatamente, a integridade dos interesses económicos de depositantes, investidores e demais credores, haverá razão para qualificá-lo como ruinoso. Embora, como sustenta Costa Andrade a propósito do lugar paralelo do crime de administração danosa, não pareça possível definir um tal limiar em geral e abstracto, sempre poderá entender-se que "haverá somas a partir das quais dificilmente se pode questionar a qualificação [desse dano potencial] como *importante*"[62].

4. Tipo subjectivo de ilícito

15. Como decorre do seu próprio teor literal, na parte em que faz referência a "actos *dolosos*", a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* só é punível a título de dolo.

Ao contrário, porém, do crime de infidelidade patrimonial (art. 224.º do CP) que, ao referir-se a uma produção intencional de um prejuízo patrimonial, parece circunscrever o seu âmbito normativo apenas às formas de dolo directo e necessário, a infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* prevista no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF é ainda compatível com uma actuação sob a forma de dolo eventual.

A consumação típica requererá, assim, no plano subjectivo, que o agente, pelo menos, represente e se conforme com a realização da factualidade típica por si materializada.

5. Síntese conclusiva

16. A contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*, p. e p. pelo art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF, tem como objecto de acção o património social da entidade gerida pelo agente e não o património de depositantes, investidores e demais credores. Trata-se de uma contra-ordenação que se integra no género das infracções de infidelidade patrimonial, correspondendo a uma específica tipologia de gestão infiel num contexto societário específico, o das instituições de crédito e financeiras.

Assim, o bem jurídico desta infracção é o património social da instituição de crédito ou sociedade financeira administrada pelo agente, por via do qual se assegura, mediatamente, os

[62] Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 29.

interesses económicos dos seus depositantes, investidores e demais credores. E o que, de modo especial, confere materialidade e ofensividade à conduta típica de gestão ruinosa é a violação do dever de cuidado patrimonial por parte daquele que assumiu o compromisso de bem gerir um determinado património, assim se constituindo numa posição de garante *sui generis* em relação a esse património: é o facto de o ataque patrimonial ter a sua génese naquele que foi investido em tal posição de cuidado, e portanto partir de dentro dessa esfera patrimonial, que fundamentalmente justifica a punição do comportamento de gestão ruinosa.

A conduta típica da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* realiza-se através da prática de actos de gestão da sociedade, sendo de reconduzir a esse conceito as acções e omissões que dêem corpo à actividade de administração da sociedade, como, por exemplo, actos de disposição patrimonial ou de contracção de obrigações ou mesmo meros actos materiais relativos à prossecução do objecto social, à definição da organização e funcionamento da sociedade ou à defesa de interesses patrimoniais desta que se encontrem sob ameaça.

A qualificação de uma gestão como ruinosa no quadro da infracção tipificada no art. 211.º, n.º 1, al. *k)*, do RGICSF, deverá assentar em dois vectores: i) numa forte contrariedade ao dever da gestão realizada pelo agente; e ii) numa susceptibilidade de substancial afectação do património social daí decorrente.

Na concretização da contrariedade ao dever do acto de gestão terá de recorrer-se às normas legais, regulatórias e estatutárias que regem o acto em apreço e verificar-se se a antinormatividade é portadora de um significado patrimonial. Dever-se-á tratar, em todo o caso, de uma violação grave do dever de cuidado patrimonial, no sentido de que representa um desvio claro dos padrões de prudência e probidade que devem orientar o agente, atentando de forma manifesta, em função da sua evidente insustentabilidade e/ou arbitrariedade, contra os interesses patrimoniais que lhe cabe defender.

Embora não exija a verificação de um prejuízo patrimonial, a tipicidade objectiva requer, por último, que a conduta do agente seja objectivamente apta a conduzir a uma perda patrimonial, derivada da infracção ao dever, e esta perda deve poder antever-se, *ex ante*, como sensível. Neste sentido, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é, no plano da conduta, uma infracção de mera actividade e, no plano do bem jurídico, uma infracção de aptidão.

A causalidade nos fatos decorrentes de decisão colegiada e o artigo 13 do código penal

Rodrigo Amaral[1]

José Danilo Tavares Lobato[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O escopo do presente artigo é a análise da causalidade nos casos de resultados decorrentes de decisões colegiadas à luz do atual artigo 13 do Código Penal. Para isso, analisamos, primeiramente a capacidade de rendimento da teoria da *conditio sine qua non* para a aferição de nexo causal nessa constelação de casos. Após, verificamos se o artigo 13 do Código Penal permite a aplicação de outra teoria senão a da equivalência dos antecedentes causais. Por fim, após refletirmos sobre o interesse do jurista no tema da aferição de causalidade, propomos uma solução do problema atual do artigo 13 do Código Penal recorrendo à figura da coautoria, inclusive para delitos culposos.

Palavras-chave: Causalidade. Teoria da *conditio sine qua non*. Teoria da Condição INUS. Coautoria.

Abstract: The scope of this article is the analysis of causation in cases of facts resulting from collegiate decisions in the light of current article 13 of the Criminal Code. For this, we analyzed, first, the adequacy of the *conditio sine qua non* theory for the measurement of causal link in this constellation of cases. After that, we verify whether article 13 of the Criminal Code allows the application of other than the *conditio sine qua non* theory. Finally, after reflecting on the interest of the jurist in the subject of causation measurement, we propose a solution to the current problem of article 13 of the Criminal Code by using the figure of co-authorship, including for criminal negligence.

[1] Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

[2] Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF) e Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Candido Mendes (UCAM).

Keywords: Causation; *Conditio sine qua non* Theory; INUS Condition Theory; Co-authorship.

6. Introdução

É lugar comum, desde a sua criação em 1940, afirmar que o Código Penal (CP), em matéria de causalidade, determinou a aplicação da teoria da *conditio sine qua non* ou equivalência dos antecedentes causais[1]. Em verdade, segue-se o declarado pelo Min. Francisco Campos em sede de Exposição de Motivos do Código Penal[2]. Primeiramente por meio de seu artigo 11 e, atualmente, com o advento da Reforma da Parte Geral de 1984, pelo seu artigo 13, o Código determina que, nos denominados delitos de resultado, este só pode ser imputado a quem lhe deu causa, complementando: "*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*". Não obstante o Min. da Justiça Gama e Silva reconhecer suas deficiências nas Exposições de Motivos, o Código Penal de 1969 manteve esse mesmo paradigma por razões pragmáticas[3].

[1] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 328; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 216; HUNGRIA, Nélson. Primeira parte. *In*: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal, volume I, tomo II*: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 63; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 488; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 244; ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 87-88; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 124; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal*: volume único. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 147; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112-113; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro, segundo volume*: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 166.

[2] "11. Seguindo o exemplo do Código italiano, o projeto entendeu de formular, no art. 11, um dispositivo geral sobre a imputação tísica do crime. Apresenta-se, aqui, o problema da causalidade, em tôrno do qual se multiplicam as teorias. Ao invés de deixar o problema às elucubrações da doutrina, o projeto pronunciou-se *expressis verbis*, aceitando a advertência de Rocco, ao tempo da construção legislativa do atual Código itallano: " ... adossare la responsabilità della resoluzione di problemi gravissimi alla giurisprudenza e, da parte deI legislatore, una vegliaccheria intellettuale" (Lav. prep., IV, 2.°, 117). O projeto adotou a teoria chamada da equivalência dos antecedentes ou da condítio sine qua non. Não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, in concreto, para o resultado, é causa.": BRASIL. *Revista de Informação Legislativa*, out-dez, 1969, p.125.

[3] "A Comissão Revisora suprimira as normas referentes à relação de causalidade, que aparecem hoje em poucas codificações. São conhecidas as deficiências técnicas de disposições dêsse tipo, principalmente no que tange à causalidade da omissão e à interrupção do nexo causal, matérias que não se resolvem com. facilidade com a teoria da equivalência dos antecedentes e, sobretudo, com uma concepção mecanicística de causa. Na revisão final, entretanto, decidiu-se manter, com pequenas correções, o que se refere à relação de causalidade, considerando que se trata de regra que jamais trouxe qualquer dificuldade na aplicação da lei penal, sendo de fácil compreensão pelos juizes. Suprimir êsse dispositivo seria ensejar a reabertura de largo debate que ainda

Em outras palavras, a teoria da equivalência nunca foi unanimidade – apesar de ter sido plenamente dominante na doutrina brasileira até os dias atuais –, sendo alvo de fortes críticas, o que motivou as modificações pós-1940 por seus defensores. Dentre as muitas controvérsias de aplicação do procedimento hipotético de eliminação da conduta do agente para aferição do nexo causal, uma será o ponto de partida do presente trabalho, isso por estar inserida no contexto do direito penal econômico: a dos resultados decorrentes de decisões colegiadas.

Suponha-se, por exemplo, que o conselho diretivo de uma Empresa *X*, composto por cinco integrantes, resolve, unanimemente, realizar construção que danifica floresta considerada de proteção permanente (art. 38 da Lei nº 9.605/98). Considerando que as decisões do conselho são realizadas por meio de maioria simples, há nexo causal entre as condutas dos conselheiros da empresa e o resultado danoso, observando-se o disposto no art. 13, CP?

Mais especificamente, pretende-se, neste breve estudo, investigar as seguintes questões: (1) as críticas à teoria da equivalência são justas para o problema das decisões colegiadas ou, pelo contrário, é possível aplicá-la obtendo resultados satisfatórios e, na hipótese de sua insuficiência, é satisfatória a aplicação de seu corretivo? (2) Em caso negativo, há margem, à luz do art. 13, CP, para a aplicação de outra teoria da causalidade? (3) Qual deve ser o interesse do jurista no exame das teorias sobre causalidade? (4) É possível recorrer à figura da coautoria para resolver o atual problema à luz do atual art. 13, CP? Desse modo, não visamos a adentrar nos terrenos filosóficos da existência de uma lei geral da causalidade ou da validade universal do princípio causal, mas somente analisar o tema da conexão causal entre eventos à luz da dogmática jurídico-penal, tanto no que tange às principais propostas já existentes no debate no direito penal, quanto sobre a possibilidade de sua aplicação à luz do texto legal brasileiro.

7. As decisões colegiadas e a teoria da equivalência

Segundo o procedimento de eliminação hipotética da teoria da equivalência[4], sempre que, após suprimida mentalmente uma conduta de um evento, o resultado desaparecer, então significa que essa conduta é causa do resultado. Em outras palavras, será causa aquela condição

hoje divide a doutrina, entre as teorias fundamentais sôbre o nexo causal, o que haveria de conduzir a incertezas e dificuldades na aplicação da lei. Reconheceu-se, por outro lado, que a questão da causalidade passa hoje a plano nitidamente secundário na economia do delito, pois só aparece nos crimes materiais ou de resultado": BRASIL, Revista de Informação Legislativa, out-dez, 1969. p.154 e p.155.

[4] Sobre a equivocada atribuição da autoria desse método a Thýren e não a Julius Glaser, cf.: ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 84; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257.

que seja necessária para ocorrência do resultado, aferindo-se essa necessidade por meio do citado procedimento hipotético.

Para o caso-exemplo proposto na introdução, ocorre o seguinte panorama: se cada voto fosse isoladamente suprimido, ter-se-ia, ainda, o total de quatro votos favoráveis, mantendo-se a maioria simples necessária para a tomada da decisão empresarial que provocou o resultado. Assim, ter-se-ia que negar o nexo causal entre as condutas dos conselheiros da Empresa *X* e o resultado danoso decorrente da decisão do conselho.

Diante desse panorama, a crítica é clara: como a fórmula da teoria da equivalência não resolve suficientemente esse tipo de caso, a teoria é falha[5]. Esse tipo de argumento destaca algo que a doutrina já sabe, mas aparentemente subvaloriza: na maioria (senão em sua totalidade) dos casos, nós já intuímos que há ou não nexo causal entre conduta e resultado. Com isso, a busca pela fórmula correta é menos uma questão de se seus pressupostos estão corretos, mas se ela atende à resolução correta dos casos. Assim, pode-se dizer que, em matéria de causalidade, há um especial prestígio de argumentos de *ordem indutiva*[6]. A grande questão, como se sabe em matéria de lógica, é que, em argumentos indutivos, premissas verdadeiras levam a conclusões só provavelmente (e não certamente) verdadeiras[7]. Isso talvez explique as históricas dificuldades que o jurista já teve que enfrentar para encontrar a "fórmula perfeita" para descoberta da causalidade, bem como o aparentemente interminável debate no nível filosófico.

Em resumo: a força da crítica à teoria da *conditio* nos casos de causalidade múltipla e hipotética reside na sua natureza intuitiva: a teoria chega a resultados equivocados. E, para evitar que o argumento seja etiquetado como uma *petitio principii*, este só pode ter natureza indutiva: reconhece-se intuitivamente que algo é antecedente causal e, assim, uma boa fórmula deve ser capaz de resolver conforme a intuição inicial todos os casos que se apresentarem. O argumento, assim, parte do particular (o caso concreto) para o geral (definição de critérios gerais para identificar o nexo causal), sendo, portanto, de natureza evidentemente indutiva. Ainda que

[5] Por exemplo: "Essas situações colocam em xeque a teoria da equivalência das condições. Em todas elas, a aplicação do procedimento hipotético de eliminação conduz à conclusão de que não existe conexão causal entre conduta e resultado.". ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 94.

[6] Por exemplo: "A relação causal não é uma relação puramente lógica ou dedutiva; não pode ser descoberta por qualquer raciocínio *a priori*. As leis causais só podem descobrir-se empiricamente, recorrendo à experiência.". COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. da 2ª ed. Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 333.

[7] *Ibidem*, p. 313.

não seja uma premissa inexorável de que a intuição sempre conduziria ao pensamento indutivo, é fato que nesse tocante ela o faz.

Reforçando esse caráter indutivo dos argumentos sobre causalidade, os defensores da teoria da equivalência, em vez de defender sua aplicação negando a causalidade nos casos em que a fórmula indicava que se devia negar, propuseram corretivos para que ela pudesse resolver esses casos. Dentre essas várias tentativas de corretivos para a fórmula da *conditio sine qua non*[8], uma seria o remédio para o problema quanto à questão das decisões colegiadas: se várias condições forem eliminadas isoladamente sem que o resultado desapareça, mas quando eliminadas em conjunto resultarem no desaparecimento do resultado, então cada uma delas seria causa para esse resultado[9]. Em outras palavras, os votos dos conselheiros, quando suprimidos isoladamente, não levam à eliminação do resultado; contudo, quando suprimidos conjuntamente, o resultado desaparece, de modo que, segundo esse corretivo, haveria nexo causal entre os votos dos conselheiros e o resultado danoso.

O primeiro grande problema desse corretivo é sua natureza evidentemente *ad hoc*[10]. Em outras palavras, diante da insuficiência da teoria original, alterou-se a fórmula especificamente para atender a esse tipo de caso sem uma razão que não seja a própria vontade de chegar ao resultado desejado, ou seja, um mero casuísmo fantasiado de teoria científica, o que, ademais, leva esse corretivo a considerar causa aquilo que causa não é[11]. Por exemplo, no caso hipotético citado na introdução, imagine-se que havia um conselheiro adicional que votou contrariamente à decisão tomada. O seu voto, quando suprimido isoladamente, não leva à inocorrência do resultado, mas quando suprimido conjuntamente com os demais votos, tem-se que o resultado não ocorreria[12]. Para solucionar essa segunda crítica, ter-se-ia que elaborar uma metarregra que

---

[8] Para uma exposição acerca da teoria, seu histórico, bem como convincentes críticas, cf. ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 80-99.

[9] Por todos, cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 51.

[10] ESTELLITA, Heloísa. Causalidade na omissão: um panorama dos problemas das omissões paralelas e sucessivas na criminalidade de empresa. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico*. 1ª reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 82; GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 49; ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 98.

[11] ESTELLITA, Heloísa. *Op. Cit.*, p. 82; GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 49; ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 97.

[12] Exemplo extraído de GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 49-50, que, em seu estudo, trabalha com a hipótese inicial de uma decisão colegiada por 3 votos a 0: "Pense-se, apenas, na existência de uma quarta pessoa, que vota contra a comercialização do produto defeituoso. Se aplicarmos a fórmula modificada, chegaremos à surpreendente conclusão de que também essa pessoa causou o resultado. Afinal, seu voto pode ser subtraído mentalmente sem que o resultado deixe de ocorrer, mas se ele for subtraído em conjunto com os demais três votos, o resultado desaparece.".

indicasse quais seriam os pressupostos necessários para a aplicação do corretivo em detrimento da fórmula original, o que, até hoje, não foi feito[13]. De toda forma, mesmo que uma metarregra fosse viável, o fato de se mudar continuamente o critério para adequar a teoria ao caso concreto escancara a vulnerabilidade dessa teoria.

Portanto, tem-se o seguinte panorama parcial: (*i*) a teoria da equivalência dos antecedentes causais é insuficiente, em sua formulação original, para resolver adequadamente casos como o de resultados provenientes de decisões colegiadas; (*ii*) o seu corretivo é inadequado por ser *ad hoc* e considerar causa aquilo que não é. Diante disso, a teoria da *conditio sine qua non*, apesar da sua vantagem no que tange à simplicidade da sua fórmula, é insuficiente para a detecção do nexo causal entre eventos.

8. O artigo 13 do Código Penal

Conforme dito na introdução, o Código Penal determina: "*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*". O fato de a segunda parte do *caput* do art. 13, CP estar regida no futuro do pretérito indica que, de fato, a interpretação natural do texto é no sentido da adoção da fórmula da eliminação hipotética proposta pela teoria da equivalência. Dessa forma, por exemplo, Nélson Hungria, tido como principal nome da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal de 1940, sentenciou: "o nosso Código, ao resolver o problema, adotou a teoria da *equivalência* ou da *conditio sine qua non*"[14]. Ronan Rocha, primeiro defensor da teoria da condição INUS no Brasil[15], também assevera que o Código Penal adotou a teoria da equivalência[16], propondo uma mudança no Código para que se suprima a segunda parte do art. 13, *caput*, CP[17].

Por outro lado, Luís Greco propõe que seja possível a aplicação da teoria INUS já *de lege lata*[18]. Para isso, inicia asseverando que o Código Penal não pode ordenar que o jurista faça o impossível: a teoria da *conditio sine qua non* seria, a rigor, de impossível execução, pois equivocadamente pretende ser aplicável sem que se disponha de leis gerais que comprovem que

[13] ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 98.
[14] Grifado no original. HUNGRIA, Nélson. *Op. Cit.*, p. 63.
[15] Mais precisamente, o autor defende a aplicação da teoria da condição INUS com as modificações propostas por Ingeborg Puppe. Cf. ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 157 e ss.
[16] *Ibidem*, p. 87-88.
[17] *Ibidem*, p. 167.
[18] GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 62-64.

eventos de um tipo conduzam a eventos de outro tipo[19]. Dessa forma, defende o autor que o máximo que o CP pode fazer é obrigar que o jurista utilize a linguagem da teoria da equivalência, sendo ela uma imperfeita abreviatura de um processo de conhecimento mais complexo[20]. Por fim, no que tange à letra da lei, Greco propõe que a leitura das palavras "ação ou omissão" como abrangentes, nos casos de decisões colegiadas, da totalidade dos votos e não somente dos votos individualmente considerados[21].

Essa solução alternativa, que abriria portas para uma aplicação da teoria INUS já *de lege lata*, entretanto, apesar de partir de pressupostos corretos, parece ser insuficiente quando se parte da premissa de que o art. 13, *caput*, CP trabalha com um conceito ontológico de causalidade. Ocorre que a proposta do autor focou somente no trecho "ação ou omissão", desconsiderando o seu complemento: "*sem a qual* o resultado não teria ocorrido". Para que o art. 13, *caput*, segunda parte, CP possibilitasse a consideração de um conjunto de ações a serem analisadas conjuntamente no procedimento hipotético de eliminação, o complemento deveria estar escrito no plural; todavia, está no singular ("ação ou omissão *sem a qual*").

Para que a proposta pudesse ser recepcionada, deveria haver uma argumentação adicional, no sentido de ser possível entender a expressão "ação ou omissão sem a qual" como um conjunto de ações. Com um conceito de causalidade ontologicamente considerada, não vislumbramos como isso seria possível à luz da *lex stricta*[22]. Para isso, basta relembrar que uma das críticas à responsabilidade penal da pessoa jurídica é justamente a sua incapacidade de ação: ações em seu sentido estrito são individuais, não coletivas[23]. Se se ignorar que a proposta de Greco consiste, na realidade, na aplicação da teoria da condição INUS com a utilização da linguagem da *conditio sine qua non*, o problema poderia até agravar-se: se é possível uma leitura do trecho "ação ou omissão" como um conjunto de ações e não se aplicar a teoria INUS, mas uma outra concepção de causalidade, abre-se as portas para o esvaziamento da função de garantia do art. 13, CP, permitindo que uma não causa seja considerada causa, desde que se

[19] *Ibidem*, p. 62-63.
[20] *Ibidem*, p. 63.
[21] *Ibidem*, p. 63.
[22] Sobre isso, cf. VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2020, especialmente p. 106 e ss. Disponível em: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36/54>
[23] Por exemplo: "se é da estrutura e essência do Direito Penal a existência de uma conduta individualizada e praticada por sujeito penalmente responsável, a quebra desta premissa, na responsabilização penal das pessoas jurídicas, retira-lhe seu caráter de 'Direito Penal'". LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*: parte geral. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 145.

faça uma leitura dela dentro de um conjunto de condições. Dessa forma, só seria possível uma leitura do trecho "ação ou omissão sem a qual" como abrangente também de um conjunto de ações na presença de razões normativas para tanto e, para isso, ter-se-ia que abandonar uma causalidade ontologicamente orientada, o que tentaremos fazer a seguir no item 4.

O texto legal, portanto, determina, ao menos a uma primeira vista, a aplicação do procedimento hipotético com a ação ou omissão individualmente considerada. Além disso, veja-se que, assim, o texto legal não permite *prima facie* sequer a aplicação do corretivo da teoria da equivalência, ordenando a aplicação da fórmula original.

Dessa forma, o art. 13, *caput*, segunda parte, CP provoca, a uma primeira vista, um vácuo de punibilidade nos casos de resultados decorrentes de decisões colegiadas que contenham votos redundantes. Entretanto, esse problema de equidade não pode ser resolvido *contra legem*, devendo ser, portanto, matéria de *lege ferenda*. Acreditamos que, para isso, ulteriores considerações de ordem normativa são necessárias para que a proposta de Greco seja adequada à luz da legalidade. Por outro lado, a proposta de Rocha em eliminar a segunda parte do *caput* do art. 13, CP, mantendo-se somente a exigência geral de verificação de nexo causal, é a solução adequada não só para impedir problemas de iniquidade, mas também se se deseja levar a sério um conceito ontológico de causalidade.

9. As diferentes acepções sobre o conceito de causa e o interesse do Direito Penal na matéria

Em sede de introdução, asseverou-se que o presente trabalho não tem o escopo de entrar nos debates filosóficos sobre o que é causa e a forma de identificá-la do ponto de vista ontológico. Todavia, breves considerações sobre as diferentes acepções possíveis de causa serão necessárias como ponto de partida para poder definir qual é a extensão do interesse do jurista na matéria.

Copi, por exemplo, apresenta-nos diferentes acepções de causa, que dependerão do contexto em que o termo é empregado. Quando visamos a eliminar algo indesejado, utilizamo-nos da causa no seu sentido de condição necessária: quando um médico investiga um problema de saúde no paciente, ele deseja identificar a sua causa, isto é, aquilo sem o qual o problema deixa de existir[24]. Por outro lado, se pretendemos alcançar algum resultado desejado, nós

[24] COPI, Irving Marmer. *Op. Cit.*, p. 330.

buscamos a sua causa no sentido de condição suficiente: o metalúrgico deseja descobrir a causa da resistência das ligas com o objetivo de produzir metais mais resistentes[25]. Por outro lado, pode-se empregar o termo "causa" em sentido diverso dos dois anteriores. Para continuar com os exemplos usados por Copi, pense-se no caso de uma companhia de seguros que deseja descobrir a causa de um incêndio e, para isso, envia um investigador. Se o relatório do profissional for no sentido que o incêndio foi provocado pelo oxigênio na atmosfera, apesar de estar correto no sentido de causa como condição necessária, ele provavelmente não conservará seu emprego por muito mais tempo[26].

Assim, somente o filósofo busca o conceito de causa e o seu processo de conhecimento de forma "desinteressada". Isto é, somente o filósofo busca a verdade pela verdade, a verdade como um fim em si mesmo. Somente o filósofo "ama" o conhecimento; somente o filósofo almeja, com a sua atividade, a sabedoria[27].

O jurista, por outro lado, volta-se à práxis: deseja-se a verdade como instrumento da decisão justa no caso concreto[28]. Veja-se o exemplo do debate sobre a causalidade: pouco importa se a teoria da condição INUS é a ontologicamente correta para o tema de causalidade; mais importante que isso é que ela resolve os problemas que até hoje já se apresentaram para o direito penal, ao menos no contexto da tradição romano-germânica. Se a teoria INUS está correta, é algo que o filósofo deve preocupar-se. O jurista até preferiria utilizar-se da verdade,

---

[25] *Ibidem*, p. 330.

[26] *Ibidem*, p. 330.

[27] Não é acidental que a palavra filosofia, em sua etimologia, é a composição das palavras gregas "philo" ("amizade, amor fraterno") e "sophia" ("sabedoria").

[28] "Na verdade, a verificação da causalidade em direito penal tem de se basear em leis causais das ciências empíricas, mas rege-se por um interesse cognitivo específico. Por um lado, ela refere-se apenas à explicação da modificação de um bem em um determinado momento. Por outro, para essa mesma teoria, da totalidade das condições explicativas, só interessa uma conduta determinada. Por conseguinte, a observação jurídico-penal da causalidade apenas se ocupa da relação entre uma determinada conduta e um certo resultado. De modo ilustrativo: se quisermos explicar de maneira exaustiva, do ponto de vista da teoria da ciência, o que fez deflagrar um incêndio em uma casa, teriam de ser consideradas todas as circunstâncias que são necessárias para uma explicação exacta conforme as leis da natureza. Nessa medida, teria importância não apenas a existência de material inflamável e de oxigénio no ar, mas também cada preciso pormenor do estado da casa. Cada uma destas condições está relacionada, de acordo com as leis da natureza, com qualquer outra condição. Deste modo, uma explicação totalmente isenta de lacunas exigiria considerar o estado do mundo na sua totalidade. Tal explicação seria não apenas irrealizável na prática, como também supérflua e, deste modo, jurídico-penalmente irrelevante. Para o direito penal, que deve proteger determinadas modificações, só interessa, quanto ao curso causal do mundo, a questão de saber se, relativamente a uma determinada modificação, teria existido uma alternativa baseada em normas de conduta.". KINDHÄUSER, Urs. Aumento de risco e diminuição de risco. Trad. Inês Fernandes Godinho. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; GODINHO, Inês Fernandes; MOURA, Bruno de Oliveira (orgs.). *Dogmática penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 114.

mas só porque ela é o instrumento mais seguro na busca pela equidade. O fim do jurista é a decisão correta do caso concreto[29].

Para que isso fique mais claro, permaneçamos no exemplo do debate da teoria da equivalência *versus* teoria da condição INUS. Uma das críticas mais antigas à teoria da equivalência refere-se à inutilidade de seu método hipotético, pois pressupõe um conhecimento prévio acerca das leis causais; em outras palavras, ele de nada serve, tendo em vista que somente é aplicável quando já se tem a resposta sobre o nexo causal[30].

A teoria INUS, entretanto, apesar de pretender-se voltada somente aos fatos, também é, em alguma medida, hipotética, sobretudo para resolver justamente os casos em que a teoria da equivalência falha. Fiquemos no nosso caso-exemplo da introdução: a condição mínima suficiente para o resultado danoso seria composta por 3 votos favoráveis. Entretanto, na realidade, não ocorreram 3, mas 5 votos favoráveis. A condição real, portanto, era a de 5 votos. A condição mínima hipotética, 3 votos. A teoria INUS somente chega à solução que intuímos ser a correta por considerar justamente aquela condição mínima que não ocorreu. Ou melhor, que está, numa linguagem matemática, logicamente inserida na condição que de fato ocorreu, mas que não guarda identidade com ela. Poder-se-ia, assim, dizer que a teoria da condição INUS, para a elaboração da fórmula da condição mínima também pressupõe um conhecimento prévio acerca das leis causais.

Entretanto, a presença do método hipotético também na teoria da condição INUS raramente é observada pelo jurista. Ela, se estiver mesmo correta como uma crítica à teoria como método correto, é algo que para o jurista somente é secundário. O mais importante é saber se a fórmula dá conta de considerar causa aquilo que intuímos que é, bem como em considerar não causa aquilo que intuímos que não é. A verdade, para o jurista, é preferível, mas somente por ser um modelo mais seguro de chegar à decisão correta, garantindo a aplicação isonômica da norma a todos na mesma situação fática e a possibilidade prévia de se conhecer o conteúdo dessa norma, e não como verdade em si mesma em termos ontológicos.

[29] Pelo caráter genérico dessa afirmação, fica em aberto, aqui, a consolidação do que seria a decisão correta, o que dependeria da análise de temas que fogem do escopo do presente trabalho. O que nos importa aqui é que, para análise do nexo causal, ao jurista interessa mais se a teoria resolve bem, dentro dos marcos da isonomia e da segurança jurídica, os casos conforme a nossa intuição do que propriamente se seus pressupostos estão corretos.

[30] Por todos, cf. ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 89 e ss.

Outro exemplo claro da questão é o tratamento das condições negativas como causa ou não, o que influencia diretamente na consideração de se a omissão humana pode ou não ser causa de um resultado. Esse debate, que Greco confessa já ter declarado "interessante apenas para filósofos"[31], não leva, em termos de prática jurídico-penal, a lugar nenhum. Afinal, "pouco importa" se consideramos uma omissão "como causa ou quase-causa do resultado"[32], deveremos responsabilizar o omitente "sob pressupostos exatamente idênticos"[33] ao do autor comissivo.

O que importa para o jurista é como a lei está disposta e como se pode e deve interpretá-la a fim de chegar no resultado considerado justo. Se a lei é confusa, cabe ao jurista esclarecê-la. Por exemplo, faltou ao legislador clareza na inserção da cláusula da relevância da omissão, que está equivocadamente inserida no art. 13, CP, que dispõe sobre causalidade, apesar de a questão da posição de garantidor ser um tema de desvalor da conduta. Nenhum jurista poderá, dessa má disposição do Código, concluir que o legislador manda considerar a posição de garantidor no desvalor do resultado. Da mesma forma que isso, a questão da superveniência de causa independente não é matéria de aferição de nexo causal, mas de desvalor normativo do resultado[34].

Tendo em vista, portanto, que o interesse do jurista é a práxis, uma solução *de lege ferenda* alternativa à preferível proposta de eliminação da segunda parte do art. 13, *caput*, CP seria a edição de novos parágrafos que contenham exceções à cláusula geral contida no *caput*. No caso das decisões colegiadas, seria determinar normativamente a consideração dos votos favoráveis conjuntamente no procedimento de eliminação hipotética. Entretanto, consideramos, ainda, que a melhor e mais simples solução é a supressão da segunda parte do *caput* do art. 13, CP, mantendo-se somente a exigência mínima de nexo causal, deixando à doutrina e jurisprudência a incumbência de definir os critérios para a sua aferição, conforme propôs Rocha[35] e desejava Assis Toledo[36].

[31] GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 18-19.
[32] *Ibidem*, p. 19.
[33] *Ibidem*, p. 19.
[34] Nesse sentido, corretamente, ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 167.
[35] *Ibidem*, p. 167.
[36] TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 112.

10. Alternativa *de lege lata*: Coautoria?

Diante da impossibilidade, à luz do atual art. 13, CP, de aplicação de uma teoria sobre nexo causal que não seja a da equivalência dos antecedentes, uma alternativa já observada no debate seria a da aplicação da figura da coautoria para os casos de decisões colegiadas. A coautoria poderia ser a solução, pois possibilita a figura da imputação recíproca: todos os coautores são responsáveis pelo fato globalmente considerado e não somente por sua contribuição isoladamente[37].

Duas seriam, segundo vemos, as maiores dificuldades para o uso da figura da coautoria para solucionar o vácuo de punibilidade decorrente da insuficiência da teoria da equivalência em termos de causalidade. A uma, se a causalidade é ôntica, como uma figura normativa como a da imputação recíproca na coautoria teria aptidão de resolver um problema de aferição de causalidade? A duas, a figura da coautoria só seria apta a resolver o problema nos delitos dolosos[38], permanecendo o vácuo de punibilidade nos crimes culposos.

A primeira dificuldade, incrivelmente, pode ser resolvida a partir do próprio foco do problema: a definição de causa contida na segunda parte do *caput* do art. 13, CP. Isso porque, ao determinar o método pelo qual deve-se aferir o nexo causal, o legislador não aparenta estar tão comprometido com um conceito ontológico de causa, como desejaria a doutrina dominante. Uma "canetada" não cria a realidade: se o legislador determinar que macacos deverão ser chamados de aves, eles não criarão asas nem colocarão ovos. Em outras palavras, não é porque o CP ordena a aplicação do procedimento hipotético de eliminação mental da teoria da equivalência que esse método se converte num adequado processo de conhecimento do nexo causal entre eventos. Ademais, a locução "considera-se causa" dá a entender que o legislador determinou um conceito normativo de causa específico para o direito penal. Assim, o CP determina, para fins de direito penal, a aplicação de um método de aferição de nexo causal independentemente dos debates sobre o conceito de causa e a forma de identificar a causalidade entre eventos.

[37] Cf. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 101 e ss.
[38] Por todos, cf. BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 111; GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 64-70.

Assim, considerando, portanto, que a garantia contida na segunda parte do *caput* do art. 13, CP não se refere a uma verdadeira causalidade, mas a uma "causa em sentido jurídico"[39], é possível, portanto, considerar razões normativas para interpretar o dispositivo. E, em sendo a figura da coautoria aquela que permite a imputação recíproca, que disciplina um "fato comum"[40], uma "realização do tipo em conjunto"[41], no caso de sua ocorrência, o procedimento hipotético determinado pelo art. 13, CP pode considerar o conjunto de atos dos coautores globalmente considerado e não somente os atos de cada um isoladamente. Assim, a proposta de Greco pode ser recepcionada, *na medida em que, nas decisões colegiadas, houver coautoria*. Sendo, portanto, no caso-exemplo, o conjunto de votos favoráveis, quando conjuntamente considerados, condição necessária para o resultado, isto é, quando a decisão do Conselho Diretivo é suprimida mentalmente, o resultado desaparece, então pode-se, assim, afirmar o nexo causal no sentido do art. 13, *caput*, CP.

Essa proposta, no entanto, encontra dificuldades nos casos de delitos culposos, isto é, se é possível a imputação recíproca. Isso ocorre no famoso caso, por exemplo, do spray para couro (*Lederspray*), em que, resumidamente, o órgão diretivo da empresa que comercializava o produto em questão optou por não realizar o seu *recall* após inúmeras queixas acerca de sua nocividade. Como a empresa não conseguiu identificar o que no componente do produto causava (e se causava) os problemas de saúde nos consumidores, o conselho optou, em votação que ultrapassava o número necessário, por não determinar a retirada do produto do mercado[42]. Por, nesse caso, faltar dolo para ocorrência do resultado danoso à saúde dos consumidores, poder-se-ia utilizar a figura da coautoria?

No Brasil, por muitas décadas, em razão da influência da criação do Código Penal em 1940 e a concepção defendida por Hungria e que saiu vitoriosa na criação do CP/1940, com inspiração na teoria da equivalência, de que toda contribuição, sob o aspecto causal, deve ser considerada equivalente, a posição amplamente majoritária tem sido pela possibilidade da

[39] Essa leitura poderia nos levar a uma aproximação ao que se denominou "teoria da relevância" via distinção entre causas juridicamente relevantes e irrelevantes, o que, corretamente, deve ser entendido como "uma autêntica opção normativa, uma valoração": DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral – Tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 323. Entretanto, acreditamos que a segunda parte do *caput* do art. 13, CP torna inequívoca a opção pela teoria da equivalência.

[40] BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 103.

[41] LESCH, Heiko. Intervención delictiva e imputación objetiva. Trad. Javier Sánchez-Vera y Gómez Trelles. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, tomo 48, n. 3, 1995, p. 953. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46484>

[42] Uma descrição mais completa do caso pode ser conferida em ROCHA, Ronan. *Op. Cit.*, p. 140-141.

coautoria em delito culposo[43]. Entretanto, essa hegemonia não é a mesma no cenário internacional, bem como, com o decurso do tempo, vozes discordantes foram surgindo no cenário brasileiro[44].

Para o problema que aqui interessa, que é o dos resultados decorrentes de decisões colegiadas, é possível fazer uma defesa da coautoria em delitos culposos. As principais objeções dogmáticas, ou seja, sobre a ausência de uma decisão comum de praticar o fato ou que a coautoria já pressuporia causalidade, já foram adequadamente escrutinadas e afastadas por Greco[45], de modo que remetemos o leitor ao seu trabalho. O mesmo autor, contudo, empreende uma objeção que entende ser insuperável: não há um verdadeiro fundamento para a imputação recíproca nos delitos culposos[46].

O autor, para tanto, afirma que, em um direito penal da culpabilidade, isto é, em que a resposta estatal é uma pena, o indivíduo deve responder pelo erro próprio e não de terceiros, mesmo que investidos de mandato para tanto[47]. Dessa forma, a figura da coautoria mostrar-se-ia problemática até nos casos de delitos dolosos, pois a própria ideia de imputação recíproca está em evidente tensão com a de responsabilidade estritamente individual[48]. Dessa forma, Greco considera aceitável a figura da imputação recíproca somente nos casos em que se pode falar, literalmente, de uma obra comum e afirma que isso somente ocorre quando existir um plano comum de praticar o fato, ou seja, havendo dolo referido ao resultado[49].

Acreditamos que o fundamental nessa ideia é acertado: no direito penal, somente se deve responder pelo erro próprio, e não por erros cometidos por terceiros. Nos casos de empreitada conjunta (ou "obra comum", conforme aduz Greco), isso estará preenchido na medida em que se pode dizer que cada um age tomando para si a obra comum, isto é, o conjunto total das ações. Dessa forma, essa obra comum será de todos os coautores e, nesse sentido, estará justificada a aplicação da pena.

---

[43] Para uma análise mais completa dessa questão histórica, cf. SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004, p. 4 e ss.

[44] Cf., ilustrativamente, a nota de rodapé nº 31. Ademais, SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.*, p. 35, observa que, em solo brasileiro, o questionamento à coautoria em delitos culposos "passou a tornar-se mais incisivo apenas a partir dos trabalhos lançados nas décadas de 1980 e 90".

[45] GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 65-66.

[46] *Ibidem*, p. 66 e ss.

[47] *Ibidem*, p. 67.

[48] *Ibidem*, p. 69.

[49] *Ibidem*, p. 69-70.

Entretanto, talvez o requisito exigido por Greco seja demasiado exigente e insuficientemente fundamentado. O autor, na realidade, afirma quase que axiomaticamente que o pressuposto mínimo para a obra comum é o dolo[50] referido ao resultado[51]. Assim, acreditamos ser possível que se considere que uma decisão colegiada seja uma obra comum, haja vista que "obra comum" significa aquilo que resulta de um conjunto de ações que pode ser dito pertencente a dois ou mais indivíduos. Mesmo sem aqui sistematizar quais seriam todos os requisitos necessários[52] para considerar a presença dessa "obra comum" nos delitos culposos, aparenta ser intuitivo que decisões colegiadas sempre podem ser consideradas, por sua própria natureza, uma obra comum. Isso porque, por definição, nenhum integrante do colegiado pode decidir isoladamente, devendo submeter-se ao decidido pelo conjunto.

Consideramos preferível, portanto, a solução aqui proposta à alternativa de tentar subsumir a teoria INUS à segunda parte do *caput* do art. 13, CP. Isso ocorre pelas seguintes razões: (*i*) à luz do postulado da lei estrita, não é possível, partindo de uma causalidade puramente ontológica, considerar que o legislador incluiu a possibilidade de incluir um conjunto de ações no trecho "ação ou omissão"[53]; (*ii*) com o recurso da figura da imputação recíproca da coautoria, uma categoria evidentemente normativa, como ponto de partida para essa interpretação proposta por Greco, ganha-se em segurança jurídica, uma vez que essa forma de interpretar estaria limitada justamente aos casos de coautoria, não podendo ser aplicada nos demais casos; (*iii*) o argumento de que não seria possível haver o que se considera "obra

[50] Por outro lado, fazendo uma breve digressão, importa observar que na participação criminal eventual em crime doloso, o dolo do partícipe não precisa ser igual ao do autor para que o requisito subjetivo da obra comum esteja satisfeito. No caso, é suficiente que o partícipe conheça e queira ou conheça e assuma o risco de realizar sua conduta acessória em favor da conduta autoral para que o seu dolo esteja presente, ainda que ele não deseje propriamente o resultado almejado pelo autor. Ou seja, para o dolo do partícipe basta sua consciência e vontade de aportar sua contribuição para o autor, ainda que não se queira o resultado propriamente, enquanto que o dolo do autor deve ser inexoravelmente dirigido para o preenchimento dos elementos do tipo penal, cf.: LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009. p. 28 ss.

[51] Segue a citação *ipsis litteris*, para que o leitor tire suas próprias conclusões: "Enfim: em um direito penal da culpabilidade, até a figura da coautoria dolosa é problemática. A ideia de imputação recíproca nela contida está em frontal tensão com a exigência de responsabilidade estritamente pessoal. Essa imputação recíproca parece tolerável no máximo em casos em que de fato se pode falar, literalmente, em uma obra comum. Pressuposto mínimo para tanto é que exista um plano comum de praticar o fato, isto é, dolo referido ao resultado, não sendo em absoluto suficiente a presença de um projeto comum, que justamente deixaria de abarcar o resultado.". GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 69-70.

[52] Consideramos que os critérios propostos por SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.*, p. 109 e ss., constituem, no mínimo, um bom ponto de partida.

[53] O próprio GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 64 considera que seu "manejo do sentido literal possível foi um tanto criativo".

comum" nos delitos culposos necessitaria de uma verdadeira fundamentação, o que acreditamos ainda não ter ocorrido até o momento.

11. Considerações finais

A forma de interpretar que propusemos sem dúvidas estará suscetível de ter o mesmo problema já apontado em relação ao corretivo da teoria da equivalência dos antecedentes: considerar causa aquilo que não é. Isso porque os votos contrários ao resultado lesivo, bem como as abstenções também integram a decisão colegiada. Entretanto, por aqui não pretendermos formular um enunciado geral para reconhecimento de nexo causal, somente propondo que, nos casos de decisões colegiadas, a decisão colegiada seja em si o objeto da eliminação hipotética, acreditamos que esse problema pragmático estará resolvido até que o legislador resolva desenvolver o diploma legal, eliminando a segunda parte do *caput* do art. 13, CP. Até lá, nada impede que o problema seja usado como solução, impedindo que condutas intuitivamente causais sejam equivocadamente consideradas como não causais, impedindo a responsabilidade de todos os envolvidos.

Quanto à questão dos votos contrários e abstenções, dos quais não pretendemos aqui dissertar se devem ou não ser considerados causais (apesar de aparentemente a doutrina dominante responder em sentido negativo), a imputação objetiva resolve o risco de iniquidade[54]. Se, no nosso caso-exemplo da introdução, a votação tivesse se dado por 4 votos a 1, é de se considerar que o voto contrário não incrementa, mas, pelo contrário, diminui o risco de ocorrência do resultado, inexistindo desvalor do comportamento daquele indivíduo[55].

Assim, *exclusivamente* para os casos de resultados decorrentes de decisões colegiadas, propõe-se aqui, como solução *de lege lata*, que a segunda parte do *caput* do art. 13, CP seja lida de modo que a "ação ou omissão sem a qual" seja entendida como a decisão colegiada em si e não os votos isoladamente considerados, conforme propôs Greco. Todavia, adotamos para isso o fundamento na ideia de imputação recíproca, que, por sua vez, decorre do fato de que a decisão colegiada é uma autêntica *obra comum*. Inserir esse fundamento normativo para a

[54] Registre-se que há posicionamento segundo o qual aqueles que se limitarem a votar contrariamente, abster-se ou nem comparecer para votar, mas não realizarem nenhum ato de oposição à decisão colegiada que vise a impedir a ação típica, também devem ser responsabilizados. Sobre isso, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial*: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do *compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021, p. 198-200.

[55] É o que propõe SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.*, p. 124 e ss., ao exigir que não somente a obra comum, mas também as condutas individualmente consideradas incrementem o risco de ocorrência do resultado.

aferição de nexo causal, apesar de não ser a opção preferível, é o risco que corre um legislador descomprometido com uma ideia ontologicamente fundada de causalidade.

Por fim, cabe ressaltar que acompanhamos Ronan Rocha e Assis Toledo[56] e, portanto, defendemos, como solução *de lege ferenda*, a eliminação da segunda parte do *caput* do art. 13, CP. Para a função de garantia do dispositivo, no sentido de que ações não causais não sejam punidas, basta a cláusula geral presente na sua primeira parte, exigindo o nexo de causalidade. Uma causalidade ontologicamente considerada só é possível num ordenamento jurídico em que se entenda que o legislador não tem o poder de criar a realidade e que, portanto, não deve determinar o que é causa.

12. Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Revista de Informação Legislativa*, out-dez, 1969.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. da 2ª ed. Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral – Tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESTELLITA, Heloísa. Causalidade na omissão: um panorama dos problemas das omissões paralelas e sucessivas na criminalidade de empresa. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico*. 1ª reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

[56] Cf. notas de rodapé 37 e 38.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélson. Primeira parte. *In*: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal, volume I, tomo II*: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

KINDHÄUSER, Urs. Aumento de risco e diminuição de risco. Trad. Inês Fernandes Godinho. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; GODINHO, Inês Fernandes; MOURA, Bruno de Oliveira (orgs.). *Dogmática penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 111-132.

LESCH, Heiko. Intervención delictiva e imputación objetiva. Trad. Javier Sánchez-Vera y Gómez Trelles. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, tomo 48, n. 3, 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46484>

LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*: parte geral. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial*: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do *compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal*: volume único. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36/54>

WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro, segundo volume*: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Considerações sobre o projeto de lei 1.588/2020: a novel certificação de programa de integridade

Cecilia Choeri da Silva Coelho[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discute-se o teor do Projeto de Lei n. 1588/20, que visa alterar a Lei n° 12.846, de 10 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), para que somente empresas envolvidas em corrupção que possuírem sistema interno de integridade certificado se beneficiem da atenuante da sanção administrativa.

Palavras-chave: compliance – lei anticorrupção – certificação – gestor independente

Abstract: This paper aims to discuss the Bill n. 1588/20, that aims to change Law n. 12.846, issued on August 10th, 2013 (Anticorruption Law), to only benefit companies accused of corruption with a reduction of administrative sanctions if they have a certified compliance program.

Key-words: compliance – anticorruption law – certification – independent officer

O Projeto de Lei n. 1.588/2020[1], que propõe alterar a Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, teve origem no Senado Federal (como Projeto de Lei do Senado n. 435/2016), por iniciativa do Senador Antônio Anastasia. Em sua redação original, o projeto estabelecia a exigência de certificação de gestor de sistema de integridade como condição para atenuar sanções administrativas relativas à prática de atos ilícitos contra a Administração Pública. Seu objetivo, segundo o Autor, seria aumentar a adesão e a eficácia dos programas de compliance anticorrupção. A certificação da efetividade dos programas de compliance transmitiria uma maior confiabilidade à organização empresarial e contornaria, entre outras, as

[1] Pesquisadora do CPJM; Doutoranda e Mestre em Direito Penal pela UERJ; Advogada.
[1] https://www.camara.leg.br.

críticas de que haveria uma proliferação de programas de *compliance* "de fachada", em detrimento do interesse público.

Todavia, ao passar para a Câmara dos Deputados, o PL n. 1.588/2020 ganhou corpo e complexidade. Além daquela previsão, outras inovações foram trazidas ao documento, tendo sido agregadas ao Substitutivo ao referido PL, ainda que parcialmente, propostas que constavam em nada menos do que 12 (doze) outros Projetos de Lei[2], igualmente em análise no Congresso Nacional. Com isso, esse conjunto de proposições passou a tramitar "apensado" ao PL 1.588/2020.

Tendo sido encerrado em outubro de 2021 o prazo para apresentação de emendas ao substitutivo e, em seguida, apresentado o Parecer do Relator, o Substitutivo ao PL 1.588/2020 encontra-se atualmente na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP)[3], para aprovação final e encaminhamento para sanção presidencial.

Ao longo de sua tramitação, o Projeto, que previa tão somente a exigência de certificado por parte de gestor de sistema de integridade devidamente preparado para a função, como condição para o abrandamento punitivo da Lei Anticorrupção, foi alterado e passou a conter uma série de outras disposições.

A principal alteração se refere justamente à exigência de certificação do programa de integridade por um gestor, que foi afastada, tendo dado lugar à exigência de certificação por Organismo de Avaliação da Conformidade – OAC devidamente acreditado, reconhecido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, aproveitando parcialmente os aportes do PL n. 11.095, de 2018 do PL n. 182, de 2019. A justificativa para a mudança foi a possível falta de independência do gestor, uma vez que ele responderia pela própria implantação e monitoramento do programa de integridade. Além disso, a exigência de preparação para a função, sem a devida regulamentação, foi considerada um tanto subjetiva, podendo ensejar insegurança jurídica.

A certificação por certificadora acreditada pelo INMETRO, por outro lado, já é uma prática regulamentada no âmbito do Poder Executivo Federal, sendo o INMETRO responsável por avaliar as certificadoras quanto aos mecanismos para assegurar independência,

[2] Apensados: PL no 9.062/2017, PL no 11.094/2018, PL no 11.095/2018, PL no 11.096/2018, PL no 11.170/2018, PL no 182/2019, PL no 183/2019, PL no 81/2019, PL no 84/2019, PL no 85/2019, PL no 418/2020 e PL no 4.481/2020.

[3] Informação constante do site da Câmara dos Deputados (https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2243116) em 13 de fevereiro de 2022.

imparcialidade e confiança técnicas em seus processos de auditoria e certificação. Em seu Parecer, o Relator faz menção à existência de padrões normativos internacionais (já traduzidos e válidos no Brasil pela ABNT), como a ISO 37001 – Sistema de Gestão Antissuborno e a ISO 37301 – Sistema de Gestão de Compliance, sendo que este último poderia, em sua opinião, abranger todos os requisitos exigidos para o programa de integridade definido na Lei Anticorrupção e no seu Decreto regulamentador (Decreto n. 8.420 de 2015).

O Substitutivo ao PL n. 1.588/2020 manteve, com apenas alguns ajustes, o texto original do Projeto de Lei do Senado n. 435/2016 a respeito das funções do gestor do programa de integridade, que envolvem desde a gestão do programa de integridade e manutenção da documentação comprobatória até a atuação na interação entre a pessoa jurídica e as autoridades públicas. Ocorre, no entanto, que, com a substituição da figura do gestor pela figura da certificadora, seu papel ficou indefinido, parecendo que o legislador optou por deixar a cargo da empresa a opção por contratar um gestor do seu sistema de integridade ou não. Fez bem, todavia, em deixar claro que o gestor do programa de integridade não responde solidariamente ou sob nenhuma outra forma, por eventuais irregularidades e desvios ocorridos no âmbito da pessoa jurídica, exceto na ocorrência de dolo ou culpa no exercício de suas atribuições.

A seu turno, foi igualmente salutar a elevação ao status de lei da definição do *compliance*, bem assim dos seus pilares. Nesse aspecto, não deve passar desapercebido que a Lei n. 12.846/2013 – a primeira a tratar, diretamente, dos programas de compliance no Brasil, apresentou uma redação modesta no seu art. 7º, inc. VIII, aludindo à "existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica". Em seus artigos 41 e 42, o Decreto Federal n. 8.420/2015 definiu o que se entende por *compliance* anticorrupção e estabeleceu parâmetros para avaliação do programa de integridade, jogando um pouco de luz sobre o tema. Todavia, os contornos e os requisitos dos programas de integridade não foram até hoje definidos em Lei.

De lege ferenda, é positiva, portanto, a introdução dos §§ 6º a 8º, e incisos, ao 7º, da Lei n. 12.846/2013, consoante previsto no Substitutivo ao Projeto de Lei n. 1.588/2020. Naturalmente, essa inovação deve gerar efeitos positivos para todo o ordenamento jurídico, bem assim para todas as esferas legislativas do País (Federal, Estadual, Distrital e Municipal).

O Projeto de Lei inclui, ainda, o inc. XVII ao art. 18, da Lei n. 8.987/1995, que trata da concessão ou permissão de serviços e obras públicas, tornando obrigatória implantação de

programa de integridade pelo licitante vencedor nos contratos de concessão com o Poder Público. Trata-se de providência igualmente salutar, ainda que tímida, uma vez que a exigência de programas de integridade anticorrupção deveria recair sobre toda e qualquer empresa que queira fazer negócios com a Administração Pública e não somente para aquelas que se sagrem vencedoras no processo licitatório. Nesse sentido, deve-se mencionar a providência, contemplada no art. 25, da Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitação e Contrato Administrativo), da obrigatoriedade do *compliance* empresarial para as contratações de grande vulto.

Iniciativa igualmente positiva é a dispensa de pagamento ou restituição à pessoa jurídica de valores relacionados com os resultados da empresa, devidas ou pagas a dirigentes, administradores, conselheiros ou demais pessoas com poder decisório que tenham participado de atos lesivos (disposição constante dos projetos de lei n. 11.094 e 11.170, ambos de 2018, e 81 e 183, de 2019). Não se pode ignorar que diversos escândalos de corrupção, havidos no passado recente, redundaram em lucros expressivos para pessoas jurídicas que, lançados nos balanços societários, acarretaram, por força regimental ou contratual, o pagamento de bônus para dirigentes, inclusive aqueles que estiveram à frente de esquemas de corrupção. É, portanto, conveniente a introdução da regra contida no art. 24-A, do Substitutivo. Como bem expressado no seu Relatório, "aquele que tenha participado, comprovadamente, de atos lesivos à administração pública, não pode se beneficiar da própria torpeza."

Quanto à previsão constante do Projeto de Lei original acerca da legalização das investigações internas, com efeitos benéficos para a empresa sob a condição de que a pessoa jurídica demonstre que investigou o ato lesivo e apresente todas as informações e provas pertinentes, o Relator optou por afastá-la, passando a considerar a conduta da empresa na determinação da dosimetria dos benefícios e das sanções. Dessa forma, previu no § 5º do Substitutivo que "a existência de programa de integridade efetivo poderá ensejar a redução ou aumento, conforme regulamento previsto no § 1o do Art. 7o, que deverá levar em consideração os seguintes parâmetros, além de outros que venha a adotar: I – o ato foi identificado pela pessoa jurídica antes do Poder Público; II – a pessoa jurídica comunicou espontaneamente o ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, ou ao Ministério Público antes da instauração do procedimento investigatório ou sancionador; III – o programa de integridade atendia aos requisitos legais e era efetivo no momento da prática do ato lesivo; e IV – a pessoa jurídica adotou, após a identificação do ato lesivo, medidas para saneamento e, se possível, aprimoramento do programa de integridade." Demais disso, o § 1º, do art. 24-A, introduz a

seguinte norma: "A pessoa jurídica deverá comprovar a prática do ato lesivo em processo interno de apuração que assegure a ampla defesa e o contraditório."

A justificativa para tal mudança de perspectiva parece bastante razoável, tendo o Relator reconhecido que "nenhum programa de integridade elimina totalmente o risco da ocorrência de atos lesivos, ou ainda consegue sempre detectá-los, por mais que se esforce, cabendo assim, avaliar se a despeito do ato ilícito praticado, havia um programa de integridade efetivo e que demonstre o compromisso da alta direção da pessoa jurídica em sua prevenção e detecção."

Em que pesem os avanços trazidos pelo Projeto de Lei n. 1.588/2020, com o Substitutivo de outubro de 2021, fato é que para a modernização dos programas de *compliance* no Brasil, é preciso uma reforma legislativa mais ampla, isto é, é necessário que o Congresso acolha a demanda político-criminal no sentido da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica (RPPJ) envolvida em atividades ilícitas, consoante vem sido contemplado pela generalidade dos países (EUA, Reino Unido, França, Portugal, Espanha, Argentina, Chile, dentre outros).[4]

A propósito, sabe-se que a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 6.826-A, de 2010, que deu azo à Lei n. 12.846, aludia, no seu item 10, a uma suposta ineficácia ou falta de celeridade da instância penal no que tange a punição do ente moral. Todavia, os fatos havidos a partir do ano de 2014, nomeadamente o escândalo de corrupção envolvendo as grandes empreiteiras brasileiras que mantiveram negócios espúrios com companhias estatais e com autoridades das altas esferas de governo, tanto no Brasil como em países vizinhos, descortinaram que somente a punição criminal de entes morais surte – de fato e de direito – efeitos dissuasórios. Essa assertiva pode ser ilustrada com a constatação, amplamente divulgada, no sentido de que o então departamento de operações estruturadas da empresa Odebrecht, continuou a funcionar, distribuindo dinheiro para políticos e gestores públicos, mesmo depois da deflagração da Operação Lava-Jato e da prisão dos seus principais administradores.[5]

Nesse terreno, convém mencionar a *Ley 27.401/2017*, promulgada, pelo Poder Legislativo da Argentina, e que entrou em vigência no ano de 2018, pois ela pode ser considerada uma "lei de segunda geração" frente à nossa Lei 12.846/2013. Com efeito, a

[4] Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e compliance. 2ª ed. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 137 e segs.

[5] GASPAR, Malu. A Organização. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 118 e segs.

homóloga Lei Anticorrupção Argentina previu a RPPJ por atos de corrupção, sendo certo que, além da atenuação da pena, o seu *Artículo 9º* dispõe que a existência e efetividade de programa de *compliance* pode acarretar a *isenção* da sanção criminal da empresa envolvida em atos de corrupção. Essa providência, similar à de outros países, contribui a favor da adoção de programa de compliance efetivo por parte das empresas interessadas em travar negócios com os entes públicos, acautelando-se, pois, os riscos de perpetração de atos de corrupção por parte dos seus dirigentes ou prepostos.

Dito as coisas de outro modo, tem-se que o Substitutivo poderia ter ido além. Poderia ter adotado redação similar àquela contida nos arts. 41 a 44, do Projeto de Lei n. 236/2012 (Novo Código Penal), em andamento no Senado Federal, referente à RPPJ para ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Evidentemente, considerando que o citado PLS 236 tramita, há quase uma década, no Congresso, mister se faz colher as propostas de atualização daqueles dispositivos, consoante preconizado pela melhor doutrina do Direito Penal Econômico.[6]

A guisa de conclusão, considera-se que muito mais do que certificação por parte de gestor de sistema de integridade ou de acreditação de pessoa jurídica pelo INMETRO, o que efetivamente contribui para a modernização e efetivação do compliance anticorrupção é a previsão do *societas delinquere potest*, consoante a estratégia politico-criminal do porrete e da cenoura.[7]

[6] ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Teoria do Crime da Pessoa Jurídica. Proposta de alteração do PLS 236/12. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, passim.

[7] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021, p. 69.

A persecução criminal da pessoa jurídica no estado do Rio de Janeiro: breve análise dos procedimentos instaurados nos últimos cinco anos para apuração de crimes ambientais.

Elisa Ramos Pittaro Neves[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho de pesquisa analisará o cotidiano da criminalização empresarial pela prática de crimes ambiental nas comarcas do Estado do Rio de Janeiro. Os procedimentos investigatórios e ações penais que tramitaram nos últimos cinco anos foram esmiuçados, permitindo identificar possíveis entraves à efetiva responsabilização.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Crime ambiental. Persecução criminal.

Abstract: The presente research work will analyze the daily life of corporate criminalization for the practice of environmental crime in the State of Rio de Janeiro. The investigative procedures and criminal actions that took place in the last five years were detailed, allowing the identification of possible obstacles to effective accountability.

Keywords: Corporate criminal liability. Environmental crime. Criminal prosecution.

A possibilidade de uma empresa ser responsabilizada criminalmente é alvo de intenso debate e de muitas controvérsias entre juristas de diversos países. Inúmeras questões de ordem dogmática, e outras relacionadas à política criminal, fomentam discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica (doravante RPPJ).

No Brasil a situação não é diferente. Apesar da Constituição Federal ter feito a opção política de criminalizar a pessoa jurídica nos crimes ambientais – além da criminalização por

[1] Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Titular da 2ª Promotoria de Justiça Especializada dos Núcleos Nova Iguaçu e Duque de Caxias; Professora de Direito Penal e Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Doutoranda e Mestre em Direito Penal pela UERJ; Pesquisadora do CPJM.

infrações econômico-financeiras e contra a economia popular –, fato que deveria encerrar ou pelo menos amenizar estas controvérsias, ainda existem obstáculos teóricos e práticos que dificultam a punição dos entes coletivos.

Em que pese a Constituição datar de 1988, a Lei de Proteção Ambiental (Lei n. 9.605), somente foi promulgada dez anos depois, ou seja, em 1998. Contudo, as dificuldades teóricas acerca da RPPJ surgem principalmente pelo fato de o modelo de responsabilidade penal ser calcado na responsabilidade individual. Nesse modelo, consciência, vontade e culpabilidade são alguns de seus elementos estruturantes, algo de difícil elaboração e identificação na pessoa jurídica.

Tanto é assim, que apenas em agosto de 2013, no julgamento do emblemático Recurso Extraordinário nº 548.181/ PR[1], o Supremo Tribunal Federal admitiu que uma pessoa jurídica ocupasse de forma isolada o polo passivo de ação penal pela prática de um crime ambiental. Até esse julgamento, havia a exigência de uma dupla imputação. Assim, pessoas física e jurídica deveriam ocupar o polo passivo da ação penal, em uma espécie de litisconsórcio passivo necessário. Essa orientação que prevaleceu nas Corte Superiores até a prolação desta decisão.

Não se ignora existir literatura contrária a RPPJ. Contudo, este cenário está gradativamente se modificando. Impulsionado pelo surgimento dos programas de *compliance* e sua repercussão na criminalidade empresarial, a doutrina nacional tem avançado na elaboração de novas justificativas e argumentos que dão legitimidade a criminalização deste ente coletivo.

Cumpre destacar que este estudo não tem o objetivo de enfrentar essas e outras questões dogmáticas extremamente relevantes. Porém, partindo da premissa que essa forma de responsabilidade criminal é compatível com a Ordem Constitucional, analisa-se, em termos práticos, o tratamento aplicado às empresas que praticam os crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/1998.

Ao que se tem notícia, não existem estudos empíricos que demonstrem o real impacto da RPPJ, ao menos no Estado do Rio de Janeiro. Portanto, dentro dos limites desta pesquisa, o objetiva-se falar um levantamento das investigações, denúncias e processos em que pessoa

[1] Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 548181/PR. Relator: Weber, Rosa. Publicado no DJe de 30 out. 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801. Acesso em 13/Jan.2022.

jurídica foi investigada, ou ocupou o polo passivo em ações penais que tramitaram nos últimos anos no Estado do Rio de Janeiro.

Antes da análise dos dados coletados, é necessário destacar os dispositivos penais e processuais penais aplicados aos crimes ambientais.

Com delitos previstos nos artigos 29 ao 69 da citada Lei de Proteção Ambiental, a legislação ecológica define os crimes praticados contra a fauna e a flora, crime de poluição, crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural e os crimes contra a administração ambiental.

De acordo com a pena mínima prevista em abstrato, todos os crimes ambientais admitem a proposta de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28- A do Código de Processo Penal. Vale lembrar que um dos principais requisitos para aplicação deste instituto é o *quantum* da pena mínima, que deve ser inferior a 4 (quatro) anos. Todos os delitos previstos na lei 9.605/98 possuem pena mínima abaixo desse patamar.

Ainda considerando a pena mínima prevista em abstrato, praticamente todos os delitos ambientais admitem a suspensão condicional do processo. O instituto previsto no artigo 89 da Lei 9099/1995 é aplicado a todos os crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano. Salvo os crimes previstos nos artigos 41, 50-A e 69-A, cujas penas mínimas superam este limite, todos os demais admitem o sursis processual.

Desta forma, com a aplicação desses institutos de justiça penal negocial, o número de ações penais deflagradas e de condenações de pessoas jurídicas por delito ambiental parece ser reduzida. Isso porque a aplicação da suspensão condicional do processo, uma vez acordada entre as partes, leva a suspensão do processo e a posterior declaração de extinção da punibilidade. Já o acordo de não persecução penal, como o próprio nome sugere, impede o ajuizamento da ação penal.

Por esse motivo, se consideramos apenas as condenações dos entes morais pela prática de crimes previstos na Lei 9.605/1998, o resultado estará comprometido. A aplicação dos mecanismos de negociação existentes em nossa legislação acaba dificultando a análise da real persecução penal realizada nesses delitos.

Em razão do acima exposto, nesse trabalho de pesquisa foram considerados os inquéritos policiais instaurados ou em trâmite em todo o Estado do Rio de Janeiro nos últimos cinco anos. Demais a mais, as ações penais oriundas destes procedimentos investigatórios, cuja autoria do crime ambiental foi atribuída a alguma pessoa jurídica, também foram analisadas.

A partir de levantamento realizado no sistema MGP (módulo gestão de processos) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro[2], foram encontrados apenas 46 procedimentos criminais cuja pessoa jurídica era apontada como investigada ou suposta autora de crime ambiental.

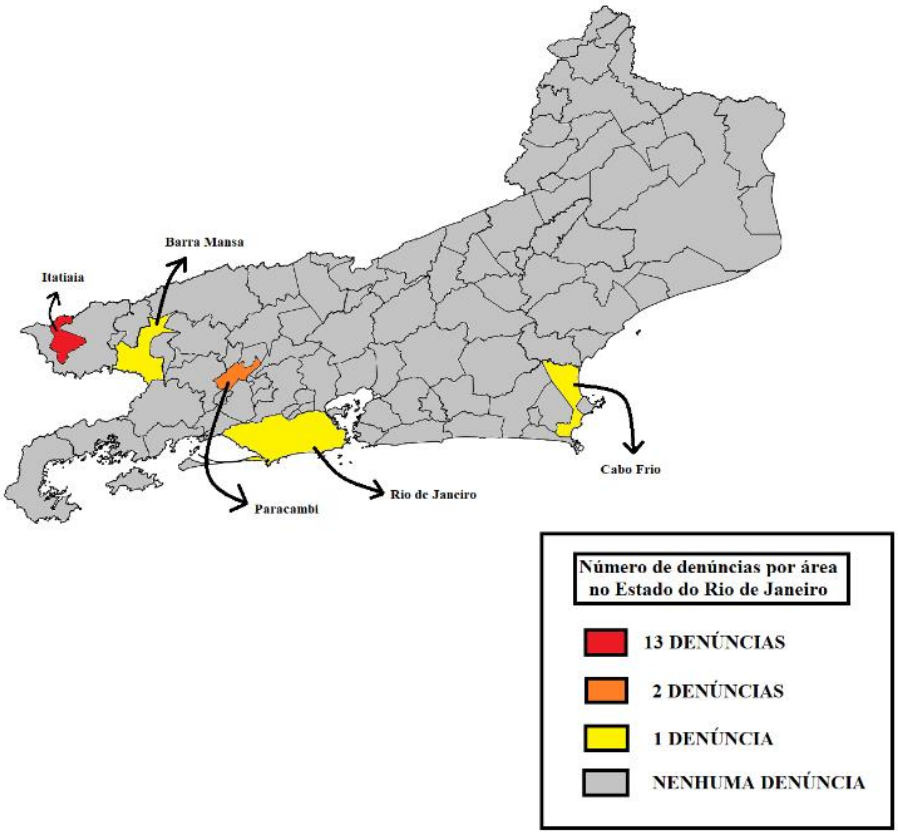
Não obstante esse número parecer inexpressivo, a quantidade de denúncias ofertadas a partir desses procedimentos é ainda mais reduzido.

Origem	***Crime***	***Comarca***	***Nº Processo***	***Andamento***
167ª DP. IP nº 00878/2013	Arts. 38 e 39 da lei 9.605/98	Paraty	0003019-96.2014.8.19.0041	Denúncia recebida e A.I.J. designada para novembro de 2022.
MPRJ 2019.01135057	Art. 54 da lei 9.605/98	Cabo frio	0048651-64-2019.8.19.0011	Denúncia recebida e aguardando apresentação de alegações finais.
51ª DP	Art. 56 da lei 9.605/98	Paracambi	0001867-52.2013.8.19.0039 (declinado da Justiça Federal)	Denúncia recebida. Defesa intimada para que se manifeste sobre a recusa de proposta de ANPP pelo Ministério Público.
51ª DP. IP nº 01733/2016	Art. 56 da lei 9.605/98	Paracambi	0001861-45.2013.8.0039	Denúncia recebida.
DPMA	Arts. 54, §2º, V e art. 60 da lei 9605/98	Rio de Janeiro	IP 00002/2014	Denúncia não recebida. Arquivado.
90ª DP. IP nº 00905/2018	Art. 54, §2º, V da lei 9.605/98	Barra Mansa	0006092-07.2019.8.19.0007	Denúncia recebida.
MPRJ 2016.00755522	Arts. 40, 40-A §§1º e 2º, 51 e 54 da lei 9.605/98	Itatiaia	0004495-14.2015.8.19.0081	Denúncia recebida. Processo remetido à digitalização.
99ª DP. IP nº 02138/2013	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0.005997-80.2018.8.19.0081	Denúncia recebida. Processo suspenso em razão do art. 89 da lei 9099/95.

[2] Dados obtidos do sistema MGP (módulo gestão de processos) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 29/10/2021.

99ª DP. IP nº 02232/2013	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0003563-89.2016.8.19.0081	Absolvição sumária em razão da extinção da punibilidade.
99ª DP. IP nº 02971/2013	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0002724-64.2016.8.19.0081	Absolvição sumária em razão da extinção da punibilidade.
99ª DP. IP nº 00018/2013	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0001756-34.2016.8.19.0081	Denúncia recebida. Ministério Público intimado para se manifestar sobre prescrição.
99ª DP. IP nº 0188/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0003505-86.2016.8.19.0081	Denúncia recebida. O processo foi extinto na A.I.J., com a aplicação analógica do art. 485, VI do CPC.
99ª DP. IP nº 00218/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	00307-11.2017.8.19.0045	Denúncia recebida.
99ª DP. IP nº 00095/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0000450-54.2021.8.19.0081	Denúncia recebida.
99ª DP. IP nº 00219/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0002156-48.2016.8.19.0081	Denúncia recebida
99ª DP. IP nº 01582/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0000448-84.2021.8.19.0081	Denúncia recebida.
99ª DP. IP nº 01579/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0000451-39.20121.8.19.0081	Denúncia recebida.
99ª DP. IP nº 01643/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0001842-05.2016.19.0081	Denúncia recebida. Extinta a punibilidade em razão do art. 89 da lei 9099/95.
99ª DP. IP nº 02893/2014	Art. 56 da lei 9.605/98	Itatiaia	0002155-63.2016.8.19.0081	Denúncia recebida. Ministério Público intimado para se manifestar sobre prescrição.

De acordo com a tabela acima, do total de 46 procedimentos instaurados, o oferecimento de denúncia em face de pessoas jurídicas ocorreu apenas em 19 investigações. Treze denúncias foram oferecidas na Comarca de Itatiaia, duas em Paracambi, e em Barra Mansa, Cabo Frio, Paraty e Rio de Janeiro, apenas uma denúncia em cada comarca.



Conforme pode ser observado no mapa do Estado do Rio, a Comarca de Itatiaia foi o local onde foi ofertada o maior número de denúncias contra corporações. Além disso, todas as iniciais foram oriundas de investigações realizadas pela Delegacia local, a 99ª Delegacia de Polícia, e não da Delegacia Especializada na apuração de delitos dessa natureza, a DPMA-Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente.

O pequeno número de procedimentos investigatórios e ações penais deflagrados contra pessoas jurídicas, no Estado do Rio de Janeiro, nos últimos cinco anos, é irrisório. A escassez de investigações e denúncias sugestiona que a persecução criminal dos crimes ecológicos não é realizada de forma minimamente satisfatória. Caso contrário, a inafastável conclusão seria no sentido de que estes entes coletivos não estão praticando crimes ambientais, fato que é francamente perceptível pela população carioca.

Demais disso, os dados coletados demonstram que, o início das investigações por crime ambiental, na maioria dos casos, o alvo ainda é a pessoa física que ocupa a empresa. A razão

pela qual a atuação criminosa da pessoa jurídica é desconsiderada nas investigações de quase todas as comarcas é algo injustificável.

Talvez a grande resistência teórica à responsabilidade penal da pessoa jurídica faça com que a fase persecutória fique limitada a atuação da pessoa física. Mesmo que a criminalidade empresarial esteja em clara expansão, os entraves dogmáticos ainda funcionam como uma espécie de obstáculo ao indiciamento e ao ajuizamento de ações penais contra esses entes coletivos.

A distribuição desproporcional de denúncias constatada nos últimos cinco anos no Estado do Rio de Janeiro é bastante significativa. Esse fato reforça o argumento de que, superados os dogmas da responsabilidade individual, nada impede o avanço contra a pessoa jurídica que pratique infração ambiental.

A mesma relação desproporcional é observada nos procedimentos investigatórios que tramitaram na Delegacia Proteção ao Meio Ambiente, quando comparados aos procedimentos que tramitaram na Delegacia de Itatiaia. Na unidade de investigação especializada deveria ter tramitado a maioria das investigações relacionados a crimes cometidos por empresas, e não em uma unidade distrital que possui atribuição genérica para apuração de qualquer crime.

Vale ressaltar que na unidade policial especializada não existem critérios de buscas ou estatísticas sobre a criminalidade empresarial no Estado. Essa omissão também é indicativa de que investigações pela prática de crime ambiental priorizam a pessoa física, e não a jurídica.

Desconsiderar a RPPJ não implica apenas em ignorar a sua posição de fundamental importância no Estado Social e Democrático de Direito. Assim como o indivíduo, a pessoa jurídica também ocupa posição de extrema relevância na ordem social, política e econômica. Isso implica também em não responsabilizar autores de crimes ambientais graves, além de não dar a norma a sua função de prevenção geral positiva.

Desta forma, para que os postulados de preservação ecológica e de desenvolvimento sustentável em matéria penal ambiental sejam alcançados, é importante que ocorra uma alteração de postura na persecução criminal empresarial. Essa mudança de paradigma é imprescindível para que o Direito Penal deixe de ser o coadjuvante nesse cenário, e cumpra a sua missão de constitucional de tutelar os bens jurídicos mais relevantes.

A nova lei alemã de diligência em cadeias de fornecimento: novas tarefas para o departamento de compliance de empresas multinacionais

Dr.a Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M.[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O Projeto de Lei da Diligência em Cadeias de Fornecimento apresentado em 28.02.2021 foi aprovado pelo Governo Federal Alemão como um Projeto de Lei Governamental em 03.03.2021. Em 11.06.2021 o mesmo foi aprovado pelo *Bundestag* e em 25.06.2021 o *Bundesrat* também aprovou o projeto. A lei entrará em vigor em 1° de janeiro de 2023. A aplicação da mesma se dá primeiramente às empresas que, via de regra, empregam pelo menos 3.000 funcionários. À partir de 2024 a lei se aplicará às empresas contando com apenas 1.000 funcionários. O número de funcionários se refere a empregados de empresas com sede ou subsidiária na Alemanha, caso pertençam a conglomerados empresariais (§1 Abs. 3 LDCF). No procedimento parlamentar, foi acrescentado que a lei também se aplica às filiais de empresas estrangeiras atuantes na Alemanha, desde que a filial também preencha o número de funcionários especificado no parágrafo anterior (§ 1 Abs. 1 S. 2 LDCF). Com a nova lei se objetiva a aplicação de diligência em cadeias de fornecimento internacionais e a regulamentação seguida da punição de práticas cujos *standards* existentes nas áreas dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente não conseguem impedir: Trabalho escravo, infantil, desmatamento do solo, contaminação da água, entre outros.

Palavras-chave: Cadeias de fornecimento internacionais, diligência corporativa, direitos humanos, meio ambiente, desafios para o compliance

Abstract: The Supply Chain Due Diligence Bill submitted on 28.02.2021 was approved by the German Federal Government as a Government Bill on 03.03.2021. On 11.06.2021 it was approved by the *Bundestag* and on 25.06.2021 the *Bundesrat* also approved the bill. The law will enter into force on January 1, 2023. It applies in the first instance to companies that, as a

[1] A autora é Senior Legal Counsel e Compliance Officer no grupo internacional ams OSRAM em Munique, Alemanha e pode ser encontrada no endereço de e-mail internationalcompliance@gmail.com.

rule, employ at least 3,000 employees. From 2024 the law will apply to companies with only 1,000 employees. The number of employees refers to employees of companies with headquarters or subsidiaries in Germany if they belong to a business conglomerate (§1, S. 3 SCDDL). In parliamentary procedure, it was added that the law also applies to subsidiaries to foreign companies operating in Germany, provided that the subsidiary also meets the number of employees specified in the previous paragraph (§1 Abs. 1 S. 2 SCDL). The new law is aimed at the application of due diligence in international supply chains and the regulation followed by the punishment of practices which existing standards in the areas of human rights and the environment cannot prevent: slave labor, child labor, soil deforestation, water contamination, among others.

Keywords: International supply chains, corporate due diligence, human rights, environment, compliance challenges

1. Introdução

A nova Lei Alemã de Diligência em Cadeias de Fornecimento (LDCF)[1] foi promulgada em 22 de julho de 2021 e visa melhorar a situação dos direitos humanos internacionais, estabelecendo requisitos para uma gestão responsável das cadeias de fornecimento, com obrigações de devida diligência, graduadas de acordo com a influência que as empresas ou filiais possam exercer.[2]

Quando da sua entrada em vigor no dia 1° de janeiro de 2023, a lei será aplicável para empresas sediadas na Alemanha e empresas com uma filial de acordo com o § 13d do Código Comercial (HGB) contando com pelo menos 3.000 funcionários na Alemanha. A partir de 1° de janeiro de 2024, empresas que empregam pelo menos 1.000 funcionários na Alemanha estarão cobertas pelas regras da aludida lei.

[1] Texto da Lei Alemã de Diligência em Cadeias de Fornecimento, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*%5B@attr_id=%27bgbl121s2959.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D__1644601482270, último acesso em 13.02.2022.

[2] Deutscher Bundestag, https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw23-de-lieferkettengesetz-845608, último acesso em 11.02.2022.

O surgimento da lei é apoiado nos Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Empresas e Direitos Humanos, adotados em junho de 2011.[3] Ao mesmo tempo que é obrigação original de cada Estado garantir constitucionalmente ou de outra forma os direitos humanos e fundamentais de liberdade de seus nacionais, também é fato que a LDCF está profundamente ancorada no princípio de n° 17 (*Human Rights Due Diligence*) da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, segundo o qual empresas devem identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como elas abordam seus impactos adversos sobre os direitos humanos, realizando a devida diligência em relação aos mesmos.

A Alemanha elaborou um Plano de Ação em 2016, com o objetivo de transpor os Princípios da (ONU) sobre Empresas e Direitos Humanos no direito alemão. O Plano de Ação estabeleceu a expectativa do governo alemão de que até 2020 pelo menos 50% das empresas com mais de 500 funcionários estabeleceriam processos internos para garantir a devida diligência em matéria de direitos humanos de forma adequada ao seu tamanho, setor e posição na cadeia de fornecimento e valor.[4]

Tomando como base o princípio do compromisso voluntário corporativo, o governo alemão se comprometeu em 2018 a introduzir por lei a obrigação de *due diligence* corporativa para as cadeias de fornecimento, caso as suas expectativas resultantes do compromisso voluntário não fossem atendidas.[5]

De acordo com Dohrmann, até a metade do ano 2020, a implementação das metas do Plano de Ação foi revista como parte do processo de monitoramento planejado de dois anos, liderado pelo Ministério das Relações Exteriores Federal.[6]

O resultado do monitoramento demonstrou que apenas 13 a 17% das empresas entrevistadas cumpriram com o disposto no Plano de Ação e que 83 a 87% das empresas

[3] Guiding Principles on Business and Human Rights, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, último acesso em 11.02.2022, P. 17-19.

[4] Die Bundesregierung, Nationaler Aktionsplan, Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2016-2022, https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf, último acesso em 11.02.2022, P. 7.

[5] Die Bundesregierung, Nationaler Aktionsplan, Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2016-2022, https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf, último acesso em 11.02.2022, P. 5.

[6] Dohrmann, das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? - Eine kritische Analyse, CCZ 2021, P. 266.

alemães indagadas não o fizeram, ou seja, a auto-regulamentação corporativa fracassou.[7] Dessa forma, o governo alemão considerou necessária a elaboração de uma norma de diligência legalmente vinculativa e compatível internacionalmente, resultando na Lei Alemã de Diligência em Cadeias de Fornecimento (LDCF).[8]

O presente artigo aborda os temas escopo pessoal e material de aplicação legal, posições legais protegidas pela lei (direitos humanos e meio ambiente), obrigações de diligência e as novas tarefas e, sobretudo, grandes desafios surgidos para o departamento de Compliance, as sanções aplicáveis, assim como breves perspectivas.

2. Escopo Pessoal de Aplicação Legal

De acordo com o disposto no § 1 Abs. 1 S. 1 e 2 da LDCF, a mesma se aplica à empresas, independentemente de sua forma jurídica, que

1. tenham sua sede, seu principal local de negócios, sua sede administrativa ou seu escritório registrado na Alemanha, e
2. geralmente empreguem pelo menos 3.000 funcionários no aludido país; os funcionários enviados a trabalho no exterior estão incluídos no número anteriormente citado.

Em derrogação ao § 1 Abs. 1 S.1, a LDCF também se aplica à empresas, independentemente de sua forma jurídica, que

1. tenham uma filial de acordo com a seção 13d do Código Comercial alemão (HGB) e
2. geralmente empreguem pelo menos 3.000 funcionários na Alemanha.

Aqui se incluem empresas registradas no estrangeiro, que mantenham na Alemanha escritório ou filial contando o número de empregados objeto da nova lei.

A partir de 1 de janeiro de 2024, os limites previstos no Abs. 1 número 2 e no Abs. 2 número 2 do § 1 da LDCF serão de 1.000 funcionários individualmente.

[7] Auswärtiges Amt, Abschlussbericht, Monitoring des Umsetzungsstandes der im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte 2016-2022 beschriebenen menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht von Unternehmen, https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2405080/23e76da338f1a1c06b1306c8f5f74615/201013-nap-monitoring-abschlussbericht-data.pdf, último acesso em 11.02.2022, P. 5.

[8] BT-Drs. 19/28649.

Os trabalhadores temporários serão incluídos no cálculo do número de empregados da empresa usuária se a duração da tarefa que exercerem exceder seis meses.

Em empresas afiliadas, os funcionários empregados na Alemanha por todas as empresas pertencentes ao grupo devem ser levados em consideração no cálculo do número de funcionários da empresa matriz; os funcionários a serviço no exterior também devem ser incluídos.

3. Escopo Material de Aplicação Legal

O escopo material de aplicação da lei é determinado principalmente pelo conceito da cadeia de fornecimento, além das posições legais protegidas, previstas no § 2 da LDCF.

De acordo com o § 2 Abs. 5 da lei, cadeia de fornecimento refere-se a todos os produtos e serviços de uma empresa, incluindo todas as etapas no país e no exterior necessárias para fabricar produtos e fornecer serviços, desde a extração da matéria-prima, até a entrega ao cliente final. A cadeia de fornecimento cobre ainda

1. as ações de uma empresa em seu próprio negócio (§ 2 Abs. 6 LDCF),
2. as ações de fornecedores diretos (§ 2 Abs. 7 LDCF) e
3. as ações de fornecedores indiretos (§2 Abs. 8 LDCF).

O termo “próprio negócio” (§ 2 Abs. 6 LDCF), no sentido da lei, cobre todas as atividades da empresa para alcançar o objetivo da organização. Isto inclui toda atividade para a produção e uso de produtos e para a prestação de serviços, independentemente de ser realizada em um local no país ou no exterior. Em grupos empresariais, considera-se “próprio negócio” as operações comerciais da matriz, sendo ela capaz de exercer uma influência determinante sobre as demais empresas pertencentes ao grupo.

Para os fins do § 2 Abs. 7 LDCF, “fornecedor direto” é parte de um contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços cujo fornecimento é necessário para a fabricação do produto da empresa ou para o fornecimento e utilização do serviço relevante.

“Fornecedor indireto” na acepção do § 2 Abs. 8 LDCF, é qualquer empresa que não seja um fornecedor direto e cujos fornecimentos sejam necessários para a fabricação do produto da empresa ou para o fornecimento e utilização do serviço em questão.

Assim, o conceito de cadeia de fornecimento e o consequente dever de diligência a ser empregado abrange tanto fornecedores que fabricam produtos intermediários ou finais usados por outras organizações comerciais, assim como suas respectivas cadeias de vendas.[9]

De acordo com o legislador, a cadeia de fornecimento termina no consumidor final, cuja definição a lei silenciou.

4. Posições Legais Protegidas pela LDCF

4.1 Direitos Humanos

As posições protegidas no sentido da LDCF são aquelas decorrentes das convenções para a proteção dos direitos humanos listadas nos números 1 a 11 do anexo à lei.[10] No entanto, o legislador não deixa claro como aplicá-las no caso concreto.

[9] Nietsch/ Wiedmann, CCZ 2021, P. 101, 103.

[10] Convenções: 1.Übereinkommen Nr. 29 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (BGBl. 1956 II S. 640, 641) (ILO-Übereinkommen Nr. 29); 2. Protokoll vom 11. Juni 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (BGBl. 2019 II S. 437, 438);
3. Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (BGBl. 1956 II S. 2072, 2071) geändert durch das Übereinkommen vom 26. Juni 1961 (BGBl. 1963 II S. 1135, 1136) (ILO-Übereinkommen Nr. 87); 4. Übereinkommen Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (BGBl. 1955 II S. 1122, 1123) geändert durch das Übereinkommen vom 26. Juni 1961 (BGBl. 1963 II S. 1135, 1136) (ILO-Übereinkommen Nr. 98);
5. Übereinkommen Nr. 100 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (BGBl. 1956 II S. 23, 24) (ILO-Über- einkommen Nr. 100); 6. Übereinkommen Nr. 105 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (BGBl. 1959 II S. 441, 442) (ILO-Übereinkommen Nr. 105); 7. Übereinkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (BGBl. 1961 II S. 97, 98) (ILO-Übereinkommen Nr. 111); 8. Übereinkommen Nr. 138 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (BGBl. 1976 II S. 201, 202) (ILO-Übereinkommen Nr. 138); 9. Übereinkommen Nr. 182 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (BGBl. 2001 II S. 1290, 1291) (ILO-Übereinkommen Nr. 182); 10. Internationaler Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, (BGBl. 1973 II S. 1533, 1534); 11. Internationaler Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (BGBl. 1973 II S. 1569, 1570);
12. Übereinkommen von Minamata vom 10. Oktober 2013 über Quecksilber (BGBl. 2017 II S. 610, 611) (Minamata-Übereinkommen); 13. Stockholmer Übereinkommen vom 23. Mai 2001 über persistente organische Schadstoffe (BGBl. 2002 II S. 803, 804) (POPs-Übereinkommen), zuletzt geändert durch den Beschluss vom 6. Mai 2005 (BGBl. 2009 II S. 1060, 1061); 14. Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22. März 1989 (BGBl. 1994 II S. 2703, 2704) (Basler Übereinkommen), zuletzt geändert durch die Dritte Verordnung zur Änderung von Anlagen zum Basler Über- einkommen vom 22. März 1989 vom 6. Mai 2014 (BGBl. II S. 306/307).

Um risco de direitos humanos no sentido da lei é uma condição na qual, devido a circunstâncias factuais, existe uma probabilidade suficiente de violação de uma das seguintes proibições:

1. Do emprego de uma criança menor de idade na qual, de acordo com a lei do local de trabalho, a idade do empregado não pode ser inferior a 15 anos. Isto não se aplicará se a lei do local de trabalho derrogar o disposto no artigo 2, parágrafo 4, e nos artigos 4 a 8 da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho, de 26 de junho de 1973, relativa à idade mínima para admissão ao emprego;

2. Das piores formas de trabalho infantil para crianças menores de 18 anos. Isto inclui, de acordo com o artigo 3 da Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho, de 17 de junho de 1999, a proibição e ação imediata para a eliminação das piores formas de trabalho infantil, quais sejam:

a) Todas as formas de escravidão ou práticas similares à escravidão, tais como a venda e o tráfico de crianças, a servidão por dívidas e o trabalho forçado ou compulsório, incluindo o recrutamento forçado ou compulsório de crianças para uso em conflitos armados;

b) Solicitação, aquisição ou oferta de uma criança para a prostituição, a produção de pornografia ou apresentações pornográficas;

c) O uso, a aquisição ou oferta de uma criança para atividades ilícitas, em particular para a produção ou tráfico de drogas;

d) Trabalho que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que é realizado, seja suscetível de ser prejudicial à saúde, à segurança ou à moral das crianças;

3. A proibição do emprego de pessoas em trabalho forçado. Isto inclui qualquer trabalho ou serviço que seja exigido de uma pessoa sob a ameaça de punição e para o qual ela não tenha se oferecido voluntariamente, por exemplo, como resultado de servidão por dívidas ou tráfico de seres humanos. Excluído do trabalho forçado está o trabalho ou serviço que seja compatível com o Artigo 2, parágrafo 2, da Convenção No. 29 da Organização Internacional do Trabalho, de 28 de junho de 1930, relativa ao trabalho forçado ou obrigatório;

4. A proibição de todas as formas de escravidão, práticas semelhantes à escravidão, servidão ou outras formas de dominação ou opressão no ambiente de trabalho, tais como a exploração econômica ou sexual extrema e a humilhação;

5. A proibição de desconsideração das obrigações de saúde e segurança no trabalho aplicáveis nos termos da lei do local de trabalho, quando isso criar um risco de acidentes no trabalho ou riscos à saúde relacionados ao trabalho, em particular através:

a) De padrões de segurança manifestamente inadequados no fornecimento e manutenção do local de trabalho, estação de trabalho e equipamento de trabalho;

b) Da falta de medidas de proteção adequadas para evitar a exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos;

c) Da ausência de medidas para evitar a fadiga física e mental excessiva, em particular através de uma organização inadequada do trabalho em termos de horas de trabalho e pausas para descanso; ou

d) Do treinamento e instrução inadequados dos trabalhadores;

6. A proibição de desrespeito à liberdade de associação, de acordo com a qual:

a) Os trabalhadores são livres para formar ou aderir a sindicatos;

b) A formação, filiação e adesão a um sindicato não deverá ser utilizada como motivo de discriminação ou represálias injustificáveis ou medidas de retaliação;

c) Os sindicatos podem operar livremente e de acordo com a lei do local de trabalho, que inclui o direito à greve e o direito à negociação coletiva.

7. A proibição de tratamento desigual no emprego, por exemplo, com base na origem nacional e étnica, origem social, estado de saúde, deficiência, orientação sexual, idade, sexo, opinião política, religião ou crença, a menos que isso seja justificado pelas exigências do emprego. Tratamento desigual inclui, em particular, o pagamento de remuneração desigual por trabalho de igual valor;

8. A proibição da retenção de um salário justo. O salário justo deve ser pelo menos o salário mínimo determinado pela lei aplicável e deve ser determinado de outra forma pela lei do local de trabalho;

9. A proibição de causar alterações prejudiciais ao solo, poluição da água, poluição do ar, emissão de ruídos prejudiciais ou consumo excessivo de água, que:

a) Prejudica significativamente a base natural para a conservação e produção de alimentos;

b) Nega a uma pessoa o acesso à água potável segura;

c) Impeça ou destrua o acesso de uma pessoa a instalações sanitárias; ou

d) Prejudique a saúde de uma pessoa.

10. A proibição de despejo ilegal e a proibição da tomada ilegal de terras, florestas e águas na aquisição, construção ou outro uso de terras, florestas e águas, cujo uso assegure o sustento de uma pessoa;

11. A proibição da contratação ou o uso de forças de segurança privadas ou públicas para a proteção do projeto da empresa onde, devido à falta de instrução ou controle por parte da empresa no uso das forças de segurança:

a) A proibição da tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é violada,

b) A lesão de vida ou membro; ou

c) A liberdade de associação e a liberdade de organização são violadas;

12. A proibição de um ato ou omissão em violação do dever que vá além dos números 1 a 11, que seja diretamente capaz de prejudicar uma posição legal protegida de maneira particularmente grave e cuja ilegalidade seja óbvia, mediante uma avaliação razoável de todas as circunstâncias em consideração.

4.2 Meio ambiente

No objeto de proteção da lei se incluem ainda os riscos iminentes para o meio ambiente, ou seja, aqueles que, com base em circunstâncias factuais, há uma probabilidade razoável de uma violação de uma das proibições do § 2 Abs. 3 LDCF, quais sejam:

1. A proibição da fabricação de produtos mercurosos em conformidade com o Artigo 4 (1) e anexo A, parte I da Convenção de Minamata sobre Mercúrio de 10 de outubro de 2013 (Diário Oficial Federal 2017 II pp. 610, 611) (Convenção de Minamata);

2. A proibição do uso de mercúrio e compostos de mercúrio em processos de fabricação na acepção do Artigo 5 (2) e da Parte I do anexo B da Convenção de Minamata a partir da data de eliminação progressiva especificada para os respectivos produtos e processos na Convenção;

3. A proibição do tratamento de resíduos de mercúrio contrário às disposições do artigo 11 (3) da Convenção de Minamata;

4. A proibição da produção e uso de produtos químicos, de acordo com o Artigo 3 (1) (a) e anexo A da Convenção de Estocolmo de 23 de maio de 2001 sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (BGBl 2002 II p. 803, 804) (Convenção POPs), conforme última

emenda, de 22 de Julho de 2021 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019 sobre poluentes orgânicos persistentes (ABI L 169, 26.5.2019);

5. A proibição de manipulação, coleta, armazenamento e disposição de resíduos de acordo com as regras aplicáveis na jurisdição vigente, de acordo com os requisitos do Artigo 6 (1) (d) (i) e (ii) da Convenção POPs;

6. A proibição de exportação de resíduos perigosos na acepção do artigo 1 (1) e outros resíduos na acepção do artigo 1 (2) da Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação de 22 de março de 1989 (BGBl 1994 II pp. 2703, 2704) (Convenção da Basiléia):

a) A uma parte contratante que tenha proibido a importação de tais resíduos perigosos e outros resíduos, conforme o Artigo 4 (1) (b) da Convenção da Basiléia;

b) A um Estado importador conforme definido no Artigo 2 (11) da Convenção da Basiléia que não tenha dado seu consentimento por escrito à importação específica, se esse Estado importador não tiver proibido a importação desses resíduos perigosos Artigo 4 (1) (c) da Convenção da Basiléia);

c) A uma não-parte contratante da Convenção da Basiléia, segundo o Artigo 4 (5) da mesma;

d) Para um país importador, se esses resíduos perigosos ou outros resíduos não forem gerenciados de forma ambientalmente correta nesse país ou em outro lugar (Artigo 4 parágrafo 8 sentença 1 da Convenção da Basiléia);

7. A proibição de exportação de resíduos perigosos de países listados no Anexo VII da Convenção da Basiléia para países não listados no Anexo VII (Artigo 4A da Convenção da Basiléia, Artigo 36 do Regulamento (CE) nº 1013/2006) e

8. A proibição da importação de resíduos perigosos e outros resíduos de uma não-parte contratante da Convenção da Basiléia (Artigo 4 (5) da Convenção da Basiléia).

Levando-se em consideração o risco tanto da aplicação de pena pecuniária altíssima para empresas, quanto da sua possibilidade de perda de licença para operar em negócios públicos, caso seus fornecedores infrinjam os bens protegidos pela nova Lei alemã de Cadeias de Fornecimento, critica-se a falta de elucidação por parte do legislador quanto à subsunção das

convenções e sua relação direta com a norma, que terá que ser feita pelo jurista empresarial ou compliance officer.[11]

5. Obrigações de Diligência - Novas Tarefas para o Departamento de Compliance

A nova lei alemã de Diligência em Cadeias de Fornecimento obriga empresas que, à partir de janeiro de 2023 empregarem pelo menos 3.000 empregados, a uma série de tarefas em relação à suas cadeias de fornecimento, incluindo:

5.1 A introdução do gerenciamento do risco dos bens protegidos pela lei:

Direitos humanos e meio-ambiente (§ 3 Abs. 1, 1. LDCF).

É fato que grandes empresas, sobretudo as cotadas na bolsa de valores já contam hoje em seus sistemas de compliance com programas que analisam, valoram e monitoram riscos.

Em se tratando da nova lei, caberá ao profissional da área de Compliance verificar se o âmbito do *risk assessment* por ele realizado no que se refere à área de compras, já insere os muitos incisos da nova lei, ou não. Provavelmente a resposta será negativa para empresas européias, uma vez que ambos os temas meio ambiente e direitos humanos fogem ou, fugiam, até então, do *ressort* e consequentemente da área de atuação de compliance.

Em empresas em que o departamento de compliance atue em união pessoal com a área da *sustainability*, é possível que alguns dos assuntos objeto de tutela legal já façam parte da análise de risco levada a cabo.

Ainda assim é de se recomendar que se analise cada item, prevenindo a empresa de eventuais dissabores.

5.2 A determinação da responsabilidade interna para o tema (§ 3 Abs. 1, 2. LDCF)

Independentemente de quem venha a se ocupar dos desafios surgidos com a LCDF, é preciso que essa pessoa seja determinada por escrito, constando do organograma empresarial.

O legislador não determina, nesse contexto, que as tarefas oriundas da futura entrada em vigor da lei sejam realizadas pelo departamento de compliance. Realmente há outros

[11] Schneider/ Brouwer, BCM 2021, P. 2: http://www.bvdcm.de/compliance-kommentiert, último acesso em 13.02.2022; Vitorino, A Nova Lei Alemã de Diligência em Cadeias de Fornecimento: Novas Tarefas para o Departamento de Compliance de Empresas Multinacionais, veja para isso o n°6 nesse artigo: Sanções.

departamentos candidatos à delegação dessa nova responsabilidade nas empresas diferentes de compliance, como ESR (*environment & social responsibility)*, assim como o departamento de compras em si, mantendo o último relação direta com todos os fornecedores, ou ao menos os fornecedores diretos, no sentido dado pela nova lei.

5.3 A realização de análises de riscos regularmente (§ 3 Abs. 1, 3. LDCF)

A mesma precisa ser feita pela empresa objetivando a análise em sua própria área de negócios (§ 2 Abs. 6 LDCF), bem como dos seus fornecedores diretos.

Nos casos em que uma empresa tenha abusado da relação que mantém e a obriga junto ao fornecedor direto ou se tenha engajado em contornar as exigências do emprego da devida diligência com relação ao fornecedor direto, o fornecedor indireto poderá vir a ser considerado como fornecedor direto, diante do disposto pela nova lei.

Quanto à frequência para a realização da análise de risco, entende-se que a realização anual ou baseada em ocorrências que levem à necessidade da realização da análise de risco, como por exemplo a expansão da área de atuação ou o surgimento de novos produtos ou projetos (§ 5 Abs. 4 LDCF), preenche o requisito daquilo que vem a ser considerado "regularmente", para os efeitos da lei.

No tocante aos riscos relacionados ao meio ambiente e aos direitos humanos, eles devem ser ponderados e priorizados adequadamente. A empresa deve assegurar que os resultados da análise de risco sejam comunicados internamente aos responsáveis pelas decisões relevantes, tais como a diretoria ou o departamento de compras.

5.4 A emissão de uma declaração de política interna (§ 3 Abs. 1, 4. LDCF)

A empresa deve emitir uma declaração política sobre sua estratégia de direitos humanos e meio ambiente. A mesma deve ser emitida pela sua administração, contendo pelo menos os seguintes elementos de uma estratégia da empresa:

- A descrição do procedimento pelo qual a empresa cumpre suas obrigações à luz do § 4 (1), § 5 (1), § 6 (3) a (5), e §§ 7 a 10 LDCF,
- Os direitos humanos prioritários e os riscos ambientais identificados para a empresa com base na análise de risco e

- A definição, baseada na análise de risco, dos direitos humanos e das expectativas ambientais, que a empresa tem de seus funcionários e fornecedores na cadeia de fornecimento.

5.5 O estabelecimento de medidas preventivas em sua própria área de negócios segundo o § 6 (1) e (3) e em relação aos fornecedores diretos (§ 6 Abs. 4 LDCF)

Se uma empresa identificar um risco dentro do escopo da análise de risco, ela deverá tomar imediatamente as medidas preventivas apropriadas de acordo com os parágrafos 2 a 4. Além disso, a empresa deve iniciar medidas preventivas adequadas em sua própria área de negócios, em particular, através:

- Da implementação da estratégia de direitos humanos estabelecida na declaração de política interna nos processos empresariais relevantes,
- Do desenvolvimento e da implementação de estratégias e práticas apropriadas de aquisição que previnam ou minimizem os riscos identificados,
- Da implementação de treinamento nas áreas de negócios relevantes,
- Da implementação de medidas de controle baseadas no risco para verificar o compliance com a estratégia de direitos humanos contida na declaração de política interna em sua própria área de negócios.

No que toca aos fornecedores diretos, a empresa deve estabelecer medidas preventivas adequadas em relação aos mesmos, em particular:

- Da consideração dos direitos humanos e das expectativas ambientais quando da seleção de um fornecedor direto,
- Da garantia contratual de um fornecedor direto de que ele cumprirá com as expectativas de direitos humanos e ambientais exigidas pela administração da empresa e as abordará adequadamente ao longo da cadeia de fornecimento,
- Da implementação de treinamento e educação para fazer cumprir as garantias contratuais do fornecedor direto, de acordo com o número 2,

- Do acordo de mecanismos adequados de monitoramento contratual e sua implementação baseada em risco, a fim de verificar a conformidade do fornecedor direto com a estratégia de direitos humanos.

5.6 Tomada de medidas corretivas (§ 7 Abs. 1 a 3 LDCF)

Se a empresa descobre que a violação de uma obrigação relacionada aos direitos humanos ou ambientais ocorreu ou é iminente em seu próprio setor comercial ou em um fornecedor direto, ela deve tomar imediatamente medidas corretivas apropriadas para prevenir ou acabar com a violação ou para minimizar a extensão da mesma (§ 5, Abs. 1, Satz 2 LDCF).

Nos negócios domésticos (dentro do próprio país) da empresa, a ação corretiva deve levar ao fim da infração. Na própria área de negócios no exterior e na própria área de negócios, de acordo com o § 2 Abs. 6, Satz 3 LDCF, a ação corretiva deve, via de regra, levar à cessação da infração.

Se a natureza da violação de uma obrigação de direitos humanos ou ambientais em um fornecedor direto for tal que a empresa não possa terminá-la num futuro previsível, ela deve imediatamente elaborar e implementar um plano que a possibilite de fazê-lo.

O conceito deve conter um cronograma concreto. Ao elaborar e implementar o conceito, as seguintes medidas em particular devem ser consideradas:

- O desenvolvimento e implementação conjunta de um plano para acabar ou minimizar a poluição com a empresa causadora da infração;
- Unir forças com outras empresas em iniciativas e padrões do setor para aumentar a capacidade de influenciar o infrator;
- Uma suspensão temporária da relação comercial durante os esforços para minimizar o risco.

O término de uma relação comercial é apenas necessário se:

- A violação de uma posição legal protegida ou de uma obrigação ambiental é avaliada como muito grave;
- A implementação das medidas elaboradas no plano não resolve a situação após o término do tempo especificado no conceito;
- A empresa não tem outros meios mitigadores à sua disposição e o aumento de sua capacidade de influenciar a situação não parece ser promissor.

O simples fato de um Estado não haver ratificado uma das convenções listadas no anexo à Lei de Diligência na Cadeia de Fornecedores ou não a ter implementado em sua legislação nacional, não leva a uma obrigação de encerrar a relação comercial. As restrições ao comércio exterior impostas por ou com base no Direito Federal, no Direito da União Européia ou no Direito Internacional não serão afetadas .

Finalmente, a eficácia das medidas corretivas será revista uma vez por ano e de forma *ad hoc*, se a empresa tiver que contar com uma situação de risco significativamente alterada ou significativamente expandida em sua própria área de negócios ou no fornecedor direto, por exemplo, devido à introdução de novos produtos, projetos ou um novo campo de negócios. Os conhecimentos adquiridos com o processamento das notificações de acordo com o § 8 da LDCF parágrafo 1 devem ser levados em consideração. As medidas devem ser atualizadas imediatamente, se necessário.

5.7 O estabelecimento de um procedimento de reclamação (§ 8 LDCF)

O procedimento de reclamação, como os canais de denúncia utilizados pelos *whistleblowers*, precisa dar acesso não apenas aos funcionários, como também a terceiros, externos, fornecedores em questão e ao público em geral, que desejem reportar irregularidades.

Um canal de denúncia que só permita o reporte de informação de colaboradores internos, não responde às exigências da nova lei (§ 6 LDCF). Além disso a confidencialidade é tema central do canal de denúncias e precisa ser respeitada no que toca à identidade do *whistleblower*, caso o mesmo não deseje revelá-la. É dever do operador da resolução da denúncia calar-se quanto à identidade do denunciante.

5.8 A implementação da devida diligência com relação aos riscos em fornecedores indiretos (§ 9 LDCF)

De acordo com a LDCF, o procedimento de reclamação (§ 8 LDCF) deve ser estabelecido de tal forma que terceiros que possam ser prejudicados em uma posição legal protegida por atividades econômicas de um fornecedor indireto, bem como pessoas que tenham conhecimento de uma possível violação de uma posição legal protegida ou de uma obrigação ambiental, tenham a oportunidade de apresentar informações. Assim, se a empresa obtiver conhecimento fundamentado de uma possível violação de uma posição legal protegida ou de uma obrigação ambiental em fornecedores indiretos, a mesma deverá iniciar imediatamente

medidas de acordo com os nº.s 1 a 4 (§9 nº 3 LDCF).[12] Isto inclui a realização de uma análise de risco, a tomada de medidas preventivas contra o infrator, a elaboração e implementação de um plano com medidas corretivas e, se necessário, a atualização da declaração política interna.

5.9 A documentação (§ 10 Absatz 1 LDCF) e relatórios (§10 Absatz 2 LDCF)

O cumprimento das obrigações de diligência devida nos termos do § 3 LDCF deve ser continuamente documentado dentro da empresa. A documentação deve ser mantida por pelo menos sete anos, a partir de sua criação.

A empresa deve preparar um relatório anual sobre o cumprimento de suas obrigações de diligência devida no ano comercial anterior e torná-lo publicamente acessível gratuitamente, no *website* da empresa por um período de sete anos, o mais tardar quatro meses após o final do ano comercial. O relatório deve ao menos declarar de forma compreensível,

- se e, em caso afirmativo, quais os riscos para os direitos humanos e o meio ambiente ou violações de uma obrigação relacionada aos direitos humanos ou ao meio ambiente que a empresa identificou;
- o que a empresa fez para cumprir suas obrigações de diligência devida, com referência às medidas descritas nos §§ 4 a 9 LDCF. Isto também inclui os elementos da declaração de política interna, conforme o § 6 Abs. 2 LDCF, bem como as medidas que a empresa tomou como resultado de reclamações conforme o § 8 ou § 9 Abs. 1 LDCF;
- como a empresa avalia o impacto e a eficácia das medidas; e
- que conclusões tira da avaliação para medidas futuras.

6. Sanções

O Departamento Federal de Economia e Controle de Exportações[13] será o responsável pelo controle e aplicação oficiais da Lei de Diligência na Cadeia de Fornecedores (§ 19 Abs. 1 LDCF).O referido órgão controlará os relatórios preparados e disponibilizados pelas empresas. Além disso, ele também controlará as reclamações e reportes sobre infrações ocorridas.

[12] Dohrmann, das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? - Eine kritische Analyse, CCZ 2021, P. 268.
[13] Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)

No desempenho de suas tarefas, a autoridade competente seguirá uma abordagem baseada no risco (§ 19 Abs. 2 LDCF).

Se as obrigações de devida diligência acima mencionadas forem violadas, a empresa poderá enfrentar uma ampla gama de sanções. Estas incluem a exclusão da participação em licitações e contratos públicos por até 3 anos, no caso de multa prévia de pelo menos 175.000 euros (§ 22 Abs. 1 e 2 LDCF), bem como a imposição de penalidades de até 50.000 euros (§ 23 LDCF) e multas de até 8 milhões de euros (§ 24 Abs. 2 LDCF cumulado com o § 23 OWiG[14]) e ou até 2% do faturamento anual mundial médio, no caso de grandes empresas com um faturamento anual médio superior a 400 milhões de euros (§ 24 Abs. 3 LDCF). As diretrizes para a avaliação do valor da multa podem ser encontradas no § 24 Abs. 4 LDCF.

Uma violação das obrigações previstas na aludida lei não dá origem a responsabilidade civil. Qualquer responsabilidade civil estabelecida independentemente da lei permanecerá inalterada e poderá ser pretendida de outra forma, como por exemplo, através de outra legislação, como o Código Civil.

7. Perspectiva

Quando da aceitação do projeto da Lei de Diligência em Cadeias de Fornecimento, diversos grêmios discutiram intensivamente sobre suas exigências e colocações práticas em relação a grupos de interesses diferentes.[15] Enquanto houve quem fosse da opinião que *standards* na área dos direitos humanos e meio ambiente não apoiado por leis nem sanções não seria cumprido, outros defenderam a tese e sustentaram crítica no sentido de que a LDCF enfraqueceria o mercado econômico, por prejudicar empresas com sede ou representação na Alemanha.[16]

No que diz respeito ao tratamento do tema a nível europeu, a questão da legislação da diligência em cadeias de abastecimento ou fornecimento também é atualmente objeto de debate controverso.[17] Em uma resolução de 10 de março de 2019, o Parlamento Europeu solicitou uma diretiva intersetorial sobre a devida diligência e responsabilidade corporativa, e apresentou uma

[14] Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)
[15] Entre esses grêmios, faz-se necessário incluir o Ministério da Economia (BMWI), os Ministérios do Trabalho e de Assuntos Sociais (BMAS), além do Ministério para o Trabalho Econômico e de Desenvolvimento (BMZ).
[16] Crítica exposta pela Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI), Sorgfaltspflichtengesetz: Kernprobleme des Regierungsentwurfs beheben, 8.4.2021, https://bdi.eu/artikel/news/sorgfaltspflichtengesetz-kernprobleme-des-regierungsentwurfs-beheben-lieferketten-menschenrechte/, último acesso em 13.02.2022.
[17] Por uma lei em nível europeu veja Schmidt, EuZW 2021, P. 273, 274.

minuta inequívoca para a mesma.[18] A Comissão Européia anunciou sua própria proposta de diretiva para 2021.

Mesmo que o processo em nível europeu demore algum tempo, uma coisa parece certa: uma lei européia de diligência em cadeias de suprimentos chegará.[19] Afinal, é de suma importância que todas as empresas atuantes em países pertencentes ao Mercado Comum Europeu cumpram regras uniformes.

Em surgindo uma lei de diligência em cadeias de fornecimento em nível europeu, é possível que a lei nacional alemã sofra alterações. Fato é que, no tocante às obrigações de diligência, também uma futura lei européia poderá usufruir do detalhado catálogo de obrigações de diligência e Compliance da LDCF.

Finalmente, faz-se necessário salientar, que independente da solução que a lei européia encontrará para o combate às infrações relacionadas aos direitos humanos e ao meio ambiente, só haverá sucesso se a sua aplicação se der em nível internacional.

[18] European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129 (INL), P9_TA (2021)0073, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html.

[19] Nesse sentido também Dohrmann, das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? - Eine kritische Analyse, CCZ 2021, P. 265.

Rafael Aguilera Gordillo - Entrevista

Entrevista realizada, em língua espanhola, pelo Coordenador do Centro de Pesquisas em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM), Professor Artur Gueiros, com o Professor Aguilera Gordillo, tendo por fio de condução o modelo antrópico de responsabilidade penal empresarial, a crítica ao modelo autorresponsabilização do ente moral, bem como à teoria do defeito de organização:

1. En su libro Manual de Compliance Penal en España – cuya segunda edición acaba de salir en 2022 – usted analizas las corrientes doctrinales de la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, presentando una serie de críticas al modelo de autorresponsabilidad penal, a las hipótesis de la teoría de los sistemas sociales para sustentarlo, así como el uso de la idea *autopoiesis* en el derecho penal económico. ¿Cuáles son los problemas de esta construcción teórica?

En primer lugar, agradezco al *Centro de Pesquisas en Crímenes Empresariales y Compliance* (CPJM) de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) y, particularmente, al profesor titular de Derecho Penal y coordinador científico, Dr. Artur Gueiros, por contar con mi opinión.

Respecto a la cuestión, el modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la *teoría de sistemas*, que sustenta el reproche penal en el *defecto de organización* -propio- de la persona jurídica no responde a la compleja realidad que presentan las organizaciones y grupos de personas. Entre otros muchos aspectos, ignora que detrás de cada procedimiento, decisión, se encuentran los procesos de toma de decisiones de una o varias personas físicas con conciencia y voluntad para actuar libremente (y que no están sometidas a un hipotético sistema que se autoorganiza y las dirige). Resulta sorprendente que, en el contexto

jurídico-penal, se haga un uso estricto de los postulados de esa teoría de sistemas, cuasi abandonados por la propina ciencia que la analizó en su momento, la Sociología.

Como destacan SEIDL y MORMANN al analizar más de 25 teorías que se ocupan del análisis y estudio de las organizaciones (*The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014) los trabajos fundados en la teoría sistémica se han destacado por tener poco impacto en los actuales estudios sobre las organizaciones, por obviar los grandes deficiencias que presenta y por una escasa investigación empírica (en este mismo sentido, KNUDSEN, M.; "Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County" en *Niklas Luhmann and Organization Studies*, Ed. Liber & Copenhagen Business School Press, Copenhagen, 2005; entre una amplía blibliografía crítica con las tesis sistémicas) y, sin embargo, desde el Derecho Penal se trata de importar para sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El modo en que la teoría de sistemas devalúa a la persona física en la organización contrasta con la compleja realidad de las organizaciones, con los procesos decisorios en grupos de individuos y con los principios éticos universales de la persona, garantizadores de su dignidad (aspecto señalado por HABERMAS que se mostró muy crítico con la teoría de sistemas propugnada por LUHMANN). Hay que recordar que el propio LUHMANN tuvo que "reconstruir y simplificar" los postulados de la teoría de sistemas cuando la "extrajo" de la biología y lo traspuso al ámbito de la Sociología de mediados del siglo pasado. Por otro lado, el recurso de la teoría de sistemas para fundamentar la responsabilidad criminal corporativa por ausencia de cultura de cumplimiento resulta incompatible con los presupuestos esenciales que inspiran nuestro sistema penal y la propia noción de libertad individual (que justifican la aplicación de la teoría general del delito sobre el individuo). Aparentemente, el funcionalismo y las tesis sistémicas explican de manera muy simple la organización (por eso se asimila rápidamente por quienes desconocen las últimas teorías sobre análisis de las organizaciones y metodologías científicas de estudio de los procesos de toma de decisiones), pero no sirve para analizar y esclarecer cómo surgen los elementos básicos y los mecanismos causales involucrados en el propio sistema. Ese modelo de autorresponsabilidad omite factores tan

relevantes como la influencia que tienen los propios individuos de la organización, sus procesos decisorios, sus motivaciones, estrategias e intereses personales, etc.

2. ¿Podría hablarnos de su modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa? ¿Cuál es el fundamento filosófico y/o epistemológico?

El modelo de antrópico de responsabilidad penal corporativa que promuevo se erige sobre sólidas teorías de análisis de las organizaciones y goza de metodologías científicas actuales para el estudio de los procesos de toma de decisiones en organizaciones y entornos estratégicos.

En esencia se trata de que el Derecho Penal corporativo asuma las modernas teorías y metodologías de análisis de la toma de decisiones que ya han sido validadas por otras ciencias (economía conductual, sociología experimental, criminología corporativa, modelización, teoría de juegos, etc.) que se ocupan de una manera especialmente rigurosa del estudio del comportamiento de los individuos en las organizaciones desde una óptica estratégica y un enfoque holístico.

El nuevo institucionalismo posibilita realizar un análisis de la organización manteniendo a los individuos como sujetos protagonistas en el análisis. Los individuos detentan capacidad para tomar decisiones y dirigir sus actos, pero, por supuesto, también se percibe y toma en consideración a la persona jurídica en que se encuentra el sujeto (en tanto que configura una entidad que afecta y genera influencias (positivas= favorecedoras del cumplimiento o negativas = favorecedoras del incumplimiento) sobre los propios sujetos que forman parte de la organización–. Sin embargo, en el modelo antrópico no consideramos a la propia organización como un supuesto "ser vivo y autónomo" con facultades antropomórficas y con capacidad real para autoorganizarse (algo que es una ficción y que sí hace la teoría de sistemas). En el actualizado modelo antrópico partimos de la premisa consistente en que la persona jurídica siempre será el resultado de las propias reglas, pautas, procedimientos y «constricciones» que, en última instancia, son irremediablemente constituidas por las personas físicas, que son la que toman verdaderamente decisiones e interactúan.

En este contexto me apoyo en el nuevo institucionalismo, pues considera al ente como elemento de análisis –en tanto que introduce el contexto social en la decisión individual– y además, estudia su propia estructura y cómo interactúan los individuos en dicho contexto (conjunto de acciones posibles, posición que ocupa en el organigrama, flujos informativos, costes y beneficios, etc.), lo que, entiendo, tiene un extraordinario valor para el Derecho Penal. Además, recurro a la criminología corporativa, a la modelización, a la jurimetría y a la teoría de juegos, pues nos sirven para estudiar y dilucidar la responsabilidad penal de la persona jurídica con especial precisión en lo que se refiere a las dinámicas de actuación y las confluencias entre sujetos desde una perspectiva estratégica. Todo ello, resulta esencial para comprender por qué trasladamos el reproche penal a la persona jurídica (¡y para elaborar mejores *compliance programs*!). Así, por ejemplo, la teoría de juegos goza acreditada validez científico-experimental para analizar desde una perspectiva estratégica, e incluso predecir, los procesos de toma de decisiones de los sujetos cuando interactúan con otros (ya sea cumplir con un acuerdo o una norma, incumplirla, engañar, etc.).

Estas teorías y herramientas metodológicas permiten construir una actualizada fundamentación de la responsabilidad criminal corporativa que cuenta con una sólida base científica y herramientas para dar respuesta a los nuevo retos que se plantean (p. ej.: problema de trasladado de responsabilidad penal entre empresas en caso de fusiones o absorciones; elaboración de *compliance programs* más eficaces; uso del big data para articular mecanismos de prevención del fraude más efectivos; análisis del riesgo humano; la relación entre nuevas tecnologías, modelización y criterios de imputación a la persona jurídica, etc.).

Si ilustres académicos como John NASH o Elinor OSTROM se han ocupado de estas teorías y metodologías y han sido reconocidos, entre otros premios, con el Nobel, ¿por qué el Derecho Penal no abandona la sencillez de la periclitada teoría de sistemas y recurre a estas nociones para reformular la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? El moderno marketing digital, los epidemiólogos, sociólogos, economistas conductuales, analistas de riesgos, etc. recurren a este tipo de nociones para conocer mejor qué es lo que realmente acontece en los grupos de individuos y extraer información muy valiosa. Yo abogo por que, en el ámbito jurídico-penal, se asuman de manera decidida esas nociones.

De modo muy resumido, lo que explico en parte del Manual es que, desde el modelo antrópico de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la organización no es considerada como una verdadera entidad, independiente y con capacidad para autodirigirse, sino que se configura como un conjunto de influencias, "constricciones" y procedimientos (que, en puridad, son decididas y configuradas por los propios individuos). La persona jurídica no tiene capacidad de cometer un injusto o de estricta culpabilidad (pues ha de matizarse y adecuarse a la realidad corporativa), sino que se le transfiere la responsabilidad penal, previo análisis de las constricciones (reveladas y evidenciadas mediante los programas de prevención de delitos). Se concibe al ente como posible destinatario de la reproche penal si, a raíz de una conducta delictiva de alguno de su miembros, se aprecia la existencia "constricciones" proclives al incumplimiento o la insuficiencia de constricciones tendentes a la prevención de delitos (existe un contexto o "realidad criminógena" que propició el delito). En esos supuestos, se observa un déficit organizativo, aspecto implícito en el «hecho de conexión» y ello deriva, necesariamente, en la trasmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica. Si, por el contrario, la persona jurídica tenía eficazmente implementado un *compliance program*, ese programa es evidencia de que existen "constricciones" que influyen hacia el cumplimiento y, por consiguiente, merece la exención de responsabilidad. El modelo antrópico que he configurado puede considerarse como una posición ecléctica, situada entre la autorresponsabilidad de base sistémica y el clásico modelo de heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. El Big Data y el recurso a softwares para reducir el riesgo de comisión de delitos en las empresas está en auge. ¿Cuál es la relación entre el modelo antrópico y las nuevas tecnologías que se pueden utilizar para combatir el fraude y los delitos en las empresas?

Este modelo permite mejorar la difícil relación entre la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el uso del *big data* o la *inteligencia artificial*. Es conocido por todos que tenemos a nuestro alcance softwares y surgiendo herramientas altamente eficaces para la analítica de riesgos y procesos decisorios. Ello supone, de facto, la

traslación al lenguaje informático de la metodología y modelos matemáticos vinculados a la jurímetría, la teoría de juegos, etc. No obstante, en el Derecho Penal no existe conciencia acerca del vínculo existente entre estos softwares u otras herramientas informáticas y la responsabilidad penal corporativa. Esa aparente desconexión acentúa interrogantes relacionados con el modo de considerar, en un proceso penal, el uso por parte de una empresa de estas nuevas herramientas o con cómo analizar jurídicamente su utilización o contenido a la hora dilucidar responsabilidades en el seno de un proceso penal.

Sobre este asunto desarrollo una serie de argumentos para defender que la asimilación decidida por el Derecho Penal de las teorías aludidas posibilitaría, además, el establecimiento de un *nexo* entre tales herramientas y el ámbito jurídico-penal, lo que supone establecer las bases para resolver los interrogantes que plantean la utilización de este tipo de herramientas informáticas para la predicción o control de riesgos de trascendencia penal. Es decir, propongo superar la desconexión entre la ciencia de datos y la informática con el Derecho Penal corporativo a través del denominador común que supone que, en ambos campos, sean utilizadas las mismas metodologías. Las herramientas informáticas porque incorporan a través de la algoritmia, esa metodología y los modelos matemáticos, y el Derecho Penal, porque las utiliza para cimentar, desde una acreditaba base socio-legal, una noción más actualizada de la responsabilidad penal corporativa. En ese contexto, tras la aceptación de ese *nexo lógico de raíz socio-jurídica*, el Derecho Penal estaría dedicando un espacio dogmático al creciente papel de la *inteligencia artificial* y el *big data*, extremo que permitiría afrontar con mayor facilidad los retos jurídicos-penales que se presentan en relación con la responsabilidad penal corporativa y la implementación de los programas de prevención de delitos sustentados en herramientas tecnológicas.

4. ¿Qué consejo daría a los estudiantes e investigadores de derecho penal económico y empresarial para mejorar la relación entre teoría y práctica?

Yo afirmaría lo siguiente: que continúen investigando en aquello que consideren de interés. Y es que, un aspecto aparentemente dogmático y alejado de la práctica, puede tornarse de extraordinaria importancia para abordar cuestiones prácticas. Esto es, precisamente, lo que

esta sucediendo en el ámbito de la prevención del delito en las empresas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los confusa y oscura casuística que presenta la delincuencia corporativa y la necesidad de abordar, desde una perspectiva holística y científica toda su fenomenología, está demostrando la enorme importancia de la investigación académica para arrojar luz y esclarecer situaciones muy complejas. Lo relevante en estos casos es saber trasladar a las empresas y a los operadores jurídicos lo útil y necesaria que es la investigación en la materia (p. ej.: para esclarecer un asunto o adoptar una línea jurisprudencial, para mejorar la eficacia de los *compliance programs*, para mantener una posición de defensa o acusación, para realizar una fusión con mayores garantías de ausencia de traslado de responsabilidad penal, etc.). Sabemos que, en ocasiones, los operadores jurídicos y asesores de empresas han desatendido los estudios académicos y evidencias científicas en la materia. Sin embargo, creo que está cambiando y, en las firmas reconocidas especializadas en Compliance y servicios *Forensic*, se le está dedicando una mayor atención a la investigación. Por tanto, les animo a que continúen investigando y a que defiendan con vehemencia la enorme trascendencia de su labor.

5. Breve resumen del *currículum* del Profesor Rafael Aguilera:

Rafael Aguilera Gordillo es director del Diploma de Especialización en Compliance de la Universidad Loyola y doctor en la materia, ha sido *academic visitor* del prestigioso Centre for Socio-Legal Studies (CSLS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y es miembro académico del *Anti-Corruption Academic Initiative* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Actualmente, codirige el Compliance Advisory Lab de la firma Grant Thornton España.

Ha intervenido como experto en Compliance en foros tan prestigiosos como la Cumbre de Alto Nivel sobre Educación y Estado de Derecho de Naciones Unidas; ha sido delegado del CSLS de la Universidad de Oxford en el Congreso de la Internacional Network for Delivery Regulation (INDR) sobre modelos regulatorios y compliance; ha sido miembro de la dirección académica del *Congreso Internacional sobre el Derecho y la Criminología en la nueva era*

digital y ha asistido como experto al recientemente celebrado XIV Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal.

Es investigador del proyecto español 'Retos Investigación I+D+i' del Ministerio de Innovación y Universidades sobre las *"Consecuencias normativas de la robótica y las tecnologías de mejora humana (Exphilrob)*" junto con investigadores del CSIC, analizando detalladamente aspectos como el análisis de las organizaciones y su relación con la eficacia y legitimidad del *Compliance RegTech y el LegalTech.*

Es autor diversos artículos publicados en revistas especializadas y libros como el ***Manual de Compliance Penal en España*** (2ª ed., Aranzadi). Entre otros títulos, posee el Máster en Derecho Penal (US e Instituto Interuniversitario de Criminología) el Máster de Derecho Público (UCO), la Certificación de Compliance Cescom y la acreditación de Internationally Certified Compliance Professional de la Federación Internacional de Asociaciones de Compliance (IFCA).

Perfil LinkedIn: https://es.linkedin.com/in/rafaelaguileragordillo

Procuradoria europeia: a implementação de um ministério público europeu para o combate aos crimes transnacionais praticados contra os interesses financeiros da União Europeia

European public prosecution: the implementation of a european public prosecution office to combat transnational crime against European Union's financial interests

Airton Pedro Marin Filho[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo tem por escopo descrever o extenso caminho percorrido pela União Europeia para enfrentar as adversidades advindas da globalização, dentre elas a crescente fixação em seu espaço da criminalidade organizada, que coloca em risco seus interesses financeiros. Dentre as políticas adotadas pela União está o combate à criminalidade transnacional que tem por finalidade manter e aperfeiçoar o espaço de liberdade, segurança e justiça. Além de um regramento básico que definisse as infrações penais e as respectivas sanções, era imperiosa a instituição de um ente com capacidade para intentar as ações penais decorrentes desses ilícitos, e que tivesse atuação em toda União. Assim, faz-se neste escrito uma análise dos fundamentos para a implementação da Procuradoria Europeia antes mesmo do Tratado de Lisboa, passando pelo texto normativo proposto e inserido no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia para, ao final, ser aprovado, em 2017, Pelo Conselho de Justiça e Negócios Interiores (Regulamento UE 2017/1939). Serão analisados os princípios básicos da Procuradoria Europeia, suas principais funções e forma de seu exercício, bem como a estrutura e organização da Procuradoria Europeia, até o efetivo início de suas atividades, em 1º de junho de 2021.

[1] Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Ex-Corregedor-Geral e Ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília - UNB. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional. União Europeia. Cooperação judiciária em matéria penal. Procuradoria Europeia.

Abstract: The purpose of this article is to describe the extensive path taken by the European Union to face the adversities arising from globalization, among them the growing fixation in its space of organized crime that puts financial interests at risk. Among the policies adopted by the Union is the fight against transnational crime, which aims to maintain and improve the area of freedom, security and justice. In addition to a basic rule that defined criminal offenses and the respective sanctions, it was imperative to establish an entity with the capacity to bring criminal actions arising from these illicit acts, and that would operate throughout the Union. Thus, this writing analyzes the grounds for the implementation of the European Public Prosecutor's Office even before the Treaty of Lisbon, passing through the proposed normative text and inserted in the Treaty on the Functioning of the European Union to, in the end, be approved, in 2017, by the Justice and Home Affairs Council (EU Regulation 2017/1939). The functions and basic principles of the European Public Prosecutor's Office, its main functions and form of exercise will be analyzed, as well as the structure and organization of the European Public Prosecutor's Office, until the effective start of its activities on June 1, 2021.

Keywords: International Criminal Law. European Union. Judicial cooperation in criminal matters. European Public Prosecutor's Office.

6. Introdução

O moroso e intrincado processo de discussão e criação de um Ministério Público para atender a união europeia é o objeto central do presente artigo. A ideia de uma instituição forte, autônoma e independente, que ao mesmo tempo em que atendesse aos interesses comuns dos estados membros, também preservasse e respeitasse a soberania de cada um deles, fez com que mais de uma década se passasse entre sua concepção e efetiva implementação.

Como é sabido, embora reconhecido desde o Tratado de Lisboa de 2007 e insculpido no artigo 86 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), as bases para a criação de um Ministério Público só foram propostas no ano de 2013 para, somente em outubro de 2017, serem discutidas e aprovadas pelo Conselho de Justiça e Negócios Interiores (JAI). E

assim, dentre outras atribuições não menos importantes, e visando ao combate à criminalidade lesiva dos interesses financeiros da União, institui-se a novíssima Procuradoria Europeia, com a missão de moldar, nas décadas seguintes, o Ministério Público Europeu.

A preocupação com a criação de um ente que se incumbisse da acusação na estrutura da justiça da União Europeia, posteriormente denominado de Procuradoria Europeia, cujas funções a identificaram como um Ministério Público e, é anterior às bases iniciais de sua inserção no Tratado de Lisboa. Tal concepção remonta ao *Appel de Genéve*, de 1º de outubro de 1998, firmado por magistrados que requeriam uma vigorosa intervenção por parte dos Estados-Membros da União Europeia, em razão da inadequação dos instrumentos europeus para combater a criminalidade organizada transnacional.[1]

Já naquela época, chamavam a atenção os desfalques financeiros e a vertiginosa ascensão da criminalidade organizada no ambiente europeu, o que motivou a reunião dos mais experientes magistrados anticorrupção, os quais, por meio da Chamada de Genebra (*Appel de Genève*), buscaram alertar a comunidade europeia sobre a necessidade de uma harmonização fiscal e judiciária que permitisse, entre outras coisas, "o levantamento do sigilo bancário, a fim de se combater a evasão fiscal e a lavagem de dinheiro decorrentes do crime".[2]

Como já salientado por João Davin,[3] as reconhecidas vantagens do mercado único europeu em termos de liberdade de circulação de pessoas, bens e serviços, também encerram o perigo (real) de permitir uma maior expansão da criminalidade organizada de matriz transnacional que utiliza as lacunas e disparidades existentes entre os diversos ordenamentos jurídicos para melhor se movimentar, expandir as suas atividades, e consequentemente, alargar a sua esfera de influência.

Tais preocupações mostravam-se coerentes e cabíveis à época, conquanto índices alarmantes e quantias vultosas de dinheiro eram computadas em desfavor da economia no bloco europeu e, consequentemente, engrossavam os lucros ilícitos que abasteciam e fortaleciam as ações das organizações criminosas.

Basta um passar de olhos sobre alguns dos inúmeros relatórios apresentados pelo Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) para se constatar, numericamente, a crescente

---

[1] SOUZA, Alexander Araujo. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 65. Jul/set 2017**. p. 17.

[2] Chamada de Genebra. Disponível em: «*Texte de l'appel de Genève sur le site du Syndicat de la magistrature*». Acesso em: 28 jan 2021.

[3] DAVIN, João. **A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na EU**. Coimbra: Ed. Almedina. 2007, p. 12.

evasão financeira e os danos dela decorrentes, que em última análise demonstram o pernicioso aumento da capilaridade alcançada pelas atividades ilícitas em meio à União Europeia.

Na Resolução referente ao relatório das atividades do OLAF apresentada em 04.12.2003, o Parlamento Europeu considerou que só em 2002 foi apurado um montante de cerca de dois bilhões de euros em irregularidades e fraudes financeiras, fazendo crer que:

"estes números dão uma ideia nítida da importância da luta que seria necessária travar contra a violação dos interesses financeiros da União Europeia. Sobretudo se considerarmos que a **fraude e a corrupção** que lhe está ligada se reveste frequentemente dum caráter **transnacional** e é objectivo de organizações **criminosas**".[4]

Um dos múltiplos fatores que colaboravam e ainda colaboram para essa ascendente curva de fraude e corrupção repousa no fato de que, à mingua de um ordenamento que regulamentasse de forma diversa, esses crimes contra o sistema financeiro só podiam ser investigados por autoridades nacionais, e que, por isso, só atuavam dentro das fronteiras de seus países, o que limitava sobremaneira a atuação das autoridades contra a grande criminalidade financeira. Em recente informação trazida pela Procuradoria Europeia, "todos os anos os Estados-membros perdem, no mínimo, 50 bilhões de euros em receita de IVA, devido à fraude transnacional".[5]

Há que se consignar que o fenômeno da corrupção transnacional não constitui fato novo. A mundialização da economia fez com que ele se globalizasse, crescendo vertiginosamente, trazendo o aprofundamento das desigualdades na distribuição das riquezas mundiais, gerando conflitos de matizes variadas, sejam internos ou externos, relacionados à perda de legitimidade de autoridades, instituições e democracias inteiras, transformando-se em tecido canceroso metastático nos mais diversos sistemas políticos.[6] E com ele cresceram, consequentemente, os intrincados mecanismos de ação das organizações criminosas transnacionais.

Por essa e outras razões políticas e econômicas foi editada a Diretiva PIF (Proteção dos Interesses Financeiros) (UE) 2017/1371 pelo Parlamento Europeu e Conselho Europeu, que

---

[4] SOUZA, ALFREDO JOSÉ DE. **A Criminalidade Transnacional na União Europeia**. Coimbra: Ed. Almedina. 2005, p. 16.

[5] BRASIL. Ministério da Justiça. **Procuradoria Europeia**. Disponível em: <https://justica.gov.pt/Procuradoria-Europeia>. Acesso em: 14 mar. 2022.

[6] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Breves Considerações sobre a Corrupção em Transações Comerciais Internacionais. Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris. 2007.

elegeram travar a luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União por meio do Direito Penal.

Como salientado em seu artigo 1º:

> "A presente diretiva estabelece regras mínimas relativas à definição de infrações penais e sanções em matéria de combate à fraude e outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, com vista a reforçar a proteção contra as infrações penais que afetem esses interesses financeiros, em conformidade com o acervo da União neste domínio".[7]

A Diretiva PIF é, na verdade, mais uma etapa da tentativa de construção de um Direito Penal que atenda aos interesses comuns da União Europeia, delimitando assim as bases primordiais para o combate às ações delitivas e às organizações criminosas ali atuantes.

É de se registrar que, a despeito de parecer matéria recente, afeita aos desdobros das consequências trazidas pelo acelerado processo de globalização, a transnacionalidade em matéria penal é mais remota do que se imagina. A cooperação internacional em matéria penal teria sido manifestada quando da celebração do Tratado de Extradição acordado em 1.280 a.C., entre Ramsés II, faraó do Egito, e Hattusilii III, rei dos Hititas.[8] Posteriormente, afora a extradição, somente no século XIX é que se passaram a prever regras para a aplicação de normas penais de caráter extraterritorial, a exemplo do Código Penal Alemão de 1871 e Código Penal Italiano de 1889.[9]

A consequência advinda desse ordenamento jurídico penal transnacional é que, a partir daquele momento, as bases para uma atuação repressiva contra os ilícitos nele apontados haveria de ser instrumentalizada, buscando-se mecanismos e entidades, no espaço europeu, para a sua implementação e obtenção da eficácia e resultados esperados.

Para a validação e adoção de um direito penal transnacional, haveria a necessidade de uma ação penal transnacional, cujo exercício ficaria a cargo de um ente que tivesse – respeitados os limites e normas de cada estado-membro – legitimidade, capacidade postulatória e representatividade transnacional. A necessidade da criação de um ente com esse viés, com essas

---

[7] Diretiva PIF (Proteção dos Interesses Financeiros) (UE) 2017/1371. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371. Acesso em: 7 fev. 2022.

[8] BASSIOUNI, M. Cherif. **Derecho Penal Internacional**. Espanha: Ed. Tecnos. 1984, p. 51.

[9] JUNIOR, João Marcelo de Araújo. **Introdução à Teoria Geral do Direito Penal Internacional. Ciência penal. Coletânea de Estudos**. Curitiba: J.M. 1999, p. 245.

atribuições de caráter transnacional, haveria de ser enfrentada e superada, mais cedo ou mais tarde, pelo Parlamento Europeu.

Passada a fase de cooperação judiciária e policial, e implementados todos os instrumentos normativos comunitários que a devem suportar, os estados-membros haveriam de compartilhar sua soberania na perseguição das formas mais graves da criminalidade atuante no espaço da União Europeia. Esse compartilhamento teria que passar, necessariamente:

> "pela concentração **numa instituição europeia – a Procuradoria Europeia** - das competências para investigar, instruir e levar a julgamento nas jurisdições nacionais os autores e com participantes daquela criminalidade grave **em todo o espaço comunitário**".[10]

No dizer de Margarida Santos:

> "a concepção de um exercício transnacional da ação penal é uma temática que se discute há mais de 20 anos, tendo esse debate sido intensificado nos últimos anos. Nesse caminho, com passos relevantes, foi consagrada pela primeira vez uma expressa base jurídica para a instituição de uma Procuradoria Europeia (...)".[11]

E assim, meses após a publicação da Diretiva PIF, em meio a muita discussão, é aprovada a criação da Procuradoria Europeia, que representa uma luz no fim do túnel escuro que até o momento tem permitido a existência de múltiplos delitos que afetam a economia europeia, e favorecido a atuação crescente, agressiva e ousada das organizações criminosas transnacionais.

A Procuradoria Europeia supre essa lacuna, preenche esse hiato existente entre a necessidade de se repreenderem os atos e ações criminosas que aumentam a evasão de recursos da comunidade – que até então só poderiam ser coibidos individualmente por cada estado-membro–, e a efetividade das ações de controle e punição adotadas para esse mister, e que resultassem em benefícios para toda a comunidade europeia.

---

[10] SOUZA, ALFREDO JOSÉ DE. **A Criminalidade Transnacional na União Europeia. Um Ministério Público Europeu?** Coimbra: Ed. Almedina. 2005, p. 9.

[11] SANTOS, Margarida. **A Procuradoria Europeia e o Exercício Transnacional da Ação Penal, Relativamente aos Crimes que Lesem os Interesses Financeiros da União Europeia**. Revista JULGAR – Nº 39 – 2019. p. 57.

7. Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE

É sob a pilastra legal erigida no artigo 86 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) que estão assentadas as bases para a criação da Procuradoria Europeia. Sua finalidade precípua, de caráter genérico e ao mesmo tempo hermético é combater as infrações lesivas dos interesses da União. Estas, por sua vez, vêm delimitadas no número 2 do citado artigo, restando evidenciada sua atribuição/competência para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento os autores e cúmplices das infrações lesivas dos interesses financeiros da União.

Eventualmente, essas ações poderão ser levadas a efeito em articulação com demais organismos da União Europeia, tais como o OLAF (Organismo Europeu de Luta Antifraude), a Eurojust (Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal) e a Europol (Agência da União Europeia para a Cooperação Policial).

De igual forma, importante consignar que no mesmo dispositivo retromencionado, a Procuradoria Europeia recebe legitimação e competência para exercer a titularidade das ações penais decorrentes destes atos junto aos órgãos jurisdicionais dos estados-membros. Ainda que subliminarmente, fica clara a intenção de que uma vez criada, seja ela um ente autônomo, independente, com atuação legitimada perante a justiça criminal de todos os estados-membros que subscreveram ou ratificaram seu ato de instituição.

É de se frisar que, através dos mecanismos normativos e legislativos citados no nº 1 do artigo 86 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), seria concebido o estatuto da Procuradoria Europeia, munindo-lhe:

> "das condições em que exercerá suas funções doravante, bem como as regras processuais aplicáveis às suas atividades e as que regem a admissibilidade dos meios de prova, bem como as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos processuais que a Procuradoria Europeia realizar no exercício de suas funções".[12]

Dessa forma, um longo debate político haveria de ser enfrentado, ainda, pelos estados-membros, a fim de serem concebidos os regramentos e formas de atuação da Procuradoria Europeia que haveria de atender aos interesses de todos (coletivamente), contudo, sem violar qualquer princípio ou norma que expusesse a soberania nacional de cada um deles (individualmente). Até por que, consoante dessume-se da análise do nº 4 do mencionado artigo,

[12] Tratado do Funcionamento da União Europeia. Artigo 86, nº 3. **Jornal Oficial da União Europeia**. 7.6.2016.

já havia interesse de grande parte dos estados-membros em alterar as atribuições da Procuradoria Europeia para açambarcar, também, o combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça, ampliando assim as atribuições e atuação do *Parquet* europeu, dando-lhe força ainda maior.

Essa vontade do grupo em ampliar a atuação da Procuradoria Europeia, já delineada (nº 4 – artigo 86), é perfeitamente verificada através de uma comunicação que a Comissão Europeia efetuou ao Parlamento e ao Conselho Europeu, a qual tinha por objetivo alargar as competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais,[13] por entender que:

> "É necessária uma dimensão europeia mais forte para garantir um acompanhamento judicial uniforme, eficaz e eficiente destes crimes em todo o espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça. Os crimes terroristas afetam todos os Estados-membros e a União no seu conjunto, razão pela qual deve ser considerada uma solução a nível europeu. Neste contexto, parecesse demonstrado que a Procuradoria Europeia pode acrescentar valor à luta contra crimes terroristas e à resolução das lacunas identificadas".

Tão complexa quanto os objetivos comuns traçados pelos estados-membros, e os receios (reais e iminentes) advindos da possível expansão das infrações penais lesivas aos interesses financeiros da UE através da criminalidade organizada, é a missão de implementar e estruturar o órgão que passaria a ser responsável pelo exercício transnacional da ação penal.

8. O Regulamento (UE) 2017/1939

Estruturalmente, a regulamentação da Procuradoria Europeia instituída pelo ato supracitado foi distribuída em 11 capítulos, a saber: Objecto e Definições; Instituição, Funções e Princípios de base da Procuradoria Europeia; Estatuto, Estrutura e Organização da Procuradoria Europeia; Competência e Exercício da Competência da Procuradoria Europeia; Regras Processuais Aplicáveis às investigações, Medidas de Investigação, Ação Penal e Alternativas à Ação Penal; Garantias Processuais; Tratamento de Informações; Proteção de Dados; Disposições financeiras e em Matéria de Pessoal; Disposições Relativas às Relações da Procuradoria Europeia com os seus parceiros; e Disposições Gerais.

[13] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu – Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais. – COM (2018) 641 final.

Do arcabouço jurídico trazido pela regulamentação em comento extraem-se vários aspectos importantes e essenciais para a missão a ser desenvolvida pela Procuradoria Europeia, alguns deles abaixo explicitados.

Por trazer em si a personificação institucional de um Ministério Público para a União Europeia, a Procuradoria Europeia foi dotada de garantias e prerrogativas institucionais imprescindíveis ao exercício funcional de seus membros. Tais garantias e prerrogativas, aliás, existentes na base originária da implementação da maioria dos Ministérios Públicos não apenas dos países europeus, como também dos países da América do Sul, especialmente, no Brasil, como veremos adiante.

Dentre os aspectos institucionais mais relevantes, podemos constatar que a Procuradoria Europeia foi concebida como um órgão da União, dotado de **personalidade jurídica** (artigo 3º do Regulamento), e que goza de **independência** para a consecução de suas atribuições (artigo 6º do Regulamento). Revela-se não menos importante o fato da Procuradoria Europeia ter sido instituída como um **órgão indivisível** da União, que funciona como entidade única, com estrutura descentralizada (artigo 8º do Regulamento).

Apenas e tão somente para fins de comparação, verifica-se, indubitavelmente, que o regulamento deu à Procuradoria Europeia o *status* de instituição essencial, dotada de unidade, indivisibilidade e independência funcional, princípios institucionais imprescindíveis para seu mister e que integram a maioria das leis orgânicas dos Ministérios Públicos, a exemplo do contido nos artigos 1º e 2º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (8.625/93):

> " (...)
>
> Art. 1º O Ministério Público é **instituição permanente**, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
>
> Parágrafo único. São princípios institucionais do Ministério Público **a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.**"[14]

Outro aspecto importante a ser informado e que integra o texto normativo em comento, é o fato de as ações desenvolvidas pela Procuradoria Europeia serem acompanhadas e controladas pelo Parlamento Europeu, Conselho e Comissão (artigo 6º, 2, do Regulamento),

[14] BRASIL**. Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 12 fev. 2022.

através de relatórios anuais de suas atividades (artigo 7º do Regulamento), demonstrando que haverá controle e fiscalização sobre suas atividades.

No que concerne à estrutura – além da indivisibilidade já mencionada e pelas características de sua constituição (entidade única) – a Procuradoria Europeia é organizada de forma centralizada e descentralizada: a nível central, pela Procuradoria Central (constituída pelo Colégio, pelas Câmaras Permanentes, pelo Procurador-Geral Europeu, pelos Procuradores-Gerais Europeus Adjuntos, pelos Procuradores Europeus e pelo Diretor Administrativo (artigos 9º a 12 do Regulamento) a nível descentralizado, pelos Procuradores Europeus Delegados, localizados nos estados-membros (artigo 13 do Regulamento).[15]

Delimitado está (artigo 22, nº 1, 2 3 e 4) que a Procuradoria Europeia só terá competência para atuação em relação às infrações penais lesivas aos interesses da União descritas da Diretiva (UE) 2017/1371, aplicando-se, ainda, às infrações relativas à participação numa organização criminosa, definidas na decisão-Quadro 2008/841/JAI, desde que a atividade criminosa dessa organização objetive a prática das infrações definidas no nº 1 do artigo 22.

Embora direcionada e concentrada exclusivamente sobre os delitos capitulados no nº 1 do artigo 22 da Diretiva, verifica-se a possibilidade de extensão de competência para qualquer outra infração penal que esteja indissociavelmente ligada a uma conduta criminosa descrita no citado artigo, a qual só poderá ser exercida nos moldes do artigo 25, nº 3, do citado do mesmo instituto.

Nos capítulos seguintes, o Regulamento trata de definir as regras processuais aplicáveis aos atos investigatórios e às medidas de investigação, ação penal e alternativas à ação penal, bem como as garantias processuais, tratamento de informações, proteção de dados relativos aos feitos investigatórios instaurados pela União Europeia.

Constata-se, assim, que o regulamento em questão se torna uma complexa e intrincada rede de regras e normas que delimitam– e ao mesmo tempo limitam– a atuação dos procuradores europeus, a fim preservar a soberania dos estados membros, assegurando o respeito ao princípio da legalidade, como regra primária das democracias, sem, contudo, deixar de atender aos anseios que essas nações construíram e pretendem preservar coletivamente.

---

[15] SANTOS, Margarida. **A Procuradoria Europeia e o Exercício Transnacional da Ação Penal, Relativamente aos Crimes que Lesem os Interesses Financeiros da União Europeia**. Revista JULGAR – Nº 39 – 2019, p. 62.

No dizer de Margarida Santos,[16] o regulamento (EU) 2017/1939 trouxe um novo modelo de abordagem penal na União Europeia, um "*tertium genus"* de intervenção penal, dando eficácia, pela primeira vez ao exercício da ação penal de caráter transnacional, ainda que estes sejam, inicialmente, acanhados e limitados em termos materiais e processuais.

Trata-se, pois de um modelo híbrido com compartilhamento de competências entre as autoridades nacionais e os procuradores europeus a fim de enfrentarem os crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia.

No entanto, era imprescindível, antes mesmo de sua efetiva instalação, que os estados-membros acolhessem em seus ordenamentos jurídicos internos os elementos normativos descritos na Diretiva PIF (UE) 2017/1371 que, como dito anteriormente, elegeu o direito penal para combater as fraudes contra os interesses financeiros da União Europeia, criando crimes, sanções, e prazos prescricionais das condutas delitivas, além de definir quais crimes estão afetos à atuação da Procuradoria Europeia.

Independentemente de o citado regulamento ser aplicável a todos os estados-membros que integram a "cooperação reforçada", o certo é que se afigura

> "necessária a realização de ajustamentos nos respectivos ordenamentos jurídicos, atendendo as implicações (profundas) que inevitavelmente endereça quer no próprio modus operandi "tradicional" na União Europeia, quer nos ordenamentos jurídicos nacionais". [17]

Com o corpo jurídico acima delineado, e adotadas as medidas preliminares de recepção normativa pelos estados-membros,[18] a Procuradoria Europeia toma espaço real e efetivo a partir de 1º de junho de 2021, data em que oficialmente passou a agir no exercício de suas funções perante a União Europeia.

Por ter necessidade de contar com o auxílio de outros órgãos e instituições da União Europeia, a Procuradoria Europeia já celebrou termos de acordo de trabalho com vários deles, dentre os quais destacamos a OLAF, Eurojust, Europol, Tribunal de Contas Europeu e Comissão Europeia.

---

[16] SANTOS. Ob. Cit., p. 72.

[17] SANTOS, Margarida. **Revista de Direito Processual Penal**. Porto Alegre. Vol. 5, nº 2. mai-ago 2019.

[18] 1. "Os Estados-Membros adotam e publicam, até 6 de julho de 2019, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto dessas disposições. Os Estados-Membros aplicam essas disposições a partir de 6 de julho de 2019". Diretiva (UE) 2017/1371. Artigo 17. Transposição. Disponível em: <https.//www.eppo.europa.eu/en/mission-and-tasks>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Além dos acima mencionados – e de tantos outros entes públicos dos mais diversos segmentos públicos–, a Procuradoria Europeia já celebrou acordos[19] com Gabinetes de Procuradorias Gerais, Tribunais de Contas e diversas comissões de vários estados-membros, dando mostras da construção célere de uma rede de apoio e cooperação integrada, envolvendo vários agentes, de múltiplas áreas do setor público, o que concretiza a unidade de propósitos elegidos pela comunidade europeia no enfrentamento aos crimes financeiros praticados contra a União Europeia.

No transcorrer dos primeiros nove meses de sua implantação efetiva, a Procuradoria Europeia já recebeu mais de 2.500 denúncias de crimes perpetrados por entes públicos ou privados, o que resultou na instauração de mais de 500 investigações criminais em análise, o que demonstra a confiabilidade e esperança dos cidadãos europeus no ente que haverá de minimizar os efeitos dos crimes financeiros contra a comunidade, seja preventivamente, via das investigações instauradas, ou repressivamente, por meio das ações penais propostas.

E assim, o Ministério Público Europeu começa a desenhar sua história na construção de mais um capítulo do direito penal europeu que agora, na prática, será aplicado via da ação penal transnacional, em favor dos interesses financeiros da união europeia, tornando-se uma realidade na justiça europeia, consumando um salto expressivo na qualidade da cooperação em matéria penal, a qual deixa de ser intergovernamental, assumindo caráter supranacional.[20]

9. Conclusão

Do acima exposto, emergem as questões políticas e jurídicas que permearam todo o "processo de construção" do Ministério Público Europeu (*EPPO – European Public Prosecutor's Office*), até sua efetiva implementação e funcionamento, que trazia como fim precípuo parar o avanço crescente da criminalidade transnacional, principalmente após a comunidade ter elegido o direito penal para o enfrentamento dos crimes financeiros. Os meios tradicionais e até mesmo os mais inovadores de cooperação não mais se mostravam suficientes,

[19] Dentre eles destacam-se os acordos com os Gabinetes das Procuradorias Gerais da Bulgária, Eslovênia, Ucrânia, bem como com Conselho Geral de Notários da Espanha, Direção Nacional de Antimáfia e Contraterrorismo da Itália (DNA). Disponível em: <https://www.eppo.europa.eu/en/documents?search_api_fulltext=&page=2>. Acesso em: 15 mar. 2022.

[20] SOUZA, Alexander Araujo de. **Desafios e Perspectivas sobre a instituição do Ministério Público Europeu para o Efetivo Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 65. Jul/Set 2017**.

sendo necessário um passo ainda mais audacioso, com a criação desta instituição supranacional capaz de trazer segurança para o bloco, como de fato ocorreu.[21]

O Ministério Público Europeu haverá de suplantar as teorias dos autores mais céticos que sustentaram a prematuridade de sua concepção, sem preliminarmente reforçar a estrutura de atuação da Eurojust, a qual deveria, gradualmente, ser dotada de novos poderes para, com os dados concretos dessa atuação crescente, decidirem-se, então, os passos subsequentes a serem intentados.

A seu favor terá as teorias dos entusiastas que sustentaram que uma integração econômica no âmbito da qual pessoas, mercadorias, serviços e capitais circulem livremente não pode estar sujeita ao controle de um espaço judiciário fragmentado, desorganizado e inconsistente,[22] pondo fim ao absurdo evidenciado por Delmas-Marty,[23] que é o de estarem "abrindo amplamente as fronteiras aos criminosos para depois as fechar aos órgãos encarregados de repressão".

Inicia-se, assim, uma extensa gama de questões advindas da atuação desse novo ente, mormente no que tange ao direito penal dos estados-membros, que a partir de então haverá de ser conformado integralmente com o interesse público da União em combater crimes graves de dimensão transnacional, na proteção de seus interesses financeiros, o que exigirá um processo constante de monitoramento da implementação da Diretiva PIF para que seja alcançada a efetiva harmonização dos sistemas penais.[24]

Mesmo que submetido a rigoroso mecanismo de controle, muitas dificuldades serão enfrentadas até a perfeita equalização e sedimentação dos limites de atuação da Procuradoria Europeia, as quais esperamos não superar as expectativas de que este organismo híbrido venha a contribuir de forma significativa para a concretização do espaço de liberdade, segurança e justiça, sem descurar também de sua missão de fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais no âmbito na União Europeia.

---

[21] RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Direito Penal no espaço de liberdade, segurança e justiça: a União Europeia e os avanços penais no espaço comum rumo à instituição de uma Procuradoria Europeia**. 2015. NBR 6023.

[22] RODRIGUES, Joana Amaral. **Um Ministério Público Europeu. Algures entre o optimismo e a resistência?** Coimbra: Ed. Almedina. 2012. p. 251.

[23] RODRIGUES. Op. cit., p. 251.

[24] SANTOS, Margarida. **A Procuradoria Europeia e o Exercício Transnacional da Ação Penal Relativamente aos Crimes que Lesem os Interesses Financeiros da União Europeia**. Ed. Almedina. Julgar nº 39. 2019.

Fator de grande relevância nesse contexto é que estes objetivos (espaço de liberdade, segurança e justiça, e a proteção dos direitos fundamentais), dada a peculiaridade da fórmula única sobre a qual se assenta a União Europeia, assumem dimensão constitucional, devendo ser respeitados como se princípios constitucionais fossem.[25] E por assim ser, a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, "a partir da atuação da Procuradoria Europeia, terá papel relevante no traçado dos caminhos a serem trilhados, mormente no manejo de princípios gerais e estruturantes da União"[26], conforme determinam os artigos 251 e seguintes do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Outro ponto importante a revelar é que, doravante, além da independência e indivisibilidade de que foi dotada, a Procuradoria Europeia contará, para seu desiderato, com o imprescindível (e muito questionado) poder investigatório, passando a ser o ator principal – com o auxílio e participação de outros atores – da difícil missão de receber informações, proceder a investigações, instaurar procedimentos e, ao final, propor a ação penal para combater os crimes contra os interesses financeiros da União Europeia, sejam eles praticados por agentes privados ou públicos (detentores ou não de privilégios ou imunidades), o que por si só tornam mais complexas as barreiras supranacionais a serem vencidas.

O poder investigatório concedido ao Ministério Público não é recente, sendo inserido em texto normativo ainda no século XVII, no *Code D'instruction Criminelle* Francês, também chamado de Código Napoleônico, onde foi deferida essa legitimidade ao procurador imperial, nome dado ao membro do Ministério Público que estava a serviço do Imperador.[27]

A discussão sobre a legitimidade e constitucionalidade desse poder investigatório é intensa e de múltiplas facetas. No entanto, como adverte Paulo Rangel[28], negar a atuação direta do Ministério Público nas investigações criminais é querer legitimar a atuação de determinadas organizações criminosas, bem como o corporativismo policial (ou de outros entes públicos de controle) em casos que envolvam pessoas com determinados poderes e detentores de autoridade

[25] Tratado de Funcionamento da União Europeia. Artigo 5º: "No exercício de suas atividades, a Procuradoria Europeia assegura o respeito dos direitos consagrados na Carta".

[26] BÖEL, Cristiane Rosália Maestri. **A Procuradoria Europeia e seu papel no fortalecimento do processo de integração europeia. ATUAÇÃO. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. V. 15 N. 32. jun-nov. 2020**. Florianópolis, p. 44.

[27] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 46.

[28] RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal pelo Ministério Público. Visão Crítica**. 5ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda. 2016.

pública, em detrimento dos interesses financeiros da União Europeia que foram atingidos pelos fenômenos nocivos advindos da globalização econômica.

Muitas dúvidas e inquietações por certo surgirão e haverão de ser enfrentadas, seja pelo Parlamento Europeu, Conselho Europeu, e ainda, como órgão de controle, pelo Tribunal de Justiça europeu, principalmente quando os resultados positivos advindos da atuação institucional da procuradoria europeia começarem a produzir efeitos punitivos, responsabilizando de forma igualitária todos aqueles que tiverem dado causa, praticado ou permitido a prática de crimes contra os interesses financeiros da União Europeia.

10. Referências Bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 46.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Derecho Penal Internacional**. Espanha: Ed. Tecnos. 1984, p. 51.

BÖEL, Cristiane Rosália Maestri. **A Procuradoria Europeia e seu papel no fortalecimento do processo de integração europeia**. **ATUAÇÃO. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense.** V.15 N.32. jun-nov 2020. Florianópolis, p. 44.

BRASIL**. Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 12 fev. 2022.

Chamada de Genebra. Disponível em: «*Texte de l'appel de Genève sur le site du Syndicat de la magistrature*». Acesso em: 28 jan 2021.

COMUNICAÇÃO da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu – **Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais**. – COM (2018).

DAVIN, João. **A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE**. Coimbra: Ed. Almedina. 2007.

FISCHER**,** Douglas. Organizador. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

GOULART**,** Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Ed. Arraes. 2013.

JAPIASSU**,** Carlos Eduardo Adriano. Coordenador. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris. 2007.

JUNIOR, João Marcelo de Araújo. **Introdução à Teoria Geral do Direito Penal Internacional. Ciência penal**. **Coletânea de Estudos**. Curitiba: J.M. 1999, p. 245.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. **Procuradoria Europeia**. Disponível em: <https://justica.gov.pt/Procuradoria-Europeia>. Acesso em: 14 mar. 2022.

QUADROS**,** Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Ed. Almedina. 2004.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal pelo Ministério Público. Visão Crítica**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda. 2016, p. 165.

RODRIGUES, Joana Amaral. **Um Ministério Público Europeu. Algures entre o optimismo e a resistência?** Coimbra: Ed. Almedina. 2012.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O direito penal no espaço de liberdade, segurança e justiça: a União Europeia e os avanços penais no espaço comum rumo à instituição de uma Procuradoria Europeia**. 2015. NBR 6023.

SANTOS, Margarida. **Rev. de Direito Processual Penal**. Porto Alegre. Vol. 5, nº 2. mai-ago 2019.

_____. **A Procuradoria Europeia e o Exercício Transnacional da Ação Penal Relativamente aos Crimes que Lesem os Interesses Financeiros da União Europeia**. Ed. Almedina. Julgar nº 39. 2019.

SOUB, Maria Anaide do Vale Siqueira. **O Ministério Público na Jurisdição Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris. 2006.

SOUZA, Alexander Araujo. **Desafios e Perspectivas sobre a instituição do Ministério Público Europeu para o Efetivo Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 65. Jul/Set 2017.

SOUZA, Alfredo José de. **A Criminalidade Transnacional na União Europeia. Um Ministério Público Europeu?** Coimbra: Ed. Almedina. 2005.

TRATADO do Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. 7.6.2016.

O compliance no Ministério Público

Compliance program in The Public Prosecution Service

Artur de Brito Gueiros Souza[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre os programas de compliance que estão sendo adotados pelas organizações de natureza pública, em especial por parte do Ministério Público. Para tanto, são expostas as teorias criminológicas explicativas dos desvios organizacionais, questões gerais de compliance na administração pública, bem como aspectos teóricos e práticos das normatizações dos programas e dos planos de integridade no Ministério Público brasileiro.

Palavras-chave: Criminologia organizacional; gestão de risco; programa de compliance; Ministério Público.

Abstract: This paper discusses the compliance programs that are being adopted by organizations of a public nature, especially by the Prosecution Office. For this purpose, the criminology theories explaining organizational deviations, general issues of compliance in the public administration, as well as theoretical and practical aspects of the regulation of compliance programs in the Brazilian Public Prosecution Service are exposed.

Keywords: Organizational Criminology; risk management; compliance program; Prosecution Service.

[1] Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito Penal pela USP e Pós-Doutor em Direito Penal Económico pela Universidade de Coimbra (UC). É Coordenador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM) e membro do Ministério Público Federal (MPF), ocupando atualmente o cargo de Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República na 2ª Região (PRR2).

1. Introdução

Os programas de compliance ou integridade – nesse trabalho, expressões equivalentes – são uma realidade nas organizações.[1]

Inicialmente teorizados e colocados em prática na iniciativa privada, eles foram sendo transpostos, com as devidas matizações, para as administrações públicas dos diversos países. E isso ocorreu no embalo de uma política criminal de alcance internacional relacionada com a busca por uma maior eficiência para fazer frente ao fenômeno da corrupção ativa e passiva.[2]

A partir dessa política transnacional de combate à corrupção, razões diversas conspiraram a favor da introdução dos modelos de compliance no setor público[3]: (1) a elaboração ou, ao menos, a modernização de códigos de ética ou de boas práticas para guiar comportamento dos agentes no âmbito das organizações; (2) o mapeamento ou cartografia dos riscos decorrentes, direta ou indiretamente, das atividades organizacionais; (3) o comprometimento da alta administração em ser a primeira a cumprir com as regras estabelecidas pelo programa; (4) o estabelecimento ou aprimoramento dos canais de denúncia para recebimento de informações sobre irregularidades; (5) a criação de um sistema de proteção para o informante; e (6) a investidura de uma pessoa ou órgão com atribuição de fiscalizar o

[1] Sobre as origens, evolução, definição, conteúdo e terminologia do compliance: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance.* São Paulo: LiberArs, 2021, *passim*.

[2] Cf. "Os organismos internacionais mobilizaram-se na prevenção e combate à corrupção, que se torna uma responsabilidade dos Estados de direito democráticos. Que estes, confrontados com a exigência e a necessidade de se protegerem contra o fenómeno – que mina a cidadania e a confiança dos cidadãos nas instituições, desencadeia prejuízos vultuosos ao nível económico e de justiça social e socava a democracia –, são chamados a assumir nos vários planos em que exercem as suas funções: legislativo, executivo e jurisdicional. Paradigmaticamente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece, no seu Artigo 5-1, que cada Estado Parte 'formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a transparência e a obrigação de render contas'." (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Public compliance e prevenção da corrupção. In* RCPJ, Vol. 01, N. 03, 2022, p. 46. Disponível em https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/60/77).

[3] Cf. "Los programas de cumplimiento pueden implantarse en cualquier tipo de organización y no sólo en empresas. También puede implantarse en administraciones públicas, en lo que se ha venido en llamar *public compliance* y que ha adquirido gran importancia en la lucha contra la corrupción y las malas prácticas administrativas." (NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance programs: una visión panorámica. In* RCPJM, Vol. 01, N. 03, 2022, p. 18. Disponível em https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/58/75).

atendimento das normas de conformidade por parte dos servidores ou por terceiros com os quais se estabeleçam negócios, dentre outras estratégias gerenciais dos riscos de integridade.[4]

Não se ignora que algumas dessas medidas já existiam em nossas administrações públicas, como, por ex., os setores encarregados das funções disciplinares (corregedorias) e de recebimento de notícias e reclamações (ouvidorias). Entretanto, faltava existir uma atuação coordenada e articulada entre as instâncias internas. E, nesse particular, o compliance pode ser considerado um "ovo de colombo" para o setor público brasileiro.

Vale sublinhar que não somente a administração em geral recebe os influxos da era compliance. O Ministério Público, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, também está se reestruturando para acolher os aspectos positivos e relevantes desses arranjos normativos.

Dito isso, o *leitmotiv* do presente estudo consiste em discorrer sobre a inserção das estratégias de compliance nas estruturas organizacionais do Ministério Público. Para tanto, são feitas considerações criminológicas a respeito da *deviance* nas corporações de natureza pública ou privada. Em seguida, passa-se a análise das políticas de integridade nas administrações públicas e, em particular, no nosso sistema de justiça. A etapa final se debruça sobre o compliance no Ministério Público, abordando-se seus aspectos teóricos e práticos. Há, ainda, uma breve conclusão às reflexões apresentadas ao longo do texto.

2. As estruturas organizacionais criminógenas

Um dos grandes enigmas criminológicos é decifrar o porquê de pessoas que se encontrem em determinadas organizações perpetrarem ilícitos. Essa indagação torna-se mais saliente por dois motivos: (1) em geral, é impensável para a maior parte das pessoas, em suas vidas particulares – isto é, fora do ambiente no qual se trabalha – praticarem tais infrações; e (2) normalmente, no processo de seleção dos integrantes dos quadros de uma organização, não se contratam pessoas de má reputação ou tidas como criminosas, mas, sim, aquelas que se supõem probas e honestas.

[4] Risco de integridade compreende os eventos que configuram ações ou omissões que possam favorecer a ocorrência de fraudes ou atos de corrupção. Os riscos para a integridade podem ser causa, evento ou consequência de outros riscos, tais como financeiros, operacionais ou de imagem (BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portaria n. 1.089/2018. Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade.* Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União: Brasília, 2018, pp. 8-9).

Em outras palavras: por que boas pessoas se tornam maus funcionários?

Para responder a esta pergunta, foram sendo elaboradas e testadas teorias que compõem aquilo que se pode denominar de Criminologia Empresarial. Conforme exposto em maior profundidade em outro estudo,[5] são elas: (1) *teoria da associação diferencial*; (2) *teoria da técnica da neutralização de culpa*; (3) *teoria da escolha racional*; (4) *teoria da anomia*; e (5) *teoria das oportunidades delitivas*.

Com relação à primeira, desenvolvida por Edwin H. Sutherland – *Founding Father* da Criminologia econômica –, o comportamento transgressor, como qualquer outro, seria consequência de um processo de aprendizado que se desenvolve em um determinado grupo, processo este que pode destoar do observado na sociedade como um todo. Ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação entre indivíduos associados por algum móvel. Quando, em tal grupo, o peso das definições favoráveis à violação da lei exceder o peso das definições favoráveis à sua obediência, o ilícito ocorrerá.[6] Nesse passo, ao ingressar em uma organização, seja pública ou privada, o indivíduo logo aprende, pela interação com os colegas que ali estão, as normas que deve ou não respeitar, da mesma forma que se aprende a postura que deve adotar, o tipo de roupa que deve vestir, as expressões linguísticas que deve utilizar (*l'argot*), e por aí vai. Essas "definições", muitas delas não escritas, mas assimiladas pelo convívio intramuros, podem fazer com que o indivíduo deixe de lado seus valores prévios de honestidade ou de respeito à lei.[7]

---

[5] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A Criminologia Empresarial: *Why good people do dirty work. In* Criminalidade Econômica e Empresarial: Estudos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros. PANOEIRO, José Maria *et al.* (Org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 107 e segs.

[6] SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology.* 11th New York: General Hall, 1992, pp. 88-90. Existem nove etapas da associação diferencial: (1) O comportamento criminoso é aprendido. (2) O comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas num processo de comunicação. (3) A parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre em grupos próximos e íntimos. (4) Quando o comportamento criminal é aprendido, a aprendizagem inclui (a) técnicas para cometer o crime, que podem ser simples ou complexas, e (b) a direção específica dos motivos, racionalizações e atitudes. (5) A direção específica dos motivos e objetivos é aprendida a partir das definições de códigos legais favoráveis ou desfavoráveis. (6) *Uma pessoa se torna delinquente devido a um excesso de definições favoráveis à violação da lei em relação a definições desfavoráveis a violação da lei. Na visão de Sutherland, esse é o princípio basilar da sua teoria*. (7) As associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade. (8) O processo de aprendizagem do comportamento criminal por associação com padrões criminais e anticriminais envolve todos os mecanismos envolvidos em qualquer outro tipo de aprendizado. (9) Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores gerais, o comportamento não criminal também é uma expressão das mesmas necessidades e valores. Por ex., ladrões geralmente roubam para a finalidade de obter dinheiro, mas da mesma forma pessoas honestas trabalham para a mesma finalidade de ganhar dinheiro (*Idem, ibidem*).

[7] Em prosseguimento a essa construção teórica, Ronald L. Akers desenvolveu a *teoria da aprendizagem social*. Segundo ela, além da associação diferencial, o comportamento criminal é aprendido: (1) pelas definições, que

A teoria da técnica de neutralização de culpa, desenvolvida por Gresham Sykes e David Matza, complementa a teoria da associação diferencial, porém enfatizando o aspecto subjetivo da prática da infração. Conforme o seu postulado, o ato criminoso ou desviante ocorre porque seus autores encontram uma forma de racionalizar o sentimento de culpa decorrente de violar as leis que eles, em tese, respeitam, justificando para si o seu cometimento.[8] Dentre as técnicas que mais têm relação com o ambiente organizacional, destacam-se: (1) *A negação da responsabilidade* – segundo ela, o dirigente, apesar de saber ser ilegal uma determinada conduta corporativa, não se enxerga como responsável, amiúde sob o argumento de que não a autorizou, só tendo expedido orientações ou metas gerais para o coletivo. O funcionário também pode se valer dessa teoria, não se sentindo responsável pelo ilícito que deu causa sob o argumento de que apenas realizou a tarefa para a qual fora contratado.[9] (2) *O apelo a lealdades superiores* – no caso, a técnica consiste em o agente inserir seu comportamento no contexto de algo maior, isto é, de fidelidade à organização; um compromisso moral que supera aquele de obediência à lei. Para o dirigente, é usual justificar essa "lealdade" argumentando estar agindo para o bem da firma, ganhar da concorrência ou com o propósito de garantir o emprego dos funcionários, assim por diante.[10] Para o empregado, essa técnica fornece o argumento de que ser leal à organização é, afinal de contas, o mais importante. Desse modo, priorizar a corporação se justificaria "plenamente", o que relegaria a um plano secundário o dever de observância dos dispositivos legais.[11] [12]

---

são os significados próprios de um determinado comportamento; (2) pelo reforçamento diferencial, i.e., as vantagens e inconvenientes que se imagina lograr com o ato; e (3) pela imitação observável em comportamento de outras pessoas, inclusive pelos meios de comunicação em massa. Assim, para Akers, a aprendizagem social se dá na interação de "grupos iguais", como família, vizinhos, igrejas, escolas, mas se dá também em "grupos virtuais", tais como *mass media*, Internet, redes sociais etc. Todo esse conjunto de interações fornece o contexto em que ocorre o comportamento criminoso ou desviante. (cf. AKERS, Ronald L. *Social Learning and Social Structure: A General Theory of Crime and Deviance.* Boston: Northeastern Press, 1998, p. 50).

[8] SYKES, Gresham; MATZA, David. *Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency. In* American Sociological Review. Vol. 22, n. 6, 1957, pp. 664 e segs.

[9] Como dito em outra oportunidade: de cima para baixo, a técnica é "eu não sabia de nada" e, de baixo para cima, "eu só estava cumprindo ordens", de sorte que, no oxímoro "irresponsabilidade organizada", ninguém assume a culpa de nada. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A criminologia empresarial..., cit., p. 114).

[10] No livro *A Organização*, a jornalista Malu Gaspar alude à "ética da responsabilidade", segundo a qual, para o empresário, a corrupção seria "ética" diante do interesse maior de pagar os salários dos empregados. (GASPAR, Malu. *A Organização. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2020, pp. 52-53).

[11] SIMPSON, Sally S.; BENSON, Michael L. *Understanding White-Collar Crime. An Opportunity perspective.* 2nd Ed. New York: Routledge, 2015, pp. 186-187.

[12] Além dessas duas técnicas de neutralização de culpa, a Criminologia empresarial indica as seguintes: (1) *negação da vítima* e (2) *condenação dos condenadores*. Sobre o assunto: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A criminologia empresarial..., cit., p. 114.

Outra hipótese explicativa do ilícito no âmbito organizacional provém da teoria da escolha racional. Gary Becker, ao resgatar do passado as ideias utilitaristas do *homos economicus* – desenvolvidas por Bentham e Beccaria –, sustentou que o ato criminal decorreria de uma decisão racional do indivíduo, tão racional como qualquer outra escolha da vida cotidiana.[13] Becker argumenta que a racionalidade aplicada à criminalidade significaria que a pessoa delinque devido ao potencial retorno financeiro ou outras recompensas advindas do ato, realizando um cálculo que levaria em consideração, como contraparte, a probabilidade de ser pego e condenado, bem como a sanção que poderia sofrer.[14] Ao ser transposta para a Criminologia, observa-se que numa organização existe toda uma infraestrutura que permite ponderar custos e benefícios, vantagens e desvantagens, deixando-se de lado, nesse cálculo utilitarista, considerações de natureza moral. Por outro lado, como bem observado por Adán Nieto, a psicologia social assinala que a atitude frente ao risco (aversão ao risco) é menor quando se toma decisões em grupo, o que supõe que, no marco de uma corporação, se a conduta delitiva é assumida conjuntamente, resulta mais fácil que apareça como "racional" a escolha favorável ao risco que ela implica.[15] Apesar dessa corrente explicativa ter estreita relação com o mundo dos negócios,[16] não se pode descartar a sua relevância para as *organizações públicas*, pois nelas também se efetuam cálculos e sopesamentos para o ato decisório levando-se em consideração, por ex., os vieses cognitivos.[17]

A teoria da anomia, na vertente desenvolvida por Robert King Merton, busca explicar a *deviance* através da análise das pressões sociais sobre os indivíduos. Segundo ela, a cultura dos Estados Unidos – ou, melhor dizendo, a cultura do capitalismo que prepondera em todo orbi – teria por característica a glorificação do êxito e do sucesso, em especial do sucesso monetário, ao passo que as estruturas sociais restringem o atingimento de tais objetivos. O contraste entre

---

[13] BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach.* The Journal of Political Economy. N. 76, p. 169 e segs.

[14] BECKER, Gary S. *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. In* The Journal of Political Economy. Vol 101. N. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, pp. 386-388.

[15] NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. In* Manual de cumplimiento penal en la empresa. ____ (Org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 55.

[16] Como observado por Guillaume Royer, o modelo econômico de Gary Becker, no sentido de que a violação à lei ocorre se o benefício potencial for superior ao custo suportável por conta desse ato, tem grande aptidão explicativa para a criminalidade empresarial, muito embora não se possa desprezar outros fatores que transcendem a um frio cálculo matemático. Consequentemente, a delinquência dos negócios pode se inserir dentro da dinâmica utilitarista. (ROYER, Guillaume. *L'efficience em droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit.* Paris: LGDJ, 2009, p. 35).

[17] Sobre vieses cognitivos, vide nota de rodapé n. 33, adiante.

a cultura do triunfo e a realidade social de restrição pode conduzir as pessoas, bem como as organizações, a um quadro anômico, a partir do qual haveria várias formas de reação, dentre elas a "inovação" – *rectius*, a violação das normas – para superar as barreiras sociais.[18]

Levada para o Direito Penal Empresarial, a teoria da anomia serve para explicar as razões pelas quais os desvios teriam como um dos fundamentos a ideia de busca da vitória e da riqueza pela via da transgressão, quando inviável tal desiderato pelos caminhos da licitude. Nesse sentido, Nikos Passas sustenta que as corporações estão sob pressão constante para bater a concorrência e maximizar os lucros, razão pela qual, nesse ambiente anômico, recorrer ao ilícito ou à "inovação" é uma possibilidade que não pode ser por elas descartada. O mesmo vale para os indivíduos que almejam atingir os altos postos das corporações privadas ou públicas, pois muitos dos que estão embaixo querem ocupar o lugar dos que estão em cima; querem galgar os escalões superiores das estruturas administrativas; querem superar os obstáculos, muitas vezes por intermédio da máxima de que os fins justificam os meios. Nesse contexto, a tensão pelo êxito e sucesso é constante, o que explicaria o desvio em nome de uma organização.[19]

Finalmente, menciona-se a teoria das oportunidades delitivas que, de certo modo, complementa as anteriores, pois de nada vale existirem etiologias sobre o crime corporativo se, concretamente, não se aproveita de uma oportunidade para delinquir. Dessa maneira, considerando os diversos matizes dessa teoria,[20] tem-se que, na maioria dos casos, a chance para a prática de um crime se dá no curso das ações cotidianas, algumas delas desempenhadas no contexto profissional e organizacional. Pelo postulado das atividades rotineiras, o ilícito ocorre quando se tem (1) *uma pessoa motivada*; (2) *um alvo atrativo*; e (3) *a ausência de guardião idôneo*.[21] O "alvo" pode ser uma pessoa (vítima) ou o patrimônio alheio, e a expressão "guardião" significa qualquer anteparo que impeça ou dificulte o infrator chegar até ao seu alvo

---

[18] MERTON, Robert K. *Social Structure and Anomie. In* American Sociological Review. Vol. 3. N. 5, 1938, *passim*. Para o Autor, a "extrema ênfase na acumulação de riqueza como um símbolo de sucesso em nossa própria sociedade milita contra o controle eficaz dos modos institucionalmente regulados de adquirir fortuna. Fraude, corrupção, vício, crime, em suma, o catálogo completo de comportamentos proscritos, torna-se cada vez mais comum quando a ênfase na meta de sucesso culturalmente induzida se divorcia de uma ênfase institucionalmente coordenada." (*Idem*, pp. 675-676)

[19] PASSAS, Nikos. *Anomie and corporate deviance. In* Contemporany Crises. N. 14, 1990, pp. 158 e segs.

[20] MANDENSEN, Tamara D. *Opportunities for White-Collar Crime. In* The Oxford Handbook of White-Collar Crime. Van Slyke, Shanna; Benson, Michael L.; Cullen, Francis T. (Org.). New York: Oxford University Press, 2016, pp. 384-387.

[21] COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. In* American Sociological Review. Vol. 44, 1979, pp. 588 e segs.

(por ex., um *gatekeeper*). No âmbito de uma organização, uma pessoa motivada pode encontrar as oportunidades delitivas no desempenho do seu trabalho cotidiano quando detecta um alvo atrativo e percebe a ausência ou deficiência de um sistema de proteção, como se verifica no caso de um compliance inexistente ou mal projetado.[22]

Demais disso, Diane Vaughan desenvolveu estudos relativos àquilo que se denomina de *normalização do desvio* nas grandes corporações.[23] Cuida-se de uma difundida cultura corporativa que, por uma série de fatores – dentre eles, a compartimentalização da cadeia de produção em múltiplos setores –, incorpora o desvio, que passa a fazer parte do cotidiano coletivo, condicionando os seus integrantes a agir consoante o padrão internalizado. Segundo aquela Autora, como a cultura corporativa afeta o que seus integrantes percebem como "racional" em um determinado momento, não há, necessariamente, "falha individual" na tomada de decisão. Sendo assim, *erro*, *má conduta* e *desastre* são consequências somente adjetivadas como "negativas" em retrospecto, passando desapercebidas até então, em razão da cultura organizacional.[24]

Em síntese, depreende-se das teorias criminológicas – aqui resumidamente apresentadas –, que o contexto organizacional pode se tornar um ambiente criminógeno para os que nele trabalham. Conforme a célebre discussão entre "maças podres" e "barris podres" (*bad-apples vs. bad-barrels*), prevaleceria a ideia de que não existem pessoas necessariamente boas ou más, estando a "maldade" na moldura na qual elas estão inseridas. Importa dizer: presentes certos "impulsos", qualquer um de nós poderia praticar um delito organizacional.[25] Tudo isso reforça e justifica o sistema de compliance nas corporações, pois, se há fatores que nelas acarretam uma cultura criminógena, a melhor saída parece ser a adoção de uma cultura de integridade.

---

[22] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A criminologia empresarial..., cit., pp. 119-121.

[23] VAUGHAN, Diane. *Challenger Launch Decision. Risky, Technology, Culture, and Deviance at NASA.* Chicago: University of Chicago Press, 1996, *passim.*

[24] VAUGHAN, Diane. *The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster. In* Annual Review of Sociology. Vol. 25, 1999, p. 283.

[25] ZYGLIDOPOULOS, Stelio C.; FLEMING, Peter. *Organizational Self-Restraint. In* The Oxford Handbook of White-Collar Crime. VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael; CULLEN, Francis T. (Ed.). New York: Oxford University Press, 2016, pp. 463-466. Em sentido contrário: "En los últimos años, sin embargo, cada vez son más los investigadores que, trabajando desde disciplinas y puntos de vista completamente distintos, llegan a la conclusión de que nuestra imagen negativa del ser humano requiere una profunda revisión. (…) Defender la bondad del ser humano es enfrentarse a los poderosos del mundo, porque, para ellos, una imagen esperanzadora del hombre es una amenaza, algo subversivo y sedicioso. Aceptar esa idea implicaría que no somos seres egoístas que han de ser controlados, regulados y domesticados desde arriba, y que necesitamos otro tipo de líderes. Una empresa con trabajadores motivados intrínsecamente no necesita gerentes. Una democracia con ciudadanos comprometidos no necesita políticos. (BREGMAN, Rutger. *Dignos de ser humanos. Una nueva perspectiva histórica de la humanidad.* Barcelona: Anagrama, 2021, pp. 41-42).

3. Questões gerais de compliance na administração pública

Como visto, a Criminologia tem se dedicado a explicar os desvios no âmbito das instituições, tanto aquelas da iniciativa privada como as de natureza pública. Não obstante a homogeneidade etiológica, existiriam circunstâncias próprias do setor público que seriam distintas das companhias particulares. Neste sentido, Matheus de Alencar e Mariana Matos Casemiro apontam as seguintes particularidades: (1) ao contrário das empresas, que têm o lucro como objetivo principal, a finalidade do poder público é atender a determinada demanda de natureza pública; e (2) as transgressões de servidores públicos são ações ou omissões que, usualmente, têm finalidade pessoal, sendo, assim, contrárias ao interesse público.[26]

Por conta disso, aqueles Autores asseveram que elaborar o compliance para a administração pública exige compreender seus objetivos, possibilidades e limitações. Assim, é necessário avaliar os problemas de efetividade (*enforcement*) na busca dos objetivos traçados, visando criar estruturas que, de fato, sirvam para prevenir infrações no interior das instituições.[27] Como remanesce tormentosa a questão da efetividade do compliance no setor privado, transplantá-lo pura e simplesmente para o setor público poderia tão-somente "mudar o problema de lugar".[28]

Dessa feita, a primeira função do compliance público seria promover a medição do impacto positivo das estruturas de controle, com metodologia inspirada na análise de políticas públicas.[29] Em outras palavras, adotar uma *abordagem baseada em riscos*. Com efeito, a ênfase na análise de riscos é o passo inicial de qualquer programa de integridade privado ou público. Neste último, a perspectiva baseada em risco significa mensurar a capacidade de diminuir a

---

[26] ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. *Desafios de Integridade e Compliance na Administração Pública desde uma perspectiva baseada em evidências*. *In* Legitimidade e efetividade dos programas de compliance. Vol. IV. NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (Org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 221 e segs.

[27] *Idem*, pp. 223 e segs. Sobre a questão do *enforcement* do compliance: SOLTES, Eugene. *Compliance programs.* Entrevista para o CPJM. Disponível em http://www.cpjm.uerj.br/em-foco-entrevista-com-eugene-f-soltes/.

[28] ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. *Desafios de Integridade...*, cit., p. 221. Os Autores citam a experiência negativa havida no Estado do Rio de Janeiro, onde, a despeito da promulgação de uma lei exigindo compliance para a contratação com o ente estadual (Lei nº 7753/2017), bem assim a edição de um decreto instituindo o programa de compliance na respectiva administração pública direta e indireta, (Decreto nº 46.745/2019) – teoricamente com uma cobertura normativa de "ponta-a-ponta" em matéria de compliance –, não houve, concretamente, a efetividade de tais aportes, haja vista os notórios escândalos de corrupção nas contratações emergenciais para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, que culminaram, inclusive, com o impeachment do então Governador do Estado. (*Idem*, pp. 232-233).

[29] *Idem*, pp. 224-228.

probabilidade da ocorrência de desvios na máquina pública. Com esse propósito, a métrica da efetividade pode fazer com que sejam propostos aprimoramentos e alinhamentos entre os setores do ente estatal, promovendo-se, assim, a gestão estratégica do risco institucional.[30]

Como exposto por Alencar e Casemiro, ao conduzir essa articulação, o compliance estaria em condições de atuar estrategicamente. Esta posição especial permite-lhe enfeixar os assuntos de relevância para a prevenção de infrações e de promoção de boas condutas na instituição. Além da medição da efetividade dos controles e a articulação intersetorial, o programa de integridade funciona como elemento catalisador das propostas de aprimoramento de todos os setores, bem como da promoção de cultura ética na instituição. Dentro dessa última função, seria necessário refletir sobre o retorno que o compliance pode trazer para o poder público. No caso, está a se falar da otimização dos valores da administração pública, considerando que a ética pública não é – necessariamente – a mesma ética dos negócios.[31] Portanto, o compliance público serviria como um maior incentivo para a ética pública, eficiência e *accountability*. Tendo isso em mente, seria possível estipular quais os impactos esperados com a estruturação de um programa de conformidade no setor público e, igualmente, se eles foram ou não atingidos.[32]

Ainda com relação ao estímulo da cultura ética, é certo que ela exige a comunicação dos pontos importantes do programa e das questões valorativas. Isso se dá com a difusão do conhecimento, formação de pessoal, realização de treinamentos, palestras e cobrança de compromissos com a instituição, sempre partindo-se da alta esfera para os escalões inferiores da organização. Com essas providências, afasta-se não somente o desconhecimento, como, também, as compreensões equivocadas que acarretam *vieses cognitivos*.[33]

---

[30] Considera *gestão de risco* o processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos. (Cf. art. 2º, inc. II, do Decreto Federal n. 9.203/2017).

[31] Cf. "Por ótica diversa, é preciso submeter a administração pública aos ditames da ética para possibilitar o resgate da confiança do povo nas instituições públicas e, principalmente, pela possibilidade de irradiar o efeito de modo a coibir desvios éticos dentro da comunidade. Em uma sociedade na qual os governantes não pautarem suas ações por regras éticas, como será possível exigir dos administrados o cumprimento de regras que a própria administração insiste em não observar?" (BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 103).

[32] ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. *Desafios de Integridade...*, cit., pp. 224-228.

[33] Segundo Jesús-Maria Silva Sánchez e Íñigo Urbina Gimeno, *vieses cognitivos* são distorções que sofrem uma pessoa e que alteram a adequada percepção do significado daquilo que decide realizar. Dentre aqueles que podem afetar a tomada de decisão no interior de uma organização, arrolam-se: (1) o *viés de excesso de confiança*, que faz com que os agentes tendam a ter mais confiança do que deveria nas suas próprias capacidades (assim, um dirigente pode acreditar que é mais ético do que os seus concorrentes ou um auditor

Diante disso, o programa de integridade se apresenta como o centro de tomada de decisão, construção e propagação de valores fundamentais para o ente público. Dessa feita, ele trata de diversos temas, tais como conflitos de interesse, afastamento/isolamento de condutas personalistas ou voluntaristas em detrimento dos deveres institucionais, uso indevido da coisa pública, trato inadequado ou abusivo com servidores ou com o público externo etc.[34]

Sobretudo – e prosseguindo com as reflexões de Alencar e Casemiro –, a função mais inovadora do compliance público seria o fomento à *transparência efetiva*. Trata-se de um passo além da transparência passiva – que fornece informações requisitadas, na forma da lei – e da transparência ativa – que expõe as contas do poder público. A transparência efetiva é a que consegue levar ao cidadão interessado a informação mais relevante e qual o seu real significado, como, por ex., informações sobre o quanto se gasta e, também, sobre o porquê se gasta dessa ou daquela forma, bem como qual o retorno esperado com o gasto de dinheiro público. Desse modo, além de gerar valor positivo para os contribuintes, seria possível que este nível de transparência inibisse, dentre outras, as condutas relacionadas com o "esquecimento" da função pública, assim como os comportamentos fraudulentos e prejudiciais à coisa pública.[35]

Neste sentido, o art. 9º, da Lei n. 13.303/2016, ao dispor sobre o estatuto jurídico das "estatais", determina que, dentre a gestão de risco e controle interno, seja adotado um *Código de Conduta e Integridade*, contendo: (1) princípios, valores e missão da organização, com regras de prevenção de conflito de interesse e de vedação de atos de corrupção e fraude; (2) instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do código de integridade; (3) canal de denúncias que possibilite o recebimento de informações sobre possível descumprimento das normas de integridade, ética e obrigacional; (4) mecanismos de proteção ao informante

pode se achar mais idôneo e rigoroso do que seus colegas de trabalho); (2) o *viés de excesso de otimismo* , que ocorre na medida em que um agente atuar em um ambiente arriscado, mas representa as consequências das suas ações com a expectativa de êxito e não do fracasso (um dirigente de empresa pode adotar condutas muito perigosas nos negócios); (3) a *ilusão de controle*, que se dá quando um sujeito crê que pode controlar determinadas situações nas quais, na realidade, o azar ou outros fatores alheios a sua vontade desempenham um papel decisivo (segundo aqueles Autores, se trata de um viés relativamente comum para quem trabalha em condições rotineiramente perigosas); e (4) o *viés de confirmação*, que consiste na resistência a mudança de opinião, ou seja, uma vez que o agente forma uma determinada opinião, ele se torna altamente crítico à uma nova informação que contradiga sua crença; em paralelo, ele aceita acriticamente – e de forma rápida – toda informação congruente com a sua (no mundo corporativo, isso ocorreria frequentemente com os advogados internos que resistiriam a revisão de suas opiniões jurídicas). (SILVA SÁNCHEZ, Jésus-Maria; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Introducción al Derecho Penal Económico-Empresarial. In* Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial. SILVA SÁNCHEZ, Jésus-Maria (Org.). Barcelona: Atelier, 2020, pp. 33-34).

[34] ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. *Desafios de Integridade...*, cit., pp. 243-244.

[35] *Idem, ibidem.*

(*whistleblower*); e (5) previsão de treinamento periódico sobre o código, para empregados e administradores, e, para estes, sobre a política de gestão de risco.

Em resumo, com a implantação do *public compliance*, espera-se que os novos arranjos normativos tenham a aptidão para aprimorar as nossas administrações públicas. Se, na iniciativa privada, a tônica do compliance é buscar a efetividade para prevenir ou, em havendo um ilícito corporativo, atenuar ou isentar a empresa do sancionamento estatal – *stick and carrot approach*[36] –, nas entidades públicas – onde prevalece o axioma do *societas delinquere non potest*[37] –, a sua ênfase é de buscar a efetividade para prevenir desvios, reforçando valores da ética pública e da boa governança, e para melhor atender ao interesse público da prestação de serviços de qualidade à coletividade.

4. O compliance no âmbito das instituições brasileiras de justiça

Em janeiro de 2022 foi publicada a Resolução nº 757/2021, instituindo o *Programa de Integridade no Supremo Tribunal Federal* (STF).[38] Segundo o referido estatuto, com a adoção do compliance, objetiva-se implementar um conjunto de medidas e ações institucionais sistematizadas voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de irregularidades administrativas, condutas ilícitas e desvios éticos, permitindo que vários instrumentos de gestão e controle passassem a ser vistos em conjunto, com abordagem e utilização sistêmicas.

Dentre os "Considerandos" dessa Resolução, destaca-se o alinhamento da Corte Suprema para com as recomendações internacionais acerca das estratégias de compliance no setor público. Isso importa na superação do foco das práticas isoladas de controle em prol da adoção de uma abordagem contextual e baseada em risco. Ademais, enfatiza-se que a integridade é essencial para a governança, salvaguardando o interesse público sobre o interesse

[36] Cf. "Isso quer dizer, a estratégia da imposição da sanção penal para as organizações empresariais, com o objetivo de incentivá-las a estabelecer mecanismos de compliance que, se eficazes, permitem o sancionamento mais brando, podendo chegar até mesmo a completa isenção da pena, como se verifica em alguns modelos legislativos. Esta orientação compreende as medidas pelas quais as empresas objetivam assegurar que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e seus integrantes, bem como que eventuais infrações sejam descobertas e noticiadas, com a punição de seus autores." (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, cit., p. 69).

[37] Cf. "O fundamento mais importante que sustenta a impossibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica de direito público denuncia o contrassenso de admitir a possibilidade de o Estado poder punir a si mesmo. Tal possibilidade de responsabilização estabelece o paradoxo de que o Estado que aplica a punição é o mesmo 'Estado Criminoso'." (GALVÃO, Fernando. *Teoria do crime da pessoa jurídica.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, pp. 62-63).

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução STF n. 757, de 15 de dezembro de 2021*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao757-2021.pdf.

privado, de forma a contribuir para a entrega de valor de forma eficiente, com uma maior confiabilidade da sociedade nas instituições estatais. Faz-se menção ao alinhamento do programa de integridade para com o *Sistema de Governança* do STF, instituído pela Resolução nº 755/2021, que estabeleceu a promoção de comportamentos éticos e íntegros por parte das autoridades e servidores daquele Tribunal como uma das práticas do mecanismo de governança. Faz-se, ainda, referência aos riscos de ilícitos que podem existir nas interações entre o setor público e o setor privado nas várias etapas do processo decisório, especialmente em projetos de larga escala, que seriam particularmente vulneráveis à corrupção e à má gestão pública. Por fim, alude-se, justamente, ao *Programa* e ao *Plano de Integridade* como evidências firmes do comprometimento da liderança com valores e condutas relacionadas à integridade, promovendo a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de irregularidades administrativas, condutas ilícitas e desvios éticos.[39]

A propósito do *Plano de Integridade*, a Resolução nº 757 esclarece que ele é o documento que organiza as medidas a serem adotadas em determinado período pelo STF. Pode-se, dessa forma, afirmar que, enquanto o programa de compliance é a "espinha dorsal", o seu plano é a "ferramenta de trabalho", com os objetivos a serem atingidos em um determinado prazo, sendo revisto e reavaliado ao término do período estabelecido para a sua duração. Demais disso, a mencionada Resolução assinala que as diversas normas relativas aos processos e funções de integridade, emanadas no âmbito do STF, são consideradas parte integrante do sistema de compliance. Dessa forma, promove-se o alinhamento desse mecanismo com as normas e estruturas já existentes, o que evidencia a desnecessidade do programa "partir do zero", visto que boa parte das funções esperadas já estavam sendo desempenhadas por setores preexistentes daquela instituição. O que faltava, de fato, era que os vários instrumentos de gestão e controle passassem a ser vistos em conjunto, com abordagem e utilização holística. Conforme consta do citado plano, "instituir um programa de integridade não significa tratar um assunto novo, mas servir-se de temas já conhecidos pela organização de forma sistematizada, orgânica e integrada."[40]

Outro ponto importante da Resolução nº 757 foi a criação do *Comitê de Gestão da Integridade*. Cuida-se do órgão de apoio à governança e responsável pela implementação tanto do programa como do plano de compliance no STF, integrado por servidores de alto escalão da

[39] *Idem, ibidem.*
[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plano de integridade 2021-2022*. Brasília: STF, 2021, p. 6.

sua estrutura administrativa. Dentre as tarefas desse Comitê, destacam-se as seguintes: (1) coordenar a estruturação, a execução e o monitoramento do programa de integridade; (2) avaliar, propor, revisar e acompanhar as medidas de integridade previstas no plano de integridade do STF; (3) sugerir à alta administração do órgão a edição ou alteração de normas e orientações que disponham, parcial ou integralmente, sobre os processos e funções de integridade; (4) orientar os servidores com relação aos processos e funções da integridade sem prejuízo das competências específicas das unidades daquele tribunal; e (5) propor ações de treinamento dos servidores com relação aos temas atinentes ao programa de integridade.[41]

Não somente o STF, mas outras instituições do nosso sistema de justiça também estão implementando programas de compliance. Nesse sentido, citem-se a Resolução nº 410/2021, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),[42] e a Portaria nº 120/2019, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).[43]

Com relação a esta última, da leitura dos seus "Considerandos", a adoção do compliance decorre: (1) do fato do Brasil ser signatário de convenções internacionais de prevenção e combate à corrupção, tais como as Convenções da OEA, da OCDE e da ONU; (2) dos cenários internacional e nacional com vistas ao alcance de uma cultura da integridade no Brasil, especialmente nas relações de trato dos recursos públicos; (3) da presença do CNMP na priorização dos estudos para desenvolvimento e implementação de um programa de integridade específico que, inclusive, possa servir de base para ser replicado pelas unidades e ramos do Ministério Público brasileiro; (4) do fato de que não se trata da criação de um instrumento gerencial novo, mas sim da identificação, evidenciação e sistematização das estruturas de gestão já existentes no âmbito interno do referido Conselho, com vistas ao constante aperfeiçoamento de uma gestão transparente, proba e que se reflita em condutas íntegras por parte dos membros, servidores e colaboradores; (5) da existência de outras estruturas e ferramentas de integridade, como o Modelo de Governança e Gestão Integrada da Estratégia; as Políticas de Gestão de Riscos e de Segurança Institucional; o Código de Ética; a Comissão de Ética; a Ouvidoria Nacional do Ministério Público; a Auditoria Interna e as instâncias de controle interno, dentre

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução STF n. 757*..., cit., p. 2.
[42] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n. 410. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original140013202108256126 4ceda90b7.pdf.
[43] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Portaria CNMP-PRESI n. 120. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Portarias_Presidencia_nova_versao/2019/2019.Portaria-CNMP-PRESI.120.2019---Institui-o-Programa-de-Integridade-do-Conselho-Nacional-do-Ministrio-Pblico.pdf.

outros; (6) da convergência da temática da integridade com o planejamento estratégico do CNMP, dada a missão de aprimorar o Ministério Público brasileiro, tendo como valores a ética e transparência; (7) da existência anterior de um projeto de Integridade no rol dos projetos estratégicos e grupo de trabalho destinado a esta finalidade, demonstrando o comprometimento institucional com a iniciativa já há algum tempo; (8) da importância de uma gestão participativa que, em busca de um ambiente eticamente saudável, estimule a construção coletiva de ferramentas de aperfeiçoamento e transformação social, tendo não apenas as ações de responsabilidade social, mas, também, as de solidariedade como fomento aos objetivos do Estado Democrático de Direito, na forma do art. 3º da Constituição Federal; e (9) do alinhamento do CNMP aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.[44]

Sobre a morfologia do compliance no CNMP, ele se encontra dividido em três eixos fundamentais: (1) Gestão e Governança; (2) Ética, Controle e Transparência; e (3) Cidadania e Integração. No primeiro, destacam-se as ações de identificação, sistematização e fortalecimento dos agentes e das ferramentas de integridade da estrutura do Conselho; apoio da alta administração (princípio do *tone from the top*)[45], envolvendo todo o corpo funcional da instituição com o objetivo de manter um adequado ambiente interno de integridade; disseminação e promoção da aderência a normativos, conceitos e práticas relativas à gestão da ética, gestão dos riscos, aos princípios e boas práticas de controle interno; construção de um sistema de integridade pública que defina, apoie, controle e aplique a integridade, integrando-o ao Modelo de Governança e Gestão Integrada da Estratégia do CNMP; e, por fim, atualização dos quadros normativo e institucional vigentes, permitindo-se o gerenciamento efetivo do compliance nas atividades organizacionais, bem como dos membros, servidores e colaboradores que desempenhem tais atividades.[46]

---

[44] *Idem, ibidem*.

[45] Cf. "Na alta administração, os diretores estabelecem, através das suas palavras e ações, o tom ético para a organização. Todos os demais integrantes da corporação procuram se orientar por quem está no topo. Quer assumam ativamente ou não essa responsabilidade, os dirigentes servem como modelos de ética. A literatura organizacional documenta a importância do papel dos executivos seniores e dos membros do conselho superior em influenciar o comportamento ético dos funcionários de nível inferior. Por exemplo, grandes organizações há muito enfatizam a máxima do 'exemplo vem de cima' [*tone at the top*] como um meio de garantir que seus membros ajam com ética e profissionalismo." (SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. *Tone at the Top: An Ethics Code for Directors? In* Journal of Business Ethics. N. 58, 2005, p. 87).

[46] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Portaria CNMP-PRESI n. 120..., cit.

Relativamente ao segundo eixo (Ética, Controle e Transparência), destacam-se as ações de incentivo ao uso adequado dos canais de comunicação internos (p. ex., *Zoom, WhatsApp, Telegram* ou a *Intranet*); ações de prevalência do interesse público e de adesão aos valores do serviço público, convergindo, assim, para a criação de uma cultura de promoção da aprendizagem organizacional e de encorajamento da boa governança; e ações de estabelecimento de procedimentos claros e proporcionais para ajudar a prevenir violações dos padrões de integridade pública e gerir conflitos de interesse reais ou potenciais.[47]

O terceiro pilar do programa de compliance, denominado de Cidadania e Integração, engloba ações de promoção da integração e colaboração entre os agentes de integridade e as demais unidades organizacionais da instituição; ações de construção de um ambiente eticamente saudável, com estímulo ao comportamento ético e íntegro do pessoal, por meio de fomento a projetos de voluntariado, orientações, palestras, vídeos e capacitações; e ações de sensibilização e capacitação contínua de todos os colaboradores que atuam nas unidades organizacionais do CNMP em relação aos mecanismos de integridade.[48]

Releva salientar que, diferentemente do STF, a revisão, desenvolvimento, implementação e monitoramento do programa e do plano de compliance está a cargo não de um comitê gestor, mas, sim, das próprias instâncias e aos agentes de integridade (art. 4º, da Portaria CNMP nº 120/2019). Cuida-se, pois, de *tarefa descentralizada* na esfera do Conselho Nacional do Ministério Público. De toda sorte, evidencia-se que a regulação do compliance no CNMP procura atender às necessidades de promoção da abordagem baseada em riscos para a gestão da entidade. Além disso, objetiva integrar o compliance com os outros setores de defesa institucional, não descurando do compromisso com a ética institucional, criação de cultura de cumprimento normativo, priorização do interesse público sobre o interesse individual e de adesão aos valores do serviço público nas rotinas de trabalho.

5. O compliance aplicado ao Ministério Público

De posse das informações coligidas nos itens anteriores, passa-se a discorrer sobre o compliance no Ministério Público.

Sobre o tema, Matheus de Alencar e Cláudia Türner tratam dos programas de integridade tanto para a *atividade-fim* como para a *atividade-meio* da Instituição. Partindo-se

[47] *Idem, ibidem.*
[48] *Idem, ibidem.*

da citada abordagem baseada em riscos, tem-se que o compliance, fundado em uma lógica de prevenção de desvios éticos e legais, deve ser construído sobre o mapeamento dos riscos na atuação da unidade do Ministério Público, sejam aqueles riscos de natureza interna ou decorrentes das relações mantidas com o público externo.[49]

Dessa maneira, por intermédio dos riscos identificados, elabora-se um processo de análise e classificação, conforme a probabilidade de sua ocorrência e o impacto negativo estimado, caso se materialize. Assim, medidas devem ser tomadas sobre os riscos evitáveis, controláveis ou aceitáveis, dentro de uma ordem hierárquico-valorativa. Esta orientação da prevenção de infrações decorrentes dos riscos é um ponto em comum do compliance para as atividades meio e fim do Ministério Público. Para a primeira, a adoção do compliance significa reorientá-la ao controle de riscos normativos. Para a segunda, a identificação dos riscos permite controlar condutas disformes dos membros no curso dos atos de ofício, bem como o comportamento ilegal dos agentes privados que venham a ser fiscalizados pelo próprio *Parquet*, como, por ex., uma atitude indevida do particular por ocasião da execução de um termo de ajustamento de conduta.

Paralelamente à abordagem baseada em riscos, acrescentam-se as seguintes funcionalidades do compliance ministerial: (1) fomento da cultura ética, a partir de uma perspectiva de nível estratégico; (2) incentivo às boas práticas na instituição, servindo de suporte na esfera dos controles de riscos; (3) identificação de fatos ocultos relacionados com corrupção, tráfico de influência, advocacia administrativa, captura regulatória, dentre outros; e (4) proteção da privacidade dos dados pessoais dos cidadãos aos quais o Ministério Público tem acesso, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).[50]

Nestes termos, o programa de integridade se encarrega de promover o treinamento dos integrantes do Ministério Público acerca de questões como: (1) resolução de conflitos de interesse; (2) evitação de condutas personalistas violadoras dos deveres institucionais; (3) trato urbano entre colegas e servidores, bem assim com o público externo; (4) prevenção do assédio moral, do assédio sexual e da perseguição insistente (*stalking*), (5) evitação de

[49] ALENCAR, Matheus de; DUARTE, Cláudia Türner Pereira. *Trajetória de compliance no Brasil e sua importância para o Ministério Público brasileiro*, p. 23. 2022 (no prelo).
[50] *Idem*, p. 24.

"corporativismos", como não relatar atitudes inadequadas ou ilícitas de "colegas",[51] além de outros potenciais desvios ou faltas funcionais.

Releva salientar que, no Ministério Público, o compliance precisa encontrar seu *éthos* sem entrar em atrito ou causar redundância com as estruturas já existentes, como as ouvidorias, corregedorias, procedimentos administrativos, sistemas de contratações e controles internos (auditorias).[52] Dessa forma, o compliance ministerial precisa ser capaz de coordenar a difusão de cultura ética de forma comprovadamente efetiva. Isso pressupõe o dever de fomentar um código de ética, tanto para a atividade-meio quanto para a atividade-fim, consoante os valores institucionais, gerando retorno positivo para a Sociedade, destinatária, ao fim e ao cabo, das ações do *Parquet.*

Não se ignora a existência de uma questão sensível que, com certa frequência, gera controvérsias no âmbito do Ministério Público. Há, de um lado, um grande apego dos membros ao *princípio da independência funcional*, o que reclama autonomia para o bom desempenho de suas atividades profissionais. De outro, os órgãos de coordenação procuram dar ênfase ao *princípio da unidade*, o que impõe aos integrantes uma postura condizente com valores e temas estratégicos à instituição como um todo. Para situações nas quais os conflitos decorrentes do choque entre esses dois princípios causem prejuízos ao Ministério Público – inclusive de natureza reputacional, como verificado em casos rumorosos que ganharam destaque na imprensa –, em vez de submetê-las diretamente à corregedoria da instituição, expondo os envolvidos a constrangimentos de diversas ordens, talvez viesse a ser mais adequado debatê-las no âmbito do programa de compliance. Isso porque, como visto acima, este seria o *locus* destinado à prevenção e identificação de possíveis condutas antiéticas.[53]

---

[51] Segundo Melissa Rorie e Benjamin van Rooij, certas atitudes de *noncompliance* podem estar relacionadas com o "compadrio" nas organizações. Reportando-se a um estudo empírico (entrevistas) com alunos da *US Naval Academy*, eles assinalam que, no geral, os participantes argumentaram que pequenas formas de má conduta (por exemplo, "mentiras" ou "colas" nas provas) eram parte integrante da "vida" da Academia, motivo pelo qual delatar seus colegas à administração seria bastante raro. Os entrevistados disseram que eram muito mais propensos a alertar e a criticar informalmente seus pares, para que parassem com as más condutas; eles se valiam das técnicas de neutralização (especialmente o apelo a lealdades superiores) para proteger seus "amigos", justificando assim a não-adoção de medidas formais junto aos canais de denúncias. (RORIE, Melissa; ROOIJ, Benjamin van. *Admitting noncompliance: Interview strategies for assessing undetected legal deviance. In* Legal Studies Research Paper Series. N. 30. School of Law. University of California, 2021, pp, 3-4).

[52] ALENCAR, Matheus de; DUARTE, Cláudia Türner Pereira. *Trajetória de compliance no Brasil e sua importância...*, cit., pp. 23-24.

[53] *Idem*, pp. 13-14.

Por último, deve-se ponderar que o compliance no Ministério Público é mais um instrumento de gestão, o que importa – por óbvio – em custos adicionais. Isso acarreta a necessidade de se verificar a disponibilidade orçamentária. Tendo isso em conta, fica o alerta para a necessidade de sopesar as dificuldades de estruturação do programa de compliance em razão do aporte de recursos necessários, bem como a existência de pessoal qualificado para elaborar e gerir o programa e seu respectivo plano.

6. A elaboração do compliance ministerial

Conforme exposto no presente ensaio, tem-se como válida a assertiva no sentido de que, também para o Ministério Público, faz-se necessária a adoção das estratégias de compliance. Nesse sentido, ao lado do mencionado Programa de Integridade do CNMP, outras unidades e ramos do *Parquet* brasileiro têm instituído semelhante normativa, como, *v.g.*, o Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO)[54] e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP-SC),[55] além de outros.[56]

De acordo com a leitura desses documentos, verifica-se que o compliance para o Ministério Público deve – ao menos – prever os seguintes tópicos: (1) "Considerandos" do ato normativo; (2) a oficialização do programa; (3) a definição das categorias básicas da matéria; (4) as diretrizes e os objetivos a alcançar, com as respectivas etapas; (5) o âmbito de atuação; (6) o plano de integridade; e (7) o comitê ou órgão encarregado da elaboração, implantação e revisão do programa e do plano.

Com relação aos "Considerandos", convém fazer referência à regulação do CNMP – analisada no item 3, supra –, em especial pela menção aos documentos supranacionais destinados à prevenção e ao combate da corrupção, bem assim aos cenários internacional e nacional relativos à construção de uma *cultura de integridade*. Demais disso, vale referir às práticas gerenciais referenciadas em modelos como ISO 31000:2018 (gestão de riscos), ISO 37001:2017 (gestão antissuborno), ISO 19600:2014 (gestão de compliance), ISO 19011:2011

[54] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIAS. Ato PGJ n. 56, de 22/10/2020. Disponível em http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/10/23/11_07_48_998_Ato56_2020_compliance.pdf.

[55] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Ato PGJ n. 298, de 18/08/2020. Disponível em https://mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2892.

[56] Nesse sentido, o Programa de Integridade e Compliance do Ministério Público de Contas do Estado de Santa Catarina (Portaria MPC n. 62, de 11/12/2020). No MP-RJ foi instituído o Comitê de Integridade, com atribuição para a estruturação, a execução e o monitoramento do Programa de Integridade (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução GPGJ n. 2418, de 17/05/2021. disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/resoluo_comit_de_integridade.pdf).

(diretrizes para auditoria de sistemas de gestão) e Controle Interno - Estrutura Integrada (Comitê de Organizações Patrocinadoras da Comissão *Treadway* - COSO), como consta do Programa de Compliance do MP-GO.[57]

Por sua vez, a oficialização do programa deve constar do art. 1º da regulamentação. Por outro lado – em que pese não ser mandatório –, considera-se relevante que a normatização também apresente as definições ou conceitos básicos dos institutos que integram o sistema de compliance, no escopo do amplo conhecimento do assunto por parte dos integrantes da corporação, bem assim do público externo.[58]

Como inscrito no Programa de Compliance do MP-GO, as *diretrizes* dizem respeito ao alinhamento com o planejamento estratégico da entidade, promoção e disseminação dos valores institucionais, valorização dos instrumentos de controle, da transparência pública e da avaliação de riscos, bem como a disseminação da cultura de compliance, não se olvidando de evitar a sobreposição de instâncias, tendo em vista a necessidade de racionalização dos custos. Os *objetivos* devem guardar pertinência com o cumprimento dos postulados éticos e das normas de conduta do *Parquet*, com o aprimoramento das estruturas de governança, com o fomento à inovação e às boas práticas de gestão pública, com a disseminação dos valores de integridade e de probidade dos integrantes da instituição, com a sistematização das práticas de gestão de risco e controle interno, com o fortalecimento dos mecanismos de comunicação, monitoramento e auditoria, com a adoção de medidas de prevenção e, quando necessário, de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, bem como agentes públicos que não mantiverem conduta ética e em conformidade com legislações.[59]

O *âmbito de atuação* do compliance ministerial deve estar alinhado aos três eixos fundamentais – e as respectivas ações – expostos no Programa do CNMP. Como visto, cuidam-se dos pilares da (1) gestão e governança, (2) ética, controle e transparência, e (3) cidadania e integração. O documento publicado pelo MP-GO contempla, ainda, o eixo da *responsabilização*, composto de ações de funcionamento e aprimoramento dos mecanismos

[57] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIAS. Ato PGJ n. 56..., cit.
[58] Nesse sentido, o art. 2º do Decreto Federal n. 10.756/2021, que instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (Sipef). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10756.htm.
[59] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIAS. Ato PGJ n. 56..., cit.

disciplinares e de responsabilização nas esferas administrativa e civil, elaboração da matriz de responsabilidade e articulação das atividades correcionais com o ambiente de compliance.[60]

No que respeita ao *plano de integridade*, vale acrescentar que ele se constitui no documento aprovado pela alta administração que organiza as medidas a serem adotadas em um determinado período, contendo, nos termos preconizado pela Controladoria-Geral da União, o seguinte conteúdo: (1) caracterização do órgão ou entidade; (2) ações de estabelecimento das unidades que tratam das funções ou processos relativos à integridade; (3) medidas para o tratamento da integridade; (4) levantamento de riscos para a integridade e medidas para o seu tratamento; e (5) previsão sobre a forma de monitoramento e a realização de atualização periódica do plano de integridade.[61]

Por último – e apesar de não haver previsão no Programa do CNMP[62] –, tem-se como recomendável que a normatização da matéria também contenha a constituição de um *comitê* ou *conselho permanente*, com a função de desenvolver, implementar, monitorar e revisar o programa e o plano de compliance. Conforme consta do Comitê de Integridade do MP-RJ, esse colegiado deve estar diretamente subordinado ao gabinete do Procurador-Geral ou Procurador-Chefe da unidade, reunindo-se com uma determinada frequência ordinária – salvo necessidade de reunião extraordinária de tratamento de assunto urgente –, sendo a convocação de iniciativa do seu Coordenador.[63] Dentre as funções a serem desempenhada por esse comitê, está a de elaborar o Código de Ética da instituição, caso ele ainda não exista.

Em breves palavras, há aspectos fundamentais que devem constar nas normatizações dos programas e dos planos de compliance; e isso precisa estar no "radar" dos encarregados da construção desses documentos nas unidades do Ministério Público brasileiro. Por fim, convém ressalvar que podem existir especificações a serem observadas e implementadas, consoante as áreas de atuação dos diversos ramos do *Parquet* brasileiro.

---

[60] *Idem, ibidem.*

[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plano de integridade...*, cit., p. 7. Sobre o assunto, vide o art. 7º, e seus incisos, do Programa de Integridade e Compliance do MP-SC.

[62] Cf. o art. 4º, da Portaria CNMP n. 120/2019, a revisão, desenvolvimento, implementação e monitoramento do Programa de Integridade caberão às *instâncias* e aos *agentes de integridade*.

[63] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução GPGJ n. 2418..., cit.

7. Conclusão

Conforme se pode observar da presente exposição, os programas de compliance têm por fundamento a superação de uma cultura organizacional criminógena através da adoção de uma cultura de conformidade a valores éticos e de boa governança, além da prevenção dos riscos decorrentes das atividades corporativas. É certo que esse movimento político-criminal de âmbito internacional também se faz presente nas entidades públicas (*public compliance*), em especial para fazer frente ao fenômeno da corrupção e da malversação da coisa pública.

No caso do Ministério Público, o presente texto procurou demonstrar o significativo interesse institucional de também aderir às estratégias de compliance, com o claro propósito de aprimorar suas atividades nas áreas meio e fim, de sorte a cumprir, da maneira mais eficiente e transparente possível, as relevantes missões constitucionais que lhe foram atribuídas. Essa assertiva pode ser comprovada pelos programas e planos de integridade que estão sendo normatizados nas diversas unidades do *Parquet*, bem como pelas comissões de estudo em andamento com o mesmo desiderato.

Sendo assim, a mensagem final que se quer deixar é a de reforçar o caminho incontornável da *era compliance* para as complexas sociedades e as organizações da atualidade, levando-se em consideração seus méritos, que, seguramente, superam, em muito, seus eventuais déficits de efetividade. O compliance, mais que a realidade de hoje, é a garantia de um futuro mais ético e íntegro.

8. Bibliografia

AKERS, Ronald L. Social Learning and Social Structure: A General Theory of Crime and Deviance. Boston: Northeastern Press, 1998.

ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. Desafios de Integridade e Compliance na Administração Pública desde uma perspectiva baseada em evidências. In Legitimidade e efetividade dos programas de compliance. Vol. IV. NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ALENCAR, Matheus de; DUARTE, Cláudia Türner Pereira. Trajetória de compliance no Brasil e sua importância para o Ministério Público brasileiro. 2022 (no prelo).

BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e compliance. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. The Journal of Political Economy. N. 76.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. In The Journal of Political Economy. Vol 101. N. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n. 410. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original140013202108256126 4ceda90b7.pdf.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Portaria CNMP-PRESI n. 120. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Portarias_Presidencia_nova_versao/2019/2019.Portaria-CNMP-PRESI.120.2019---Institui-o-Programa-de-Integridade-do-Conselho-Nacional-do-Ministrio-Pblico.pdf.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria n. 1.089/2018. Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União: Brasília, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plano de integridade 2021-2022. Brasília: STF, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução STF n. 755. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao755-2021.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução STF n. 757, de 15 de dezembro de 2021. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao757-2021.pdf.

BREGMAN, Rutger. Dignos de ser humanos. Una nueva perspectiva histórica de la humanidad. Barcelona: Anagrama, 2021.

COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. In American Sociological Review. Vol. 44, 1979.

GALVÃO, Fernando. Teoria do crime da pessoa jurídica. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GASPAR, Malu. A Organização. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MANDENSEN, Tamara D. Opportunities for White-Collar Crime. In The Oxford Handbook of White-Collar Crime. Van Slyke, Shanna; Benson, Michael L.; Cullen, Francis T. (Org.). New York: Oxford University Press, 2016.

MERTON, Robert K. Social Structure and Anomie. In American Sociological Review. Vol. 3. N. 5, 1938.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIAS. Ato PGJ n. 56, de 22/10/2020. Disponível em http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/10/23/11_07_48_998_Ato56_2020_compliance.pdf.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Ato PGJ n. 298, de 18/08/2020. Disponível em https://mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2892.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução GPGJ n. 2418, de 17/05/2021. disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/resoluo_comit_de_integridade.pdf).

NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: una visión panorámica. In RCPJ, Vol. 01, N. 03, 2022. Disponível em https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/58/75).

NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. In Manual de cumplimiento penal en la empresa. ____ (Org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

PASSAS, Nikos. Anomie and corporate deviance. In Contemporany Crises. N. 14, 1990.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Public compliance e prevenção da corrupção. In RCPJ, Vol. 01, N. 03, 2022. Disponível em https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/60/77).

RORIE, Melissa; ROOIJ, Benjamin van. Admitting noncompliance: Interview strategies for assessing undetected legal deviance. In Legal Studies Research Paper Series. N. 30. School of Law. University of California, 2021.

ROYER, Guillaume. L'efficience em droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit. Paris: LGDJ, 2009.

SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. Tone at the Top: An Ethics Code for Directors? In Journal of Business Ethics. N. 58, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-Maria; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Introducción al Derecho Penal Económico-Empresarial. In Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial. SILVA SÁNCHEZ, Jésus-Maria (Org.). Barcelona: Atelier, 2020.

SIMPSON, Sally S.; BENSON, Michael L. Understanding White-Collar Crime. An Opportunity perspective. 2nd Ed. New York: Routledge, 2015.

SOLTES, Eugene. Compliance programs. Entrevista para o CPJM. Disponível em http://www.cpjm.uerj.br/em-foco-entrevista-com-eugene-f-soltes/.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A Criminologia Empresarial: Why good people do dirty work. In Criminalidade Econômica e Empresarial: Estudos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros. PANOEIRO, José Maria et al. (Org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. Principles of criminology. 11th New York: General Hall, 1992.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency. In American Sociological Review. Vol. 22, n. 6, 1957.

VAUGHAN, Diane. Challenger Launch Decision. Risky, Technology, Culture, and Deviance at NASA. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

VAUGHAN, Diane. The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster. In Annual Review of Sociology. Vol. 25, 1999.

ZYGLIDOPOULOS, Stelio C.; FLEMING, Peter. Organizational Self-Restraint. In The Oxford Handbook of White-Collar Crime. VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael; CULLEN, Francis T. (Ed.). New York: Oxford University Press, 2016.

Do crime de evasão de divisas: apontamentos sob a perspectiva do funcionalismo-teleológico e da teoria pessoal de bem jurídico

The currency evasion crime notes from the perspective of the functionalist-teleogical theory and the personal theory of legal interest

Débora Santos Tavares[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: À época da edição da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, há mais de trinta anos, o cenário jurídico e econômico e a política cambial do País eram absolutamente distintos do atual. Nesse contexto, o objeto deste trabalho consiste em examinar a conformidade constitucional do tipo incriminador da conduta de evasão de divisas, previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/1986. À luz da teoria funcionalista-teleológica de Roxin e da concepção pessoal de bem jurídico de Hassemer, pretende-se investigar se os interesses tutelados pela norma supracitada devem ser considerados bens jurídico-penais, segundo as opções de política criminal depreendidas da Constituição.

Palavras-chave: Evasão de divisas, bem jurídico, teoria pessoal, funcionalismo-teleológico.

Abstract: At the time of the creation of the Law on Crimes Against the National Financial System, more than thirty years ago, the legal and economic scenario and the country's exchange rate policy were absolutely different from the current one. In this context, the object of this work is to examine the constitutional conformity of the incriminating type of conduct of foreign exchange evasion, provided for in art. 22 of Law 7.492/1986. In the light of Roxin's functionalist-teleological theory and Hassemer's personal conception of legal interest, it is intended to investigate whether the interests protected by the aforementioned criminal norm should be considered legal interests subject to criminal protection, according to the criminal policy options deduced from the Constitution.

[1] Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Keywords: Foreign exchange, legal interests, personal theory, teleological-functionalism.

1. Introdução

A partir da segunda metade do século XX, alguns instrumentos normativos foram criados no Brasil para tratar dos delitos econômicos, como a Lei de Crimes Contra a Economia Popular (Lei nº 1.521/1951), e a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986). A segunda tipifica condutas ligadas à captação, gestão e aplicação ilícitas de recursos por instituições financeiras, bem como as operações ilícitas com valores mobiliários[1].

A Lei nº 7.492/1986 foi editada há trinta e cinco anos, em um cenário jurídico, político e econômico absolutamente distinto do atual, além de ser anterior à promulgação da Constituição, que tratou especificamente da tutela da ordem econômica e financeira e do Sistema Financeiro Nacional (arts. 170 a 192, CF).

Esse contexto anacrônico é especialmente notado no âmbito do tipo penal de evasão de divisas, que estabelece a pena de dois a seis anos de reclusão e multa para quem promove a saída de divisas (ou moedas estrangeiras e títulos ou ativos financeiros conversíveis em moeda estrangeira) do País para o exterior em desconformidade com as normas cambiais nacionais (art. 22 da Lei nº 7.492/1986).

Em primeiro lugar, a política cambial brasileira passou por diversas alterações relevantes desde a edição da Lei nº 7.492/1986: se até a década de 80 havia um rigoroso controle sobre a forma e as modalidades das operações de câmbio, e uma forte política de restrição à saída e entrada de capital no País, fruto das sucessivas crises cambiais e da alta dependência do capital externo, a partir dos anos 90 observou-se a gradual abertura da economia brasileira ao capital estrangeiro e a flexibilização das regras sobre transações internacionais[2].

[1] CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021, p. 389/390.
[2] SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Revista opinião jurídica, n. 8, 2006.2, p. 12.

Além disso, com o avanço da globalização, o compartilhamento de ativos entre fronteiras tornou-se cada vez mais rápido e fácil. As operações cambiárias, por exemplo, são escriturais ou contábeis. Via de regra, não ocorre sequer a transferência física desses valores[3].

O crime de evasão de divisas abrange três formas típicas: (i) efetuar operação de câmbio clandestina ou não autorizada, com o fim de enviar divisas ao exterior (art. 22, *caput*, da Lei nº 7.492/1986); (ii) promover a saída de moeda ou divisas para o exterior sem autorização legal (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/1986); e (iii) manter depósito no exterior sem declaração à repartição federal competente (art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei nº 7.492/1986).

O tipo incriminador deve ser complementado pelas normativas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central (BACEN) que disciplinam as operações de câmbio, nos termos da Lei nº 4.595/1964, tais como a Resolução nº 3.568/2008 e a Circular nº 3.280/2005 do BACEN e as Resoluções nº 4.841/2020 e nº 4.844/2020 do CMN.

Conforme dispõe o art. 65 da Lei nº 9.069/1995, o câmbio manual portado para a saída de moeda nacional ou estrangeira do País que totalize montante superior a R$ 10.000,00 deve ser realizado exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, regulamentado pelo Banco Central por meio da Circular nº 3.280/2005 – ou Regulamento do Mercado de Cambio de Capitais Internacionais (RMCCI).

Já as operações cambiais que envolvam valores em espécie superiores ao limite supracitado devem ser acompanhadas de Declaração de Porte de Valores (DPV) entregue quando da entrada ou saída no País, nos termos da Resolução nº 2.524/98 do Conselho Monetário Nacional.

No âmbito do sistema interbancário, a Resolução nº 4.844/2020 do CMN dispensou o registro de movimentações financeiras em contas bancárias de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior inferiores a R$ 100.000,00. Por sua vez, a Resolução nº 4.841/2020 do mesmo órgão definiu em U$ 1.000.000,00 o valor a partir do qual pessoas físicas e jurídicas estão obrigadas a fazer a declaração anual de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE).

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 271.

Ocorre que, passadas mais de três décadas da sua edição, a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional permanece vigente praticamente sem reformas, mesmo com a promessa de criação de outra legislação aperfeiçoada sobre o tema[4].

Além disso, diversos dispositivos da Lei nº 7.492/1986 têm sofrido críticas severas da doutrina por expressarem sintomas do fenômeno de administrativização do Direito Penal[5], em violação aos princípios constitucionais penais da intervenção mínima e da subsidiariedade.

Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 586/2020, de autoria do Senador Eduardo Cury, sugere alterações relevantes no referido diploma legal.

A proposição, que tem como base o anteprojeto de reforma da Lei de Crimes Financeiros elaborado por Eduardo Salomão Neto, Heloisa Estellita, Marcelo Costenaro Cavali, Pierpaolo Cruz Bottini e Rodrigo De Grandis, e que contou com o apoio do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Penal Econômico (GEPDPE) da Escola de Direito de São Paulo da FGV, sugere a supressão do art. 22 da Lei nº 7.492/1986, com a consequente descriminalização da conduta de evasão de divisas[6].

Revela-se oportuno, portanto, o exame da conformidade constitucional do tipo penal de evasão de divisas, conforme as diretrizes de política criminal depreendidas da Constituição Federal.

A partir do funcionalismo teleológico de Roxin e à luz da teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer, o objeto deste trabalho consiste em examinar se o interesse tutelado pelo crime de evasão de divisas consiste em um bem jurídico passível de tutela penal, segundo o cenário jurídico e econômico atual.

2. Do funcionalismo-teleológico de Roxin

Se até a década de 70 prevaleciam a concepção ontológica e pré-normativa do delito e a absoluta oposição entre a política criminal e o sistema penal – características do causalismo e do finalismo – a partir desse período Roxin inaugura um novo paradigma no âmbito da teoria

[4] A Lei nº 7.4982/1986 foi sancionada pelo então Presidente da República com a ressalva de que em breve enviaria ao Congresso Nacional um novo projeto sobre crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *O crime de evasão de divisas e a relevância penal na manutenção de valores no exterior*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 14-15, jan., 2013, p. 14.

[5] CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021, p. 390.

[6] Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1864745. Acesso em: 24 abr. 2022.

do crime. Para o autor, o Direito é uma ciência normativa, e, portanto, o legislador penal não está estritamente vinculado ao que existe na realidade[7].

Segundo os defensores do sistema funcionalista teleológico, a construção da dogmática penal não deve ser vinculada a dados puramente ontológicos, mas sim orientar-se pelos fins do Direito Penal[8], que para Roxin, consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Seu ponto de partida consistiu, dessa forma, em contestar a visão clássica e positivista da separação rigorosa entre dogmática e política criminal, atribuída à Liszt. Segundo Roxin, "o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal"[9].

Diversamente das concepções causais e finalista – que idealizaram um sistema fechado e classificatório da teoria do crime, isolando a dogmática das decisões valorativas político-criminais e da própria realidade social – Roxin entende que os conceitos dogmáticos da teoria do delito devem ser funcionalizados para a realização das intenções político-criminais que se depreendem da Constituição.

Se o sistema finalista foi responsável por avanços importantes da teoria do delito, como a sedimentação do injusto e da culpabilidade em bases mais sólidas[10] e o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para a tipicidade, o modelo de Welzel pecou por vincular o sistema jurídico-penal a dados estritamente ontológicos.

Como uma reformulação daquilo outrora proposto pelo neokantismo[11], o funcionalismo teleológico de Roxin difere dos sistemas clássico e finalista não só pela abertura da dogmática penal para a política criminal, mas também porque reconhece a ação típica não como um dado puramente prévio e ontológico, e sim como produto de uma valoração legislativa[12].

---

[7] ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7-15.

[8] GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: Notícia do Direito Brasileiro. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. N. 07. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000, p. 321.

[9] ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

[10] ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal.* Tradução de Alexis Couto de Brito. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

[11] O avanço do modelo funcionalista teleológico frente ao neokantismo é explicitado pela substituição da vaga noção de "valores culturais" por outro critério mais seguro e sistematizado, das bases político-criminais da teoria dos fins da pena. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 46.

[12] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

Mas a concepção funcionalista do delito possui variantes. Mais precisamente, há duas principais: o funcionalismo teleológico de Roxin, cuja característica marcante é a tonalidade político-criminal e o conceito de função do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos, e o funcionalismo sistêmico de Jakobs, elaborado com foco na expectativa de papeis sociais[13] e na função do Direito Penal como confirmação da vigência da norma.

A teoria de Jakobs também parte de uma abordagem normativa, mas renuncia à proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal, substituindo-a pelo critério da validez e da estabilização da norma. Para Roxin, no entanto, um sistema social não deve ser mantido apenas por ser um valor em si mesmo, distanciado da realidade social. O Direito Penal não deve pretender somente a obediência, mas sim garantir a existência pacífica, livre e socialmente segura dos cidadãos[14].

Dessa forma, Claus Roxin define bens jurídico-penais como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos"[15], a exemplo da vida, da integridade corporal e do patrimônio.

A noção de bem jurídico exerce um papel fundamental para a limitação da intervenção jurídico-penal, "na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima"[16]. O princípio da proteção de bens jurídicos, ao lado do princípio da subsidiariedade, representa a linha diretriz político-criminal que orienta o legislador penal.

Mas a teoria de Roxin não é imune a críticas. Silva Sánchez, por exemplo, atribui ao conteúdo supostamente vago e impreciso de bem jurídico como o responsável, em conjunto com outros fatores, pela expansão do Direito Penal observada na sociedade pós-industrial[17].

Entende-se, no entanto, que o funcionalismo teleológico apresenta critérios importantes para a delimitação da intervenção punitiva, na medida em que só devem ser considerados bens jurídico-penais aqueles interesses fundamentais à convivência pacífica entre os cidadãos. Nesse

[13] GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: Notícia do Direito Brasileiro. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. N. 07. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000, p. 326.
[14] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 16 e p. 33.
[15] Ibidem, p. 19.
[16] Ibidem, p. 21.
[17] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106-108.

ponto, a concepção de Roxin harmoniza-se com a teoria pessoal do bem jurídico formulada por Hassemer, exposta a seguir.

3. Da teoria pessoal de bem jurídico. Distinção entre bem jurídico e função.

Desde a introdução da noção de bem na dogmática penal, por Birnbaum, o conceito de bem jurídico tomou diversas roupagens que transmudam conforme o contexto político e econômico e a própria evolução da sociedade, do Estado e da política criminal.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, e tomando a ordem jurídica sob pressupostos garantistas, a concepção de bem jurídico que parece mais fiel à função de limitar a intervenção punitiva é a perspectiva pessoal encabeçada por Hassemer[18].

Segundo a teoria pessoal, bem jurídico é um valor que necessariamente tem por referência a pessoa humana, objeto final de proteção de toda a ordem jurídica. Essa vinculação constitui uma garantia de que a liberdade individual não será afetada pela proteção simbólica de funções administrativas de controle político-estatais[19].

Conforme o pensamento de Hassemer, a teoria do bem jurídico deve limitar e racionalizar a atividade do legislador penal, em harmonia com o princípio constitucional de proibição do excesso[20].

Para Juarez Tavares, são características de todo bem jurídico a universalidade e a substancialidade, ou seja, a sua existência como valor próprio, reconduzível à pessoa humana, independentemente de uma relação. As funções administrativas do Estado, como o controle da entrada e saída de dinheiro do País, são marcadas pela instrumentalidade porque não possuem um valor próprio, de modo que não podem ser confundidas com um bem jurídico-penal[21].

Cumpre advertir, contudo, que existem determinadas funções administrativas que possuem caráter de bem jurídico porque constituem um valor reconduzível à pessoa humana,

---

[18] BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 109.

[19] TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 53.

[20] ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016, p. 89.

[21] TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 60-63 e 73.

por sua universalidade e indispensabilidade para a existência do Estado e do próprio indivíduo, como a administração da justiça[22].

A adoção da teoria pessoal não significa, portanto, o abandono completo dos bens jurídicos que possuem algum caráter difuso ou coletivo, mas exige necessariamente que o seu conteúdo seja reconduzível à pessoa humana.

No âmbito do Direito Penal Econômico, por exemplo, as noções de "ordem econômica" ou de "sistema financeiro" não cumprem os requisitos propostos pela teoria pessoal para que possam ser consideradas, por si só, bens jurídicos passíveis de tutela penal, seja pela ausência de um substrato material que transcenda o plano normativo, seja pelo seu caráter demasiadamente amplo e vago[23].

Há, ainda, quem defenda que a proibição penal justificada na tutela da ordem econômica simboliza a proteção de uma função estatal de controle, sintoma do fenômeno de administrativização do Direito Penal: a criminalização da mera desobediência a normas administrativas e a indesejável confusão entre bem jurídico e funções estatais[24].

Aqui, entende-se que determinadas condutas lesivas à ordem econômica constitucional (art. 170, CF) podem justificar a intervenção penal, desde que seja possível identificar um referencial pessoal do bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, podemos identificar três grupos principais de bens jurídicos aptos a justificar a intervenção penal na atividade econômica, segundo a teoria pessoal: (i) a saúde e a integridade física de uma pluralidade de pessoas, a exemplo do crime contra o consumidor previsto no art. 64 da Lei nº 8.078/90; (ii) o patrimônio de uma pluralidade de pessoas, a exemplo do delito de cartel (art. 4º, II, da Lei nº 8.137/90); e (iii) o sistema monetário, a arrecadação tributária e a administração da justiça, a exemplo dos crimes de moeda falsa (art. 289, CP), de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90) e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98), respectivamente[25].

---

[22] Ibidem, p. 65.

[23] BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 109.

[24] BADARÓ, Tatiana Maria. *Bens jurídico-penais supraindividuais e o Direito Penal Econômico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 181.

[25] BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 113-114.

4. Opções de política criminal depreendidas a partir da Constituição

A relação entre a política criminal e a dogmática penal constitui um ponto central da teoria funcionalista teleológica de Roxin, segundo a qual todos os conceitos da teoria do crime devem ser funcionalizados para realizar a missão do Direito Penal, que consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Por certo, o legislador penal não é livre para considerar qualquer interesse como bem jurídico, estando vinculado às diretrizes político-criminais deduzidas da Constituição[26]. Também para Hassemer, as diretrizes de política criminal devem tomar como referência a Constituição, sendo que o bem jurídico deve ser centrado no núcleo negativo crítico da política criminal[27].

As opções de política criminal estabelecidas na Constituição podem ser deduzidas (i) do modelo de Estado adotado e seus fundamentos (art. 1º); (ii) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º); e (iii) dos princípios penais expressos e implícitos no texto constitucional (art. 5º), que delimitam o âmbito de intervenção do Direito Penal. Dentre eles, merecem destaque os princípios da legalidade estrita, da subsidiariedade, da ofensividade e da intervenção mínima.

O modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição impõe a construção da dogmática penal conforme os postulados do Direito Penal mínimo e subsidiário[28], segundo os princípios norteadores da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e da liberdade individual (art. 5º, CF).

Considerando que a pena é a intervenção mais grave na esfera de liberdade individual, a sua aplicação somente se justifica se estritamente necessária para tutelar bens jurídicos fundamentais à convivência pacífica dos cidadãos.

Segundo Roxin, no Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico não deve apenas possuir meios para a prevenção do delito, mas também deve impor limites à intervenção

---

[26] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64.

[27] ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016, p. 88.

[28] SILVA, Gustavo Henrique de Souza. *Legalidade e Direito Penal Econômico. Cinco conclusões estruturantes. In: Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 64.

penal punitiva, para garantir a proteção do cidadão contra o uso arbitrário ou excessivo do *jus puniendi*[29].

Nesse contexto, o princípio da legalidade penal, enunciado pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, constitui um postulado básico do Estado Democrático de Direito (art. 5º, XXXIX, CF). O princípio pode ser decomposto em quatro funções: (i) proibir a retroatividade da lei penal; (ii) proibir a criação de crimes e penas por meio do costume; (iii) proibir o emprego de analogia para criar tipos incriminadores e agravar penas; e (iv) proibir incriminações vagas e indeterminadas[30].

Também é possível extrair, do princípio da legalidade penal, delimitações importantes para o conteúdo do bem jurídico passível de ser tutelado pela norma penal. Segundo Roxin, por exemplo, não é legítimo formular tipos penais para a proteção de bens jurídicos que sejam descritos por conceitos vagos e abstratos, como a paz pública e a saúde pública[31].

Cumpre ressaltar, nesse ponto, o conteúdo excessivamente amplo e impreciso do conceito de "ordem econômica", comumente indicado como o bem jurídico-penal tutelado pelos delitos econômicos. Além disso, a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime o tipo penal[32].

Já o princípio da subsidiariedade, conforme Roxin, constitui diretriz político-criminal segundo a qual a proibição penal só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo do bem jurídico por meios menos gravosos[33], como as sanções cíveis e as administrativas.

O princípio da subsidiariedade é deduzido do postulado da proporcionalidade, que constitui diretriz político-criminal derivada do modelo de Estado Democrático de Direito: se a reprovação penal implica em restrição a bens jurídicos fundamentais, como a liberdade individual, sua aplicação só se justifica se a conduta apresentar ofensividade proporcional à gravidade da sanção imposta[34].

---

[29] ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General – Tomo* I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 137.
[30] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 68-77.
[31] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.
[32] Ibidem, p. 36.
[33] Ibidem, p. 52.
[34] ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General – Tomo* I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 65-66.

Seguindo a mesma lógica, também da proporcionalidade se depreendem os princípios da ofensividade – a aplicação da pena só será possível quando constatada uma ofensa relevante a um bem jurídico valioso –, e da intervenção mínima, que compreende o caráter fragmentário do Direito Penal[35].

O legislador deve, portanto, seguir o caminho da tutela penal apenas quando esse se apresenta inarredável e estritamente necessário[36].

5. Do crime de evasão de divisas: interesse tutelado e evolução da política cambial brasileira

Desde a criação da Lei nº 7.792/1986, muito se discutiu acerca dos bens jurídicos tutelados pelos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, inclusive pelo delito de evasão de divisas.

Segundo a Constituição, o Sistema Financeiro Nacional deve ser "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade" (art. 192, *caput*, CF).

Nos termos da Lei nº 4.595/1964, o Sistema Financeiro Nacional é constituído do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central, do Banco do Brasil, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e das demais instituições financeiras públicas e privadas.

O Sistema Financeiro Nacional abrange, dessa forma, os interesses do Estado relativos à estabilidade das instituições financeiras, que são reguladas por normas de caráter administrativo editadas pelo BACEN e pela CVM. Esse interesse aproxima-se das funções estatais de controle, que são marcadas pela característica de instrumentalidade.

Além disso, a Lei nº 7.492/1986 prevê vinte e dois tipos penais distintos que exigem a identificação do bem jurídico tutelado próprio de cada crime, para além da noção genérica de proteção do Sistema Financeiro Nacional.

Um ano após a edição da Lei nº 7.492/1986, Manoel Pedro Pimentel concluiu que o interesse tutelado no crime de evasão de divisas trata-se da "boa execução da política econômica" do Estado, que constitui "importante aspecto da economia do País, no campo

[35] OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.
[36] LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 46.

internacional, pois as divisas estrangeiras são necessárias para o pagamento das dívidas contraídas no exterior, e para o equilíbrio das reservas cambiais"[37].

Segundo o autor, ainda, "o que se pretende evitar é que o dinheiro estrangeiro, as divisas, saiam do País ou deixem de nele ingressar"[38].

Para Rodolfo Tigre Maia, o bem jurídico-penal tutelado no crime de evasão de divisas consiste no controle governamental das operações cambiais realizadas por particulares, "para evitar-se o êxodo de divisas e a sonegação fiscal"[39].

Já para Miguel Reale Jr., o bem jurídico seria a "balança de pagamentos do país". Conforme o autor, "protege-se as reservas nacionais e o equilíbrio da economia nacional, impedindo-se o êxodo de divisas"[40].

Ocorre que o tipo penal do art. 22 da Lei nº 7.492/1986 não proíbe a saída de divisas do País, mas sim a conduta de promover evasão divisa sem autorização legal ou sem comunicar a autoridade competente.

Como já advertiu Tavares, tal sanção penal é aplicável sem considerar-se o fato de que quem envia dez mil dólares para o exterior e não o comunica ocasiona muito menos prejuízo às reservas cambiais do que aquele que envia um bilhão de dólares e comunica o envio desses valores. O interesse tutelado, portanto, não é a proteção das reservas cambiais em si, mas apenas a função de controle de informação[41].

No mesmo sentido, Schmidt e Feldens alertam que o crime sob comento visa à proteção do controle do Estado sobre a saída de divisas para o exterior, de modo a obter as informações necessárias para a execução da política econômica. Segundo os autores, "a criminalização não se dá sobre o movimento financeiro emigratório em si, o qual será legítimo se realizado sob o controle estatal, na forma disposta pelo regime cambial vigente"[42].

---

[37] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 157.
[38] Ibidem, p. 157.
[39] MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 133.
[40] REALE JR, Miguel. *Crime de evasão de divisas e suas formas típicas*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. Vol. 2/2020, p. 2.
[41] TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 63.
[42] SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Revista opinião jurídica, n. 8, 2006.2, p. 22.

Além disso, o conteúdo da tutela penal do crime de evasão de divisas tem sido esvaziado desde a edição da Lei nº 7.492/1986, com a considerável evolução da política cambial brasileira observada nos últimos trinta anos[43].

Diante da fragilidade da economia nacional – a exemplo do desastroso Plano Cruzado, do endividamento externo e das sucessivas crises cambiais –, o regime cambial brasileiro da década de 80 possuía cunho fortemente intervencionista, com rigorosas restrições de entrada e saída de capital nacional e estrangeiro no País e controle estrito do mercado de câmbio pelas autoridades monetárias. Se havia necessidade de proteção das reversas cambiais, de lá para cá, esse cenário político e econômico foi superado e tais restrições foram cada vez mais flexibilizadas[44].

Importante observar, nesse contexto, que a partir da Circular nº 3.280/2005 do BACEN, inexistem normas vigentes no Brasil que proíbam a remessa de divisas para o exterior. A única exigência é a de que remessas de valores iguais ou superiores àqueles mencionados no primeiro capítulo deste trabalho sejam registrados no Sistema do Banco Central (Sisbacen), de modo que o controle de informação é realizado *a posteriori* pela autarquia.

O interesse que a norma prevista no art. 22 da Lei nº 7.492/1986 visa proteger, portanto, consiste na função estatal de controle da informação sobre a saída de divisas do País, e não na proteção das reservas cambiais propriamente ditas.

E, segundo a teoria pessoal do bem jurídico, funções estatais de controle de informação e políticas governamentais não caracterizam, por si só, bens jurídico-penais, por não atenderem ao critério referencial da pessoa humana, delimitador da intervenção penal.

Mesmo considerando a possibilidade de flutuação das reservas cambiais, as operações de câmbio por instituições financeiras são estritamente reguladas pelo Banco Central, nos termos da Lei nº 4.595/1964, e as operações paralelas ou clandestinas de câmbio sem autorização já são punidas nos termos do art. 16 da Lei nº 7.492/1986.

Noutro giro, se a norma penal prevista no art. 22 da Lei nº 7.492/1986 também visa coibir, ainda que indiretamente, a remessa de dinheiro para o exterior com o fim de ocultar a origem criminosa de recursos ilícitos ou de reduzir ou suprimir tributos devidos, tais condutas

[43] SOUZA, Luciano Anderson de. *Evasão de divisas no projeto de código penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 5-6, fev.. 2013, p. 5.
[44] NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, set./out., 2006, p. 137-140.

foram melhor contempladas pela Lei nº 9.613/1998, que tipifica o delito de lavagem de capitais, e pela Lei nº 8.137/1990, que define os crimes tributários.

Além disso, Caruso aponta outras problemáticas relacionadas à conduta típica do crime de evasão de divisas estabelecida no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei nº 7.492/1986 que merecem destaque[45]:

> Ainda que se reconheça, no art. 22 da Lei nº 7.492/1986, o bem jurídico política cambial do País ou a proteção das reservas cambiais, uma análise mais cautelosa da segunda parte do parágrafo único do mesmo dispositivo revela que a punição daquele que mantiver depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente visa proteger o Erário. Afinal, a manutenção de depósitos não declarados no exterior lesa os cofres públicos e impacta na carga tributária que seria devida para a Receita Federal do Brasil. Portanto, é até questionável a pertinência dessa conduta típica na Lei nº 7.492/1986, porque não impacta o sistema financeiro, mas a arrecadação de tributos.

Não de desconhece que a conduta de promover evasão de divisas do País em desacordo com as normativas editadas pelo BACEN e pelo CMN pode provocar reflexos negativos na execução da política cambial, e, em última medida, no Sistema Financeiro Nacional.

Tal conduta constitui, por esse motivo, um ilícito cambial a merecer sanção de natureza administrativa, a exemplo do ingresso irregular de divisas no País, que não é contemplado no art. 22 da Lei nº 7.492/1986.

Mas, com a devida vênia àqueles que entendem em sentido contrário, sob a ótica da teoria pessoal do bem jurídico, e considerando as diretrizes de política criminal deduzidas da Constituição, bem como o cenário jurídico e econômico atual brasileiro, a tutela penal da conduta de evasão de divisas parece ilegítima, a indicar que o campo do Direito Administrativo é o meio idôneo para a proteção de tais interesses.

6. Conclusão

A regulação jurídica do mercado de câmbio foi alterada substancialmente no Brasil desde a entrada em vigor da Lei nº 7.492/1986, que tipifica o crime de evasão de divisas em seu art. 22.

O cenário político e econômico atual revela-se absolutamente distinto daquele observado na década de 80, que motivou a criação da Lei de Crimes Contra o Sistema

[45] CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021, p. 407-408.

Financeiro Nacional. Verifica-se, portanto, haver um descompasso entre o tipo penal de evasão de divisas e o regime cambial atual.

Noutro giro, não há consenso na doutrina sobre o bem jurídico tutelado pelo crime previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/1986. A proteção genérica do Sistema Financeiro Nacional, por si só, é insuficiente, e a posição originária de que o bem jurídico tutelado seria a proteção das reservas cambiais é inadequada: o que o tipo incriminador proíbe não é a saída de divisas do País, mas a saída de divisas ou a manutenção de depósitos no exterior sem comunicar a autoridade competente.

Conclui-se, portanto, que o interesse protegido pela norma estabelecida no art. 22 da Lei nº 7.492/1986 trata-se de uma função estatal de controle, mais precisamente de controle da informação sobre as reservas cambiais do País. E segundo a teoria do bem jurídico de Hassemer, funções estatais de controle não caracterizam, por si, bens jurídicos passíveis de tutela penal.

Também segundo as opções de política criminal deduzidas da Constituição, como os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, os interesses que a norma do art. 22 da Lei nº 7.4982/1986 não constituem bens jurídicos merecedores de tutela penal, a sugerir uma reforma legislativa, como a proposta do Projeto de Lei nº 586/2020.

Ainda que a saída irregular de divisas do país afete o controle das reservas cambiais e, em última medida, o Sistema Financeiro Nacional, tal conduta constitui um ilícito a merecer sanção administrativa, e não penal.

7. Referências Bibliográficas

ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *O crime de evasão de divisas e a relevância penal na manutenção de valores no exterior*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 14-15, jan., 2013.

BADARÓ, Tatiana Maria. *Bens jurídico-penais supraindividuais e o Direito Penal Econômico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 181.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.

CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: Notícia do Direito Brasileiro. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. N. 07. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, set./out., 2006.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JR, Miguel. *Crime de evasão de divisas e suas formas típicas*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. Vol. 2/2020, p. 2.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General – Tomo* I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal.* Tradução de Alexis Couto de Brito. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Revista opinião jurídica, n. 8, 2006.2.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza. *Legalidade e Direito Penal Econômico. Cinco conclusões estruturantes. In: Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Evasão de divisas no projeto de código penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 5-6, fev., 2013.

TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

Desarticulação institucional frente a realização de acordos de leniência na lei anticorrupção

Institutional disarticulation in front of realization of lenience agreements in the anticorruption law

Fábio Ramazzini Bechara[1]

Patricie Barricelli Zanon[2]

Lucas Ferreira Cereser[3]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo tem por objetivo a análise crítica dos acordos de leniência anticorrupção a partir dos problemas decorrentes da multi-institucionalidade na sua negociação. O modelo de *accountability* horizontal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, caracteriza-se pelo fato

[1] Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador Visitante do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (2016). Woodrow Wilson Center Global Fellow/Washington (2017-2019). Visiting Fellow na University of Wsinconsin-Madison (2019). Formação Complementar pela Escola Diplomática de Madri/Espanha (2005). Membro do GACINT - Grupo de Análise de Conjuntura Internacional da Universidade de São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo desde 1996. No Ministério Público de São Paulo foi secretário executivo da Procuradoria-Geral de Justiça, secretário executivo do grupo de atuação especial de combate ao crime organizado, coordenador do laboratório de tecnologia contra a lavagem de dinheiro e do núcleo de acompanhamento legislativo e de processos nos tribunais superiores. Na Secretaria dos Negócios da Segurança Pública foi coordenador do centro integrado de inteligência de segurança pública do Estado de São Paulo, secretário da agência de atuação integrada contra o crime organizado e do fórum de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro do Estado de São Paulo.

[2] Doutoranda e mestre em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), especialista em Direito das Relações de Consumo (PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e compliance (Instituto de Direito Penal Económico e Europeu – Universidade de Coimbra), e graduada em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Professora de Pós Graduação em Direito Penal Direito Penal e Compliance (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Professora de graduação em Direito e Processo Penal (Faculdade Nove de Julho). Pesquisadora nos Grupos "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional" e "Políticas Públicas Para efetivação da cidadania".

[3] Mestrando em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), graduado em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Pesquisador no Grupo "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional". Advogado.

de que inúmeros órgãos e instituições voltadas ao controle da corrupção encontram-se desarticuladas entre si. Esse cenário acarreta um desincentivo e insegurança jurídica, quando da celebração desses acordos de leniência, no âmbito da Lei 12.846/13. O caso da *Odebrecht S.A* confirma a necessidade de aprimoramento da cooperação institucional entre diversos órgãos, que mais concorrem entre si do que cooperam efetivamente.

Palavras-chave: Acordos de leniência; Multi-institucionalidade; *Accountability* horizontal; Concorrência institucional; Insegurança jurídica.

Abstract: The article aims to critically analyze anti-corruption leniency agreements based on the problems arising from the multi-institutional nature of their negotiation. The horizontal accountability model adopted by the Brazilian legal system is characterized by the fact that numerous bodies and institutions dedicated to the control of corruption are disjointed. This scenario causes a disincentive and legal uncertainty, when these leniency agreements are signed, under the scope of Law 12.846/13. The case of Odebrecht S.A confirms the need to improve institutional cooperation between different bodies, which compete more with each other than effectively cooperate.

Keywords: Leniency agreements; Multi-institutionality; Horizontal accountability; Institutional competition; Juridical insecurity

1. Introdução

Esse artigo tem por objetivo a análise crítica sobre as implicações negativas que a descoordenação institucional pode acarretar, quando da celebração de acordos de leniência firmados, sob a égide da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial), com as entidades empresariais.

Para que um acordo de leniência apresente resultados minimamente eficazes na apuração de comportamentos ilícitos é essencial que haja um ambiente de coordenação institucional, a fim de que haja a promoção de segurança jurídica ao leniente. Melhor esclarecendo, em um cenário de múltiplas instituições habilitadas para a celebração de acordos de leniência anticorrupção, é necessário que aquilo que ficou acordado com determinada

autoridade institucional não venha a ser prejudicado por outra autoridade que não tenha participado dos termos do acordo e, com isso, venha a propor uma determinada demanda que, na prática, enseje a anulação dos benefícios pactuados.

Situações como essas continuam sendo crescentes em nosso país, sobretudo, devido à multiplicidade de instituições com atribuições sancionatórias no combate à corrupção. A nível federal, pode-se mencionar: Ministério Público Federal (MPF), Controladoria-Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU). De outro lado, o jurisdicionado – e, aqui, inclui os entes privados com quem se pretende firmar tais acordos de leniência – está sujeito a todas essas instâncias não articuladas e não alinhadas.

A fim de fornecer um panorama jurídico-institucional, ainda que geral, sobre a temática apresentada, o artigo restou-se estruturado em três capítulos.

O primeiro, visa verificar o modelo de multi-institucionalidade adotado no Brasil, apontando suas vantagens e desvantagens.

Na sequência, o segundo capítulo se propõe a analisar a descoordenação institucional, enquanto fator responsável pela redução da credibilidade e da eficiência dos acordos de leniência firmados sob a égide da Lei nº 12.846/13. Ademais, será apontado algumas possíveis propostas para que haja um mínimo de coordenação institucional.

Por fim, procura-se trazer à baila o acordo de leniência anticorrupção firmado pela empresa Odebrecht S.A, com o intuito de fornecer maior pragmatismo ao cenário de desarticulação institucional e, consequentemente, de insegurança jurídica às empresas lenientes.

2. O Modelo Fragmentado De *Accountability* Horizontal

O Brasil adota um sistema de *accountability* horizontal fragmentado, em que diversas instituições – nenhuma em posição hierárquica superior as demais – possuem um específico papel na fiscalização, controle, correção e punição dos atos ilícitos, de maneira a preservar o interesse público (ARANHA; FILGUEIRAS, 2016, p.17). Em outras palavras:

> o modelo institucional adotado pelo Brasil, ao contrário daquele estabelecido em diversos países no qual as atividades se concentram em uma agência anticorrupção/antilavagem, isto é, uma única instituição que reúne as ações relacionadas a tais políticas públicas – pode ser entendido como multi-institucional, pois abarca diversas instituições que possuem atividades específicas em relação ao tema (ZANON, 2021, p. 75-76).

A interação entre instituições é formal, porquanto fixada em procedimentos, competências e funções das instituições para a realização de um fim. Mas também é informal, uma vez que depende de um conhecimento comum fixado entre os agentes dessas instituições, bem como de um processo de cooperação e coordenação das ações (ARANHA; FILGUEIRAS, 2016, p. 14). Não por outra razão, a situação de multi-institucionalidade fica inda mais evidente no âmbito dos acordos de justiça negociada: uma importantíssima ferramenta no combate a corrupção.

A título meramente ilustrativo, veja que modelo institucional adotado, por exemplo, nos Estados Unidos difere do modelo brasileiro. Naquele há dois órgãos muito bem delimitados*: U.S Securities & Exchange Commission (SEC*[1]*)* e *Department of Justice (DOJ* [2]*)*, ambos articulados em que se resolve a sanção penal, administrativa e civil num único acordo, caso o fato gerador seja o mesmo (SOUZA et al.,2016, p.170). Quando uma dessas entidades assumem a liderança de uma investigação, a outra tende a seguir o modelo que foi negociado ou negociam em paralelo. Não se esta dizer se é o modelo norte-americano é melhor ou pior do que o modelo por nós adotado, mas tão somente que possui apenas dois órgãos institucionais articulados para negociação, persecução e combate à criminalidade, sobretudo em se tratando da temática corrupção.

Sendo assim, concentrar múltiplas funções em uma única instituição pode ser um meio de reduzir sua dependência em relação às demais além de trazer maior efetividade. Contudo, a existência de diferentes instituições focadas em atividades específicas tende a favorecer a especialização de modo a torná-las capazes de exercer melhor suas funções. Ainda, ao reconhecer a corrupção como um problema sistêmico, observa-se que este não pode ser resolvido por uma única agência governamental ou unidade específica, independentemente de quanto poder detenha. Por mais que sejam instituições únicas centralizadoras, indubitavelmente terão que interagir com outras instâncias governamentais (CARSON; PRADO, 2014, p. 6-7).

---

[1] Equivale a Comissão de Valores Mobiliários. Trata-se da agência federal dos Estados Unidos responsável pelo mercado de capitais no país.

[2] Equivale aos ministérios da justiça, chefiado pelo Procurador- Geral, possuindo competência para celebração de acordos (*non-prosecution e deferred prosecution agreements*) com as pessoas jurídicas. Para maiores informações vide: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Departamento de Justiça*. Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys. Subject: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreementes with Corporations. March, 7, 2008. Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf >. Acesso em: 28 abr. 2021.

Nesse contexto, o modelo de *accontability* horizontal, ou de múltipla institucionalidade, por si só, não representa um entrave no combate à corrupção.

Pelo contrário, Lindsey Carson e Mariana Mota Prado (2014, p.9), apresentam vantagens que podem ser atribuídas a um modelo multi-institucional, dentre as quais se destacam: a competição sadia entre os competentes, a compensação quando um deles deixe de atuar, e a complementaridade na atuação, evitando lacunas, além de estimular a colaboração.

Contudo, as mesmas autoras destacam que eventualmente deste modelo podem decorrer do algumas desvantagens, como: sobreposições institucionais; competição destrutiva e a criação de mais oportunidades de corrupção, resultado do variado número de instituições as quais poderão requisitar ou ceder a pedidos de corruptos (CARSON; PRADO,2014, p.9).

Há ainda situações que, talvez por vaidade institucional, não existe uma cooperação, mas sim uma concorrência/competitividade institucional, o que em nada agrega. Machado e Paschoal (2016, p. 33), ao analisarem o sistema anticorrupção multi-institucional brasileiro, concluem, a partir de entrevistas realizadas, que em muitos casos as instituições decidem não compartilhar dados e informações com as demais a fim de receber o crédito por desvendar grandes casos de corrupção.

Ao que se parece, as vantagens superam as desvantagens, devendo ser aprimorada as articulações entre as instituições responsáveis pelo combate da corrupção. Nesse sentido, a própria Convenção de Mérida destaca a relevância da integração e a cooperação interna e internacional como caminhos necessários ao enfrentamento da criminalidade de maior complexidade e de efeitos transnacionais[3].

Sendo esse o desenho institucional de *accountability* adotado, há de se evitar que a descoordenação institucional enseje a redução da utilidade e eficácia dos acordos de leniência, assegurando que não restem frustrados devido a exigências ou proposituras de ações por outras instituições que não integraram a celebração do acordo.

[3] A Convenção de Mérida, em seu artigo 38, estabelece que "Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para estabelecer a cooperação entre, de um lado, seus organismos públicos, assim como seus funcionários públicos, e, do outro, seus organismos encarregados de investigar e processar judicialmente os delitos.". BRASIL, Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

3. Desarticulação Institucional Nos Acordo De Leniência Da Lei Anticorrupção

Para que se compreenda a desarticulação institucional nos acordos de leniência, é necessário ter em mente que no ordenamento jurídico brasileiro, cada esfera de responsabilização compete conduzir seu processo e aplicar suas correspondentes sanções de forma autônoma. As decisões no que tange as searas administrativa, civil e penal só se comunicam quando a lei assim dispuser expressamente.

Sendo esse o cenário, há condutas ilícitas, tal como fraudes em licitação, que desencadeiam procedimentos investigatórios por parte de diferentes instituições, inclusive, com a possibilidade de sanções no campo penal, administrativo e civil[4], o que é reafirmado por meio do artigo 30 da Lei Anticorrupção. Dentre as instituições, em nível federal, destaca-se o MPF que é titular exclusivo da ação penal e legitimado a propor ação de improbidade administrativa; bem como a CGU e o TCU que tem legitimidade para investigar e responsabilizar pessoas físicas e jurídicas por atos que causem danos ao erário, podendo, inclusive, declarar a inidoneidade de licitantes caso verificada a ocorrência de fraude à licitação. Pode-se também mencionar a atuação do CADE, quando envolve questões anticoncorrenciais.

Tais instituições também são legitimadas para a celebração de acordos com o leniente[5], de modo que é disfuncional um sistema que, à luz do mesmo suporte fático, concede benefícios (provenientes do acordo) numa órbita persecutória, mas admitisse responsabilizar o mesmo infrator-colaborador em outras esferas (DINO, 2020). A título ilustrativo, é válido os seguintes exemplos:

(i) Pessoa jurídica celebra acordo de leniência com a CGU ou com o MPF, mas o TCU não aprova o acordo, pois entende que a colaboração não repara os

[4] (...) "pode-se imaginar o caso hipotético de uma empresa que concorre junto a um órgão público para prover determinado número de impressoras. Com a finalidade de obter vantagem indevida, o fornecedor paga valores a título de propina ao servidor responsável pela condução do pregão e logra êxito no certame. O pregoeiro, por sua vez, desclassifica indevidamente as demais concorrentes, levando à contratação de fornecedor que entregou impressoras com qualidade inferior à pretendida e em preço superior ao que se obteria em condições regulares de licitação. No caso hipotético, teremos a possibilidade do mesmo ato ilícito (paga- mento de propina com a finalidade de obter vantagem indevida) ser objeto de repressão na esfera penal, cível e administrativa". (SIMÃO; VIANNA, 2017, p.54

[5] Não se ignora que nos termos do artigo 16 § 10 da Lei 12.846/13, a autoridade máxima em nível federal para a celebração de acordos de leniência é a CGU, não prevendo essa legislação a possibilidade do TCU ou do MPF em celebrar tais acordos. No entanto, esse regime de acordo é, na prática, celebrado pelo MPF e também pelo CADE. Quanto ao TCU, é mais recorrente sua fiscalização no que tange à organização do processo de celebração de acordo de leniência (instrução normativa nº 74 do Plenário do TCU).

montantes desviados dos cofres públicos. Ademais, declara a inidoneidade da empresa (que cometeu fraude em processo licitatório) para contratar com o poder público[6].

(ii) Pessoa jurídica celebra acordo de leniência com a CGU. No entanto, o MPF não participa do acordo ou se nega a firmar junto o acordo. Caso esse último resolva propor ação nos termos do artigo 19º da mencionada lei ou uma ação de improbidade administrativa em face da pessoa jurídica[7].

Válido observar que é plenamente possível que num mesmo acordo de leniência firmado, por exemplo, com a CGU haja a propositura de determinada ação por parte do MPF e ainda a declaração de idoneidade por parte do TCU.

Isso, na prática, faz com que os benefícios provenientes do acordo celebrado sejam parcialmente, senão totalmente, prejudicados. Dessa forma, pode-se dizer o estatuto legal anticorrupção criou substancial insegurança jurídica, de modo que há uma redução da utilidade e eficácia desses acordos, haja vista que, ainda que atrativos, não garantem que serão efetivamente cumpridos pelo Poder Público (CANETTI, 2018, p.20). Noutros dizeres, sem um fluxo satisfatório de informações entre os órgãos federais, cria-se um certo limite no âmbito de aplicação da legislação e um desnorteamento para empresas interessadas em assinar tais instrumentos (AYUN, 2018, p.40-41).

Percebe-se, então, que o acordo de leniência anticorrupção "possui previsão de incidência tão somente no âmbito administrativo sem qualquer efeito para a própria pessoa jurídica leniente sobre possíveis ações judiciais" (POMINI; COSTA PEREIRA, 2019, p.108). Nesse ponto, é válido a observação de que o pacote anticrime inova ao estabelecer a

[6] Em razão de que a eventual interferência desfavorável do TCU pode prejudicar a celebração de acordos, é que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu que o TCU não pode declarar a inidoneidade de empresas que já tenham firmado acordos de leniência com outras instituições. BRASIL, Mandado de Segurança nº 35.435; Min. Rel Gilmar Mendes; julgado em 30 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-analisa-inidoneidade-empresas.pdf>. Acesso em jun.2021.

[7] Note-se que nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de improbidade) há a previsão de que uma das sanções aplicáveis é justamente a de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, que atinge às pessoas jurídicas. Sanção essa que, como se pode perceber, afeta um dos benefícios decorrentes da celebração do acordo de leniência anticorrupção, qual seja: o da não proibição de receber tais incentivos ou de poder contratar com a Administração Pública. BRASIL, Lei n. 8.429, de 2 de junho 1992.Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2020.

possibilidade de realização de acordos no âmbito de ação de improbidade administrativa. Sua redação originária (projeto de lei nº 1864/ 2019) estabelecia a previsão de que:

> A transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Para Fábio Ramazzini Bechara (2020) esta referida disposição legal "estimula a construção de espaços de decisão compartilhada e consensual entre os órgãos, sincronizando e dimensionando de forma adequada e proporcional as diferentes respostas". Ou seja, permite que no bojo da celebração de acordos de leniência (no âmbito da Lei nº 12.846/13) ou de colaboração premiada (Lei nº 12.846/13) ou de termo de cessação de conduta seja resolvido/ acordado a questão envolvendo ato de improbidade cometido. Dessa forma, sustenta que esse constitui um passo relevante para que acordos em diferentes instâncias possam surtir efeitos em outras, estabelecendo um mínimo de alinhamento na tomada de decisão. Infelizmente, a redação atual do artigo 17 da Lei de Improbidade apenas dispõe sobre a possibilidade da realização de acordo de não persecução cível no bojo de uma ação de improbidade. Ou seja, sem a previsão supramencionada quanto a articulação de seus efeitos em outras leis correlacionadas.

Outra possibilidade, seria a criação de uma lei geral que venha a regulamentar as colaborações negociais entre essas múltiplas instituições. A ideia, contudo, é a mesma, qual seja: de que num único acordo seja resolvido as sanções de caráter penal, administrativo e civil, diante de situações em que um mesmo ilícito enseje repercussões nessas três searas.

Nessa toada, outro meio, embora não propriamente de cunho legislativo, para contornar, minimamente, a descoordenação institucional, reside na elaboração de memorando de entendimentos ou de protocolos de cooperação técnica. Dentre os memorandos, destacamos o de nº 1/2016, firmado entre MPF/SP e o CADE e, também, o de nº 29/2019, firmado entre o MP/SP e CADE. Em síntese, ambos ressaltam a importância de que entre as instituições haja maior diálogo entre as instituições a ponto de evitar um assincronismo institucional, ou seja, que meses depois o acordo firmado seja revogado por outra instituição. Trata-se, vale frisar, de um diálogo em tom de cooperação, isto é, que a articulação existente entre elas não acarreta perda de poder, mas sim de potencialização da capacidade de resposta ao combate aos atos de corrupção. Sendo assim, é válido a transcrição do seguinte trecho do memorando realizado, em 2019, entre CADE e o MP/SP.

> O Acordo de Leniência não altera, por si só, a autonomia das instâncias criminal e administrativa, tendo o Ministério Público competência constitucional para a perseguição dos delitos de ação penal pública, como o cartel, e haverá, pois, a partir de um Acordo de Leniência, a duplicidade de atuações em duas esferas independentes, sendo que a autonomia das instâncias não significa a inexistência de efeitos práticos mútuos ou a segregação absoluta das competências em matéria criminal e administrativa. Assim, apesar da duplicidade de atuações, há um interesse comum da persecução administrativa e penal aos cartéis e na funcionalidade e efetividade do Programas de Leniência, como base da lógica de detecção e perseguição de cartéis, para além de questões de aproveitamento de provas, atenção aos resultados de cada esfera, etc. (CADE, 2019)

A mesma situação se passa entre o MPF/SP e a CGU, que passam a firmarem os chamados "*protocolos de cooperação técnica*", os quais permitem, por exemplo, o cruzamentos entre bases de dados das duas instituições, ou entre outras bases de dados a que tiverem acesso, visando, em especial que:

> o MPF dê conhecimento à CGU das ações penais propostas com base nas suas auditorias e fiscalizações; que o MPF forneça as informações solicitadas pela CGU para instrução de processos e trabalhos; e que a CGU forneça ao Ministério Público informações e documentos relevantes para a responsabilização criminal de pessoas envolvidas em atos de corrupção (SETC, 2010).

A elaboração desses memorandos e protocolos é louvável. No entanto, nos parece essencial que também haja uma maior sofisticação legislativa, a fim de que "não haja qualquer dúvida em relação à transversalidade dos efeitos dos acordos, dos espaços de construção de consenso e do regime de competência dos órgãos" (BECHARA, 2020).

4. A Insegurança Jurídica Na Prática: O Caso Odebrecht S.A

Em 1º de dezembro de 2016, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal formalizou acordo de leniência entre os Procuradores da República do Paraná e a empresa Odebrecht S.A, a qual havia confessado seu envolvimento em fraude a licitação e demais ilícitos, fornecido elementos de prova e realizado a reparação dos danos causados no valor aproximado de R$ 3,828 bilhões. Em contrapartida, manteve-se a possibilidade de contratação com o setor público e de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de entidades públicas ou controladas pelo poder público, além de ter garantida a manutenção das suas atividades sem quaisquer restrições. O acordo foi homologado pelo Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, em 22 de maio de 2017.

> Após a homologação do acordo, o Ministério Público Federal requereu à 1ª Vara Federal de Curitiba, juízo em que tramitava ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o desbloqueio dos bens da Odebrecht, com o objetivo de garantir o cumprimento dos termos do acordo, o que foi atendido pelo Juízo. Em face dessa decisão, a Advocacia-Geral da União interpôs agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 4a Região (TRF4), sob o argumento de que o valor do ressarcimento previsto no acordo seria insuficiente para reparar o dano sofrido pelo erário, motivo pelo qual a liberação dos bens poderia inviabilizar o ressarcimento integral do prejuízo causado. Alegou, ainda, que a entidade responsável por firmar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal seria a Controladoria-Geral da União, e não o Ministério Público Federal. (RIBEIRO, 2019, p. 55-56).

Em 22 de agosto de 2017, a 3º Turma do TRF4, em acórdão unânime, manteve a indisponibilidade dos bens da empresa Odebrecht S.A. Entendeu que houve vício no acordo celebrado com o Ministério Público Federal (embora não tenha sido anulado), pois, segundo a Relatora Vânia Hack de Almeida,

> torna-se necessária, portanto, a manifestação da CGU, AGU (e TCU), apontando o quantum a ser indenizado. Mas, de outro lado, imprescindível a presença do Ministério Público, em razão de sua competência exclusiva no que tange à repercussão na esfera penal, avaliando a importância e necessidade das informações a serem prestadas. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 2017, p. 17-18).

Noutros dizeres, ficou decidido que o acordo de leniência firmado com o MPF não tem o condão de afastar medidas constritivas (indisponibilidade de bens), pois não houve, em especial, a participação da CGU.

Nesse acórdão, destaca-se também o voto do Desembargador Rogério Favreto, o qual asseverou que "o acordo de leniência firmado entre o MPF e o Grupo Odebrecht carece de amparo legal", sendo que "a maior prova (da) falta de amparo legal para firmar acordos de leniência é a proposição de alteração legislativa apresentada por um grupo de agentes do MPF, nas denominadas *Dez Medidas de Combate à Corrupção"* (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 2017, p. 2-3).

Em 09 de abril de 2018, foi divulgado pelo jornal O Globo que o TCU teria elaborado relatórios de auditoria sigiloso congregando dados de 17 processos de sua competência que envolveriam obras em que a empresa Odebrecht S.A teria atuado como consorciada (TCU, 2018). Nestes relatórios, apurou-se que a empresa teria superfaturado o valor de obras em montante aproximadamente cinco vezes superior ao valor de restituição acordado com o Ministério Público Federal no acordo de leniência firmado (R$ 3,828 bilhões), totalizando cerca

de R$ 16 bilhões. Dessa forma, o Tribunal de Contas pugnou pela manutenção da indisponibilidade de bens.

Dois pontos nos chamam a atenção diante dessa notícia divulgada (pelo jornal O Globo): (i) a atuação muito mais concorrencial do que cooperativa do TCU para com o MPF, talvez por não ter sido incluído no bojo do acordo celebrado; (ii) a celeuma parece residir no quantum fixado no acordo de leniência (os danos causados e o valor superfaturado seriam bastante superiores aos valores pagos em sede de acordo). Nesse ponto, concordamos com Simão e Vianna quando afirmam que:

> Logo, o melhor seria que o debate quanto ao dano causado pudesse ser adiantado no curso das negociações do acordo de leniência. O valor que fosse decidido como resultado da negociação poderia ser considerado parcela incontroversa do dano, o que configuraria de pronto uma reparação aos cofres públicos, sem prejuízo de posterior aprofundamento do exame da matéria na Corte de Contas. (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 244).

Tendo em vista todo esse imbróglio retratado e o lapso temporal que se perde ante a espera de uma solução pelo Judiciário, a empresa Odebrecht deu andamento a tratativas com a CGU. Em 09 de julho de 2018, adveio a notícia de que CGU e AGU anunciaram a celebração de novo acordo com a empresa, a qual deverá pagará um total de R$ 2,72 bilhões ao longo dos próximos 22 anos, sendo que desse valor seria abatido o valor previsto no acordo celebrado com o MPF (CGU, 2018).Ou seja, a leniência celebrada anteriormente pelo MPF foi reconhecida pela AGU e CGU. Note-se ainda que neste novo acordo não houve a inclusão do TCU, o que fez com que esta instituição movesse medida cautelar perante o Judiciário com o objetivo de novamente suspender o acordo firmado, sob a alegação de que teria havido obstrução pela CGU e AGU ao exercício da fiscalização por parte de Tribunal de Contas.

A diferença essencial entre os dois acordos (o firmado anteriormente apenas pelo MPF e aquele posterior firmado pela CGU e AGU com a empresa Odebrecht) “parece ser a extinção das ações promovidas pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União em face da Odebrecht e o possível redirecionamento dos valores a serem pagos a título de ressarcimento e multa” (RIBEIRO, 2019, p.59).

Diante das diversas tentativas de realização de acordo de leniência por parte da Odebrecht, não há dúvidas de que “reformas legislativas são necessárias, assim como o aumento da transparência e do controle, o monitoramento financeiro e a inteligência de dados. Mas o que efetivamente pode fazer a grande diferença é mudar o patamar da cooperação e interação dos órgãos” (BECHARA; GAKIYA, 2020).

O caso envolvendo a referida companhia é apenas um dentre outros[8] que confirmam a deficiência na coordenação desses múltiplos atores institucionais no campo da celebração dos acordos de leniência. O resultado será a baixa adesão a esse mecanismo. Nesse sentido, tomemos como exemplo estatístico o fato de que desde a entrada em vigor da Lei Anticorrupção – o que se deu em 29 de janeiro de 2014 até a data de 05 de abril de 2019 – apenas 6 acordos de leniência foram celebrados conforme dados fornecidos pela CGU e AGU (CGU, 2019).

5. Conclusões

O modelo multi-institucional (sistema de *accountability* horizontal fragmentado), por si só, não representa um entrave no combate à corrupção. Na verdade, acredita-se que, caso haja uma razoável articulação institucional, pode vir a ser uma ferramenta extremamente eficaz para a criminalidade dos negócios empresariais, sobretudo, no que tange aos crimes mais complexos como o de lavagem de dinheiro, formação de cartéis, fraude em licitações etc.

Ao longo do artigo, foi dado ênfase para as seguintes instituições: CGU, TCU e MPF e CADE, as quais possuem competências distintas, porém complementares. Assim, não deve haver uma hierarquia entre elas, ou seja, uma sobreposição de instâncias.

Ficou, ademais, demonstrado que é a falta de harmonização entre tais instituições que acaba contribuindo para a criação de um cenário de imprevisibilidade e de insegurança jurídica quanto aos efeitos dos acordos de leniência celebrados. Por isso, a intenção em envolvê-las num mesmo acordo. Parece lógico e coerente que aquele órgão que detém competência legal para sancionar determinado ente coletivo também participe do acordo de leniência firmado. Fala-se em ente coletivo, pois, como já se salientou, a Lei 12.846/13 prevê a possibilidade de celebração de acordo de leniência anticorrupção com determinadas pessoas jurídicas, em especial, aquelas de direito privado que contratam com a Administração Pública.

Caso não haja a construção de espaços voltados a uma coordenação institucional é possível, nesse momento, sistematizar os seguintes efeitos negativos: (i) descrédito na realização dos acordos com o Poder Público; (ii) concorrência vaidosa entre instituições; (iii) incentivo a realizações de delitos e ilícitos administrativos, visto que as instituições sempre

[8] Para maiores informações vide: CGU. CGU e AGU assinam acordo de leniência com as agências MullenLowe e FCB Brasil. Gov.br, 16 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/04/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-as-agencias-mullenlowe-e-fcb-brasil > Acesso em 15 set.2020.

terão um *delay* na persecução, quando não há troca de informações e cooperações entre elas; (iv) excesso desarrazoado de acordos paralelos que, muitas vezes, chegam a ser questionados no Judiciário, uma vez que uma instituição alega que a outra não era a competente para firmar o acordo; (v) os benefícios provenientes da celebração de determinado acordo poderão restar-se cancelados/prejudicados diante da eventual propositura de ação judicial por parte de outra instituição que não participou do acordo firmado.

A edição de legislação específica que venha a regulamentar a atuação conjunta dos órgãos da administração pública direta e indireta por atos de corrupção juntamente com o Ministério Público, ou a criação de uma lei geral que permita que os acordos de leniência abrangem todas as esferas de responsabilização: penal, administrativo e civil, afirmam-se como ponto de partida para conferir uma maior segurança jurídica. E isso porque, como se tentou demonstrar, a extensão dos efeitos do acordo de leniência da Lei 12.846/13 à outras esferas (civil e penal) é desejável, o que dependerá da coordenação e comunicação a outras instituições igualmente competentes.

Realização de memorandos e de protocolos de atuação conjunta entre instituições também representa uma proposta que auxilia no alinhamento institucional, pois é capaz de minimizar sobreposições de instâncias, bem como de assegurar um sequenciamento racional de atividades destinadas ao aprimoramento da *accountability.*

As diversas tentativas de realização de acordo de leniência anticorrupção pela empresa *Odebrecht* retratam esse cenário de insegurança jurídica, bem como de que não é desejável e nem razoável que determinada instituição – ciente que existe um acordo de leniência em curso – atue sem se preocupar com a repercussão que a aplicação de sanções poderá ocasionar diante do acordo celebrado, criando, ademais, embaraços perante o Judiciário devido ao fato de não ter sido incluída no acordo.

É preciso que haja diálogo e cooperação entre as instituições, e não uma concorrência institucional pela busca do combate à corrupção.

6. Referências

ARANHA, Ana Luiza; FILGUEIRAS, Fernando. *Instituições de accountability no Brasil*: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. Brasília: Enap, 2016.

AYUN, Marcelo. *Análise Econômica das Instituições Anticorrupção no Brasil*. Porto Alegre. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2018. 58 p. Trabalho de Conclusão de Curso.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Pacote anticrime e corrupção*: é possível superar a concorrência entre diferentes órgãos? Publicado em Jota Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pacote-anticrime-e-corrupcao-e-possivel-superar-a-concorrencia-entre-diferentes-orgaos-25022019>. Acesso em 20 de set.2020

BECHARA, Fábio Ramazzini; GAKIYA, Lincoln. *Agenda Anticorrupção 2019 e a cooperação interinstitucional:* Pode parecer óbvio, mas está longe de ser trivial. Publicado em Jota Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/acordos-de-leniencia-e-regimes-sancionadores-multiplos-13042021>. Acesso em 20 de set.2020

BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Compliance e Direito Penal Econômico*. São Paulo: Amedina, 2019.

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 14. ago.2020.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 14. ago.2020.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em 14. ago.2020.

_____. Projeto de Lei nº 1864, de 27 de março de 2019. *Pacote Anticrime*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>. Acesso em: 14. ago.2020.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em 14. ago.2020.

_____. Ministério Público Federal. Acordos de leniência: Oderbretch. Dez, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em 15 set. 2020

_____. Mandado de Segurança nº 35.435; Min. Rel Gilmar Mendes; julgado em 30 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-analisa-inidoneidade-empresas.pdf>. Acesso em jun.2021

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000*. AGRAVANTE: Advocacia Geral da União; AGRAVADO: Odebrecht Plantas Industriais e Participações S/A; RELATORA: Des. Federal Vânia Hack De Almeida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-vania-leniencia.pdf>; <https://www.conjur.com.br/dl/voto-favretto-leniencia.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

_____. TCU quer manter bloqueio de bens da Odebrecht. O Globo Brasil, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/tcu-quer-manter-bloqueio-de-bens-da-odebrecht-22570694>.Acesso em 15 set. 2020.

CADE. *CADE e Ministério Público Federal assinam memorando de entendimento para fortalecer atuação no combate a cartéis.* Brasília, 16 mar.2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-mpf-sp-assinam-memorando-de-entendimentos-para-fortalecer-atuacao-no-combate-a-carteis>. Acesso em 10 ago.2020

____. *CADE e Ministério Público assinam memorando de entendimento*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-ministerio-publico-de-sao-paulo-assinammemorando-de-entendimento>. Gov.br, 16 set.2019. Acesso em 10 ago.2020.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *CGU e AGU assinam acordo de leniência com as agências MullenLowe e FCB Brasil*. Gov.br, 16 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-lenienciacom-as-agencias-mullenlowe-e-fcb-brasil>. Acesso em 15 set.2020.

_____. *CGU e AGU passam a divulgar os termos dos acordos de leniência.* Brasília, 04 abr.2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/04/cgu-e-agu-passam-a-divulgar-os-termos-dos-acordos-de-leniencia>. Acesso em 15 set.2020

CAMBI, Eduardo, *A Atuação do Ministério Público no Combate à. Corrupção na Lei 12.846/2013*. Revista CNMP, Brasília, n. 4, 2014.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2018.

CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. *Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement*: potential lessons for institutional design. IRIBA Working Paper: 09. Manchester, jul. 2014.

DINO, Nicolao. *Leniência* – cooperação e parâmetros para [in]segurança jurídica. JOTA [sítio eletrônico]. São Paulo, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cooperacao-e-parametros-para-inseguranca-juridica-25082020> Acesso em 12 set.2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Departamento de Justiça. *Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys. Subject*: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreementes with Corporations. March, 7, 2008. Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General. Disponível em:

<https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morforduseofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 28 abr. 2021

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Luiz Fernando; OLIVIERI, Cecília; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. *Do controle interno ao controle social:* A múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. Cadernos de Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v.17, n.60, p. 54-67, jan/jun. 2012.

MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. *Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar*: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. Novos estudos: dossiê corrupção, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 10-37, mar. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. *Acordos de leniência e regimes sancionadores múltiplos.* Publicado em Jota Opinião & Análise. Disponível em: https://www.jota.info/especiais/acordos-de-leniencia-e-regimes-sancionadores-multiplos-13042021. Acessado em: 20 de set.2020.

POMINI; COSTA PEREIRA. O Conflito de Instâncias na Aplicação dos Instrumentos de Combate à Corrupção e os Efeitos sobre o Compliance. *In*: BECHARA, Fábio Ramazzini;

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Compliance e Direito Penal Econômico*. São Paulo: Amedina, 2019.

RIBEIRO, Julia Lavigne. *O acordo de leniência da Lei Anticorrupção e a descoordenação institucional.* Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 2019. 101 p. Dissertação (Mestrado).

SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.* São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUCSP, 2016. 225 p. Dissertação (Mestrado).

SECRETARIA DE ESTADO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLE. *CGU e Ministério Público integram suas ações no combate à corrupção*. Brasília, 24 set.2010. Disponível em:

<https://www.setc.se.gov.br/index.php/ultimas-noticias/1825-%22cgu-e-ministerio-publico-integram-suas-acoes-no-combate-a-corrupcao%22 >. Acesso em 10 ago.2020

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção:* histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Matheus de; e outros. *Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro.* Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 20, n. 31, jan /jun, 2016.

ZANON, Patricie Barricelli. *Corrupção e Lavagem de Dinheiro: Políticas Públicas e Instituições de controle*. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2021.

Combate à corrupção e instrumentos de solução negociada

The fight against corruption and negotiated solution instruments

Joice Gushy Mota Azevedo[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O crescimento e aprimoramento das práticas corruptas exige novas formas de atuação pelo Estado, para garantir o direito fundamental a tutela da probidade administrativa com efetividade. Como estratégia para superar as dificuldades em punir aos autores de crimes de corrupção e atos de improbidade e por incentivo da comunidade internacional, o Brasil vem aprimorando sua legislação voltada ao combate à corrupção, a qual, dada a multidisciplinariedade, é atualmente reconhecida como um microssistema de combate à corrupção. Dentre as mudanças mais significativas, está a sedimentação da consensualidade, aplicada em todas as esferas de atuação estatal, com instrumentos próprios na seara criminal, civil e administrativo sancionadora, mas que podem e devem ser utilizados de forma harmônica e complementar.

Palavras-chave: Anticorrupção. Corrupção. Improbidade. Direito processual penal. Direito Penal. Consensualidade. Acordos.

Abstract: The growth and improvement of corrupt practices requires new ways of acting by the State, to guarantee the fundamental right to the protection of administrative probity with effectiveness. As a strategy to overcome the difficulties in punishing the perpetrators of corruption crimes and acts of improbity and by encouraging the international community, Brazil has been improving its legislation aimed at combating corruption, which, given its multidisciplinary nature, is currently recognized as a microsystem of fighting corruption. Among the most significant changes is the sedimentation of consensus, applied in all spheres

[1] Promotora de Justiça. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Rondônia e Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Mestranda em Direito Penal pela UERJ.

of state action, with its own instruments in the criminal, civil and administrative sanctioning fields, but which can and should be used in a harmonious and complementary way.

Keywords: Anti-corruption. Corruption. improbity. Criminal Procedural Law. Criminal Law. Consensus. Agreements.

1. Introdução

A corrupção é um fenômeno social, que abala a democracia e o exercício dos direitos fundamentais de forma igualitária e plena. Dada a sua gravidade, recebe do ordenamento jurídico tratamento que proporciona o seu enfrentamento em diversas esferas, especialmente a penal.

Nos últimos anos, as práticas corruptas e ímprobas apresentaram-se sob novas formas, com elevado grau de operatividade, sofisticação e ocultamento, facilitados pela conexão global e inovações tecnológicas, desafiando a ação dos órgãos incumbidos da defesa do patrimônio público e todo o sistema de justiça.

Diante disso, os Estados viram a necessidade de aprimoramento do sistema punitivo/repressivo dos atos de corrupção.

Outrossim, a consciência da necessidade de fortalecimento das instituições e da democracia no Brasil, no cenário pós constituinte, aliada à necessidade de fomentar o desenvolvimento e cessar o processo de empobrecimento e extrema desigualdade social subsidiaram o processo de evolução normativa no combate à corrupção, levando ao aperfeiçoamento da legislação, a criação de novas ferramentas persecutórias e à propagação de ações investigativas.

Foram implementadas ferramentas negociais, que possibilitam a obtenção célere de resultados e aumentam as possibilidades de elucidação dos atos de corrupção, a identificação de seus autores e a restituição ao erário das verbas alvo das fraudes, em considerável redução do dano social causado.

Tais ferramentas são regulamentadas pela legislação que integra o microssistema brasileiro de combate à corrupção, voltado a coibir e sancionar as práticas corruptas em todas as esferas de atuação estatal.

Nesse conjunto normativo, ganham destaque os instrumentos compositivos apresentados nas leis 12.846/2013 (Lei anticorrupção) e 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), potencializando, sobremaneira, a persecução cível e penal de ilícitos nessa área.

Mais recentemente, a aplicação dessas ferramentas foi fortalecida com a implementação do Acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade e o microssistema de combate a corrupção enriquecido pelo pacote anticrime, por meio da regulamentação do Acordo de não persecução penal.

Cada instrumento possui peculiaridades e aplicabilidade específica, contudo, somente o emprego harmônico, articulado e integrado proporcionará ações persecutórias e sancionatórias efetivas, de acordo com o interesse público.

2. Instrumentos consensuais do microssistema de combate à corrupção.

O conceito de corrupção implica definições e explicações múltiplas, a depender do enfoque da análise, que pode ser sociológica, filosófica, histórica ou jurídica. Sob o aspecto jurídico, é importante considerar que a corrupção constitui indevida gestão da coisa pública, com uso e apoderamento de seus bens e valores, decorrente do abuso de poder por agentes públicos em benefício próprio e, não raras vezes, com vantagens para terceiros particulares.

No Brasil, a corrupção é reconhecidamente histórica e endêmica. Além disso, com a sedimentação da democracia representativa, estruturada no processo eleitoral, suscetível a relações espúrias estabelecidas entre agentes públicos e particulares, viu-se a generalização da corrupção, impregnada em todas as instituições, em todas as escalas hierárquicas, consistindo na denominada corrupção sistêmica.

Por sua vez, são visíveis os danos sociais decorrentes da corrupção sistêmica, com prejuízo considerável no atendimento de políticas públicas, decorrente, principalmente, do desvio de verbas e fraudes licitatórias, inclusive nas áreas sensíveis e relevantes, educação, saúde e urbanismo.

Diante disso, ganha força o reconhecimento da tutela da probidade administrativa como expressão e consectário lógico dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, submetida à disciplina hermenêutica específica, cujo vetor axiológico é a dignidade da pessoa humana.

De forma ainda mais incisiva, Renata Lane defende que o art. $4º do art. 37 estabeleceu um direito fundamental a um governo honesto e íntegro, abrangendo todos aqueles que possuam

relação jurídica com a administração pública, agentes públicos ou particulares, uma vez que a letra do dispositivo não faz distinção.[1]

No mesmo sentido, Renee do Ó Souza acrescenta que o art. 37, §4º, da Constituição Federal é verdadeiro mandamento de tutela da probidade administrativa e um importante balizador estratégico para o enfrentamento dos ilícitos que atentem contra aquele direito fundamental, o qual é tutelado pela Lei de Improbidade e todas as demais normas que se propõem a enfrentar a corrupção.[2]

Dada a sua envergadura, seja como direito fundamental ou premissa para o exercício deles, a tutela da probidade tem na corrupção sistêmica sua maior fonte de violação. Essa corrupção desafia o sistema de justiça, notadamente, porque com a evolução do mercado globalizado, do sistema financeiro, dos recursos tecnológicos e dos meios de comunicação, sua prática é ocultada por uma rede complexa e articulada, que exige modernos meios de apuração e solução, por todas as vias disponíveis.

Deste modo, para o desempenho de ações de combate a corrupção é insuficiente a administração isolada de instrumentos penais ou somente cíveis, ou ainda, apenas ferramentas do direito administrativo sancionador. Assim, as estratégias legais de contenção a práticas corruptas, sejam preventivas ou repressivas, são multidisciplinares.[3]

Sobre o tema, Arthur Prado aponta que *a corrupção é um conceito voraz, por vezes plástico, sobre o qual devem incidir uma pluralidade de políticas públicas diferenciadas no domínio da prevenção, da investigação ou da repressão.*[4]

Em decorrência disso, um mesmo ato de corrupção poderá ser sancionado pela via cível, administrativa e penal, concomitantemente, assegurando-se a compatibilização normativa, para aplicação coerente e harmônica da legislação infraconstitucional.

---

[1] A autora acrescenta que do mandamento constitucional estabelecido no art. 37 da CF, é possível verificar que a probidade administrativa é um dos pilares da Constituição Federal e está relacionada com a conduta escorreita e leal com a administração e com a coisa pública, tendo a Carta Constitucional introduzido importante elemento ético como valor no ordenamento jurídico. (LANE, Renata. Acordos na Improbidade Administrativa. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2021.)

[2] SOUZA, Renee do Ó. Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2019, p. 69/71.

[3] Nesse sentido, Renata Lane leciona que o §4º do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a probidade administrativa deve ser tutelada por norma infraconstitucional, com um sistema próprio e específico, inclusive com a possibilidade de responsabilização na esfera penal. (*Idem*)

[4] PRADO, Arthur Sodré. Repressão à corrupção: práticas processuais / Arthur Sodré Prado. --1. ed. --São Paulo: Almedina, 2021.

O conjunto de normas destinado ao combate à corrupção constitui o que se convencionou chamar de Microssistema Anticorrupção, que busca conferir sistematicidade e integridade na aplicação dos diversos instrumentos de tutela da probidade administrativa e do erário.[5]

Esse microssistema de combate à corrupção tem como primeira fonte normativa o Código Penal, que em seu Título XI define os crimes praticados contra Administração Pública, recentemente incrementado pela nova lei de licitações, com a inserção dos crimes licitatórios e contratuais, a partir do art. 337-E.

Ainda, a nova Lei de licitações, a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei de Organizações Criminosas e o Decreto-Lei n. 201/67 (crimes praticados por prefeitos) destacam-se por complementarem a legislação penal. Na seara cível e administrativa, muitas outras normas trazem em seu âmago o enfrentamento da corrupção, destacando-se a Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade, a Lei de Acesso à informação e a Lei anticorrupção empresarial.

A existência desse microssistema de combate à corrupção ganhou evidência entre os aplicadores do direito mais recentemente, com o advento das leis de organizações criminosas e anticorrupção empresarial[6], as quais inovaram em nosso ordenamento, ao regulamentar de forma efetiva a colaboração premiada (art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850/2013) – como método de solução negociada, mas também ferramenta de investigação e meio de prova – e inserir o acordo de leniência como instrumento consensual a ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de corrupção, a fim de que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e levem a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A colaboração premiada prevê como um ou mais resultados necessários para sua constituição a identificação de coautores e partícipes da organização, a revelação da estrutura

[5] COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. Nova Lei de Improbidade Administrativa de acordo com a lei n. 14.230/2021. São Paulo: Almedina, 2022.

[6] Tais inovações foram fruto de diretrizes internacionais voltadas ao incentivo da repressão à corrupção nos países membros. Cumprindo tais diretivas, o Brasil assinou três tratados internacionais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

hierárquica e divisão de tarefas das organizações criminosas, expondo todo o seu funcionamento, a prevenção de infrações e a recuperação do produto ou proveito das infrações.

Ambas as ferramentas têm em sua essência a natureza negocial, são colaborativas e premiais.

Tradicionalmente, a literatura/doutrina sempre se posicionou contrária a realização de negócios jurídicos processuais na seara do combate à corrupção, sobretudo quando se tratava de improbidade administrativa, havendo, inclusive, vedação expressa na antiga redação da Lei de Improbidade.

Uma cultura extremamente punitivista, o princípio da obrigatoriedade e a premissa de que o processo coletivo e o processo penal são engessados pela indisponibilidade do interesse público, fundamentaram, por muito tempo, a inadmissibilidade de disposição desses direitos.

Contudo, um novo formato de interação foi estabelecido pelas novas legislações, sobretudo após o ano de 2013, em decorrência da constatação de que as elaboradas práticas de corrupção da tradicionais, somadas às dificuldades de elucidação e punição dos responsáveis, exigiam medidas alternativas, práticas e mais flexíveis para impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a morosidade da tramitação processual de uma ação judicial. [7]

A adoção de instrumentos de consensualidade também se mostrou especialmente benéfica pela redução de custos para o Estado com o procedimento persecutório.

A obtenção de evidências do cometimento de atos de corrupção constitui uma tarefa custosa e complexa para o Estado. Assim, estabelecida uma relação de parceria com o acordante, de ação colaborativa com o fornecimento de informações e evidências pelo agente participante da prática delituosa, o ônus da coleta de provas para sucesso da persecução criminal deixa de ser uma tarefa exclusiva do Estado.

Além disso, as práticas de consensualidade se revelam positivas diante da morosidade do Judiciário. A realidade nos mostra que com o excesso de demandas rotineiramente submetidas aos juízes, associadas às infinitas estratégias utilizadas por réus para obstar o

[7] Ao explicar sobre a necessidade de uma nova atuação do Ministério Público, que concretamente assegure o interesse público, na forma esperada pela sociedade, Marcelo Pedroso Goulart leciona que o órgão deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando-se desses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar-se os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. (GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11-34, jan./jun. 2001)

ressarcimento ao erário e postergar o trânsito em julgado das condenações, é absolutamente impossível obter-se uma resposta rápida da Justiça em qualquer caso.

Uma vez comprovado que a "tutela" jurisdicional pouco pode fazer para garantir a efetiva satisfação das necessidades sociais, a tradição demandista de acesso ao Poder Judiciário confere espaço às novas formas de solução dos crimes e garantias de recomposição do erário.

Não à toa, o Conselho Nacional do Ministério – CNMP elaborou a Resolução n.º 118, de 1º de dezembro de 2014, que dispôs que no âmbito do Ministério Público se faz necessário implementar uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição, haja vista a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável.

É importante esclarecer que a adoção das práticas de consensualidade ainda é um processo em andamento, permeado de dúvidas e dificuldades, que ainda apresenta divergências de aplicabilidade no meio jurídico.

É certo que as Leis de Organização Criminosa e Anticorrupção fortaleceram ainda mais o conceito de microssistema de combate à corrupção. Contudo, trouxeram consigo o desafio de harmonizar um sistema formado por diversas instituições, as quais, mesmo voltadas a um mesmo objetivo, desempenham suas funções em vertentes distintas.

Assim, o microssistema legal de combate à corrupção envolve diversos órgãos, atuantes em searas distintas (pena, civil e administrativa), de modo que a efetividade das normas depende do funcionamento concatenado das atividades de cada um deles.

É o que Raquel de Mattos Pimenta[8] denomina multiplicidade institucional, premissa para a formação de uma rede fortalecida para execução do *accountability* e combate à corrupção com eficiência.

Segundo a autora, *"A construção do arranjo institucional de combate à corrupção reflete a divisão de poder feita no momento da promulgação da Constituição, no qual a responsabilidade pelo controle de políticas públicas foi dispersa em organizações externas e independentes (MP, Judiciário, TCU, este último vinculado ao poder legislativo) e internas ao Poder Executivo (CGU e AGU). Esta construção é complementada pela expansão de instrumentos, nas sucessivas leis narradas, que buscam aumentar a possibilidade de controle*

[8] PIMENTA, Raquel de Mattos. A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção. Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

social, burocrático e judicial. Estes instrumentos se acumulam ao longo do tempo, criando, por vezes, camadas sobrepostas."[9]

Muito embora decorra da existência dessa rede de controle composta por instituições distintas e seja extremamente benéfica[10], a multiplicidade não vincula as ações de cada órgão fiscalizador ou sancionador, de modo que suas funções são desempenhadas com autonomia. Assim, cada órgão pode definir estratégias próprias e mobilizar partes diferentes do arcabouço jurídico, atuando muitas vezes sobre um mesmo fato, sobre os mesmos infratores, para aplicação de sanções na esfera de suas atribuições.

Surge então um dos principais desafios da solução consensual para atos de corrupção, que se apresentou como grande problemática quando a colaboração premiada e o acordo de leniência foram disseminados pela clareza e completude das leis 12.850/13 e 12.846/13, uma vez que a opção de uso de um deles por um determinado órgão, para resolução consensual de determinada violação corrupta, não implica necessariamente na adoção dessa solução por outro órgão, no mesmo sentido.

Naquele tempo, não havia sido implementado o Acordo de Não Persecução Civil, o que só ocorreu 6 anos depois, com o advento do Pacote Anticrime, conforme veremos adiante, e a compreensão sobre a necessidade de aplicabilidade harmônica do microssistema de combate à corrupção, pelos diferentes órgãos que integram a multiplicidade institucional de defesa do erário e da administração pública, ganhou espaço entre os teóricos do tema e força entre seus aplicadores.

Isso porque não havia e não há lógica em se admitir a conciliação em uma esfera de responsabilidade, mas punir o colaborador em outra instância, ou deixá-lo vulnerável à punições por outros órgãos, valendo-se do conjunto de informações e elementos probatórios por ele fornecidos. Estar-se-ia, assim, violando a isonomia, boa-fé, segurança jurídica e confiança

[9] *Idem.*

[10] Raquel de Mattos Pimenta observa que a multiplicidade institucional permite certo pragmatismo político para vencer resistências e pontos de veto no fortalecimento e na atuação do arranjo de controle da corrupção. Ela permite que haja avanço e aperfeiçoamento de instrumentos e destinação de recursos para algumas instituições, quando outras, por alguma razão, estiverem bloqueadas politicamente. Instituições diferentes têm o potencial de mobilizar diferentes aliados em outros Poderes ou setores. Os recursos destinados às instituições de controle são limitados. Porém, se cada instituição pleiteia recursos distintos, é possível que aumente a destinação dos recursos (financeiros, pessoais, de prestígio) globalmente à política de controle da corrupção por meio de suas diferentes coalizões de apoio. Este pragmatismo político deve ser balanceado com a necessidade de racionalização da distribuição de recursos. (*Idem*)

daquele que pode e almeja utilizar os recursos conferidos pela legislação e, ao mesmo tempo, frustrando-se as chances de sucesso da negociação.

Ao defender os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência, Renee Souza reforçou que não admitir um negócio premial em uma instância e admiti-lo em outra, viola o sentimento social na indivisibilidade das normas estatais, o que infringe a isonomia e atenta contra a segurança jurídica. [11]

O autor se vale da teoria do diálogo das fontes para defender a aplicabilidade dos acordos entre diferentes instâncias legais de defesa da probidade, mesmo em âmbito distinto e mesmo diante das peculiaridades de cada um desses sistemas.[12]

Essa conclusão é reforçada pelos ganhos decorrentes da delação premiada e do acordo de leniência para os órgãos persecutórios.[13]

Vale destacar que o acordo de leniência é um instrumento de solução pactuada, pautado pela discricionariedade e negociação. Sua função é a obtenção de informações úteis a investigações de outros envolvidos em atos de corrupção em troca de redução de multas, assim como promover a reparação do dano causado e alterar o comportamento da pessoa jurídica para o futuro.[14]

Por sua vez, a delação premiada fornece ao Estado investigador meios de coleta de prova na persecução criminal, mediante a possibilidade de negociação das consequências penais em infrações graves, possibilitando o afastamento de determinados comandos legais sancionatórios.

A esse respeito, afirmam Fidalgo e Canetti (2015, p.267)[15]:

> [...] percebe-se que o paralelismo entre a *ratio* que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de

[11] *Idem*, p. 127.
[12] *Idem*, *ibidem*.
[13] O Acordo de Leniência, por acomodar similitude com o instituto penal, da mesma maneira pode ser conceituado, ou seja, trata-se da "confissão do acusado jungida com a colaboração com os órgãos investigatórios para identificação dos demais participantes do ato ilícito e elucidação dos fatos e, por isso, recebe benefícios pela sua contribuição". (CANETTI, Rafaela Coutinho; FIDALGO, Carolina Barros. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2015.)
[14] *Idem*.
[15] FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.).Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

> organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através da atuação do Poder Público.

Dessa forma, troca-se ganho informacional relevante sobre infrações que dificilmente seriam detectadas ou comprovadas adequadamente sem a participação do colaborador, por benefícios legais concedidos pelo Estado.

Como já dito, ao mesmo tempo em que inovaram, abrindo portas para a solução de casos através das práticas de consensualidade, o advento dos acordos premiais em sede de combate à corrupção expôs a incongruência com o sistema civil ou administrativo sancionador, pela ausência de instrumento semelhante na legislação pertinente, qual seja, a Lei de Improbidade.

Por isso, por algum tempo sustentou-se a possibilidade de realização de acordos de leniência ou TAC em matéria de probidade, mesmo com vedação expressa no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92, a fim de não tornar inócuos os acordos previstos nas esferas penal e administrativo sancionadora.[16]

O fundamento da inaplicabilidade da vedação foi o entendimento de revogação tácita, em razão da previsão do acordo de leniência na lei anticorrupção, porquanto ambos os dispositivos integram o microssistema legal de repressão à corrupção e, portanto, não podem sustentar mandamentos contraditórios.

Com o intuito de colocar um fim à discussão e sedimentando definitivamente a consensualidade em matéria de combate à corrupção, a Lei n. 13.964/2019 introduziu o acordo de não persecução cível em nosso ordenamento, no artigo 17, §1º da LIA.[17]

---

[16] Tamanha a relevância de implementação das ferramentas de conciliação de forma completa, ou seja, em todas as esferas de repressão à corrupção, que Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 179/2017, regulamentou a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado. (Grifo nosso).

[17] A medida vinha fundamentada no fato de que a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, no campo penal, e o acordo de leniência, nos campos administrativo e civil das pessoas jurídicas, passaram a permitir o afastamento de determinados comandos legais sancionatórios, bem como no fato de que os

Muito embora esse dispositivo tenha sido revogado pelas alterações do pacote anticrime, manteve-se o §10-A do art. 17, que prevê § 10-A que "havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias", preservando de forma implícita a existência do ANPC.

Nos termos do Art. 18, da Orientação n. 10/2020 5ª Câmara do MPF, o ANPC caracteriza-se, uma vez apurada a configuração formal e material da prática da improbidade, pelo escopo de ajustar com o celebrante a imposição de sanções previstas em lei, assegurando-lhe como benefício a atenuação no sancionamento devido (com redução ou isenção de sanções), servindo como instrumento para prevenir, reprimir e dissuadir atos de improbidade, bem como, conforme o caso concreto, para assegurar o ressarcimento de danos e a cessação da prática da improbidade pelo celebrante, ensejando a extinção do processo judicial ou o seu não ajuizamento.

O ANPC pressupõe confissão e cessação da conduta lesiva, como premissa da sanção, mas não há previsão de utilização como colaboração investigativa[18] embora também não haja proibição para tanto.

A avaliação para celebração ou não do ANPC pelo Ministério Público é discricionária, portanto, não há que se falar em direito subjetivo à sua celebração.

No cenário negocial, o ANPC ainda carece de melhor regulamentação e é o instrumento sobre o qual mais pairam dúvidas, tendo em vista a escassez de norma a descrever seu procedimento.

Seguindo a linha de fortalecimento da solução consensual de conflitos, a Lei Anticrime, que proporcionou várias mudanças na esfera penal e também civil, trouxe mais uma medida despenalizadora com caráter negocial, o Acordo de Não Persecução Penal.

Esse instrumento era, há tempos, esperado pela comunidade jurídica e, inclusive, foi objeto de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (n. 181/2017), ainda vigente, antes mesmo de ser regulamentado por lei.

Conforme disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal: "Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de

princípios e as normas estatuídas pelo Código de Processo Civil de 2015 incorporaram inúmeros mecanismos de autocomposição de conflitos, superando-se a forma rígida e tradicional de concretização de direitos por meio da imposição estatal da sentença. (COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. Nova Lei de Improbidade Administrativa de acordo com a lei n. 14.230/2021. São Paulo: Almedina, 2022)

[18] *Idem*.

infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

Da leitura do texto legal, extrai-se a ampla gama de crimes contemplados pelo acordo, uma vez que raros são os casos de penas mínimas de 4 anos ou mais.

No tocante aos crimes de corrupção, quase todos estão abarcados pela possibilidade de acordo de não persecução, mesmo os mais graves: peculato (art. 312, caput e § 1º, do CP: reclusão de 2 a 12 anos); concussão (art. 316, caput, do CP: reclusão de 2 a 12 anos); corrupção passiva (art. 317, caput, do CP: reclusão de 2 a 12 anos); corrupção ativa (art. 333, caput do CP: reclusão de 2 a 12 anos); tráfico de Influência (art. 332, caput, do CP: reclusão de 2 a 5 anos); lavagem de capitais (art. 1º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.613/ 1998: reclusão de 3 a 10 anos); organização criminosa (art. 2º, da Lei n. 12.850/13: reclusão de 3 a 8 anos).

Relevante assinalar que alguns crimes licitatórios, reformulados pela Lei n. 14.133/2021, de inequívoco potencial danoso à coletividade não admitem a realização de acordo de não persecução, uma vez que preveem penas mínimas de 4 anos. (Contratação direta ilegal (art. 337-E); Frustração do caráter competitivo de licitação (art. 337-F); Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H) e Fraude em licitação ou contrato (art. 337-L).

Para César Roberto Bitencourt, houve exagero do legislador na exasperação dessas sanções penais, com manifesta pretensão de excluí-los do acordo de não persecução penal.[19]

Embora se trate de ferramenta negocial, o Acordo de Não Persecução Penal guarda pouca similitude com a colaboração premiada, uma vez que possui forte carga despenalizadora e, assim, apresenta função diametralmente oposta.

Segundo Marcos Paulo Santos *a cooperação insere-se em uma lógica condenatória. Objetiva-se minorar a condenação. Parte-se da premissa de culpa do colaborador, daí exigir não apenas a confissão, mas informações que possam incrementar a efetividade da vindoura condenação, potencializando os seus limites objetivos e subjetivos, bem como os efeitos penais e extrapenais, permitindo aglutinar mais crimes e/ou réus, além de alcançar os bens que sejam produto ou proveito do crime. O imputado, vislumbrando inevitável a condenação, opta, livre*

[19] Bitencourt, Cezar Roberto. Direito penal das licitações / Cezar Roberto Bitencourt. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

e conscientemente, por cooperar, a fim de atenuá-la. Na colaboração, tem-se, claramente, meio de formação de provas.[20]

Assim como o acordo de não persecução civil, o ANPP não configura direito subjetivo do indiciado e, para sua efetivação, faz-se necessária a confissão eficaz.

Ainda assim, é inequívoca a contribuição do ANPP para fortalecimento das práticas negociais, o que permite tanto seu emprego isolado como conjunto e planejado dentro de uma estratégia de solução eficaz das demandas criminais.

3. Considerações finais

Como se viu, o microssistema de combate à corrupção concretizou, de uma vez por todas, o princípio da consensualidade punitiva no Direito Brasileiro, convertendo-se em relevante instrumento de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais no Estado Brasileiro, na medida em que promoveu a superação da tradição demandista de acesso ao Judiciário, para que seja possível alcançar novas formas de resolução de conflitos, com acesso eficiente e resolutivo à Justiça.

Os instrumentos negociais surgem em momento de transformação ideológica e amadurecimento das instituições que atuam no combate à corrupção, revelando-se essenciais para a defesa do erário e da moralidade administrativa.

Em especial nos últimos 10 anos, viu-se a implementação da colaboração premiada, do acordo de leniência e dos acordos de não persecução penal e civil.

Diante disso, observa-se a necessidade de aprendizado e especialização nessa nova forma de combate à corrupção pelos integrantes das instituições voltadas a essa função estatal, assim como, a atuação harmônica e integrada entre todos eles, para garantir resultados efetivos e em respeito à segurança jurídica.

4. Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

[20] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime.2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 222.

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. Nova Lei de Improbidade Administrativa de acordo com a lei n. 14.230/2021. São Paulo: Almedina, 2022.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11-34, jan./jun. 2001.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume único. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano e FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. A Lei Anticorrupção e os Programas de Compliance no Brasil. Revista Científica do CPJM, Rio de Janeiro, Vol.1, N.03, 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo. Lei Anticrime comentada – artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LANE, Renata. Acordos na Improbidade Administrativa. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2021.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

PIMENTA, Raquel de Mattos. A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção. Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

PRADO, Arthur Sodré. Repressão à corrupção: práticas processuais. São Paulo: Ed. Almedina, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao pacote anticrime. 2ª ed. rio de Janeiro: Editora Método, 2022.

SOUZA, Renee do Ó. Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2019.

SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). Lei nticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2015.

O direito de acesso às comunicações entre COAF e autoridades investigativas como reflexo do direito constitucional à proteção de dados pessoais

The right to access communications between FIU and investigative authorities as a consequence of the constitutional right to personal data protection

Marcelo Neves Rezende[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo pretende explorar alguns reflexos do recém consagrado direito constitucional à proteção de dados pessoais sobre a etapa de disseminação de informações de inteligência financeira pelo COAF às autoridades de investigação penal. Aplicando-se esse direito fundamental nessa fase de compartilhamento, limites deverão ser observados, para evitar devassas injustificadas na esfera de privacidade dos indivíduos. Assim, tratando-se essa etapa procedimental de uma atividade que se aproxima de uma investigação penal, a incidência desse direito deverá ser mais acentuada, o que induz à necessidade de exercer controle de legalidade mais rigoroso sobre os atos de comunicação entre COAF e autoridades investigativas. Controle esse que, segundo defendemos, somente poderá ser exercido com o acesso a essas comunicações pelos indivíduos titulares dos dados compartilhados.

Palavras-chave: acesso – comunicações – compartilhamento – COAF – proteção de dados

Abstract: This article intends to analyze some of the consequences that the recent Brazilian Supreme Court´s decision, declaring Personal Data Protection as a fundamental right, will have on the procedures of dissemination of Financial Intelligence Reports between the Brazilian

[1] Pós-graduado em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst-Rio. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ. Advogado criminal.

Financial Intelligence Unit – FIU and investigative authorities. The recent recognition of Personal Data Protection as a fundamental right enforces the authorities to observe some limits for dissemination of Financial Intelligence Reports, to avoid unjustified violations of people data privacy. Since this stage of dissemination of information is equivalent to a criminal investigation, the legal boundaries for the dissemination of Financial Intelligence Reports must be even more strict. In that order, we defend that all the communications must be accessed by the holders of the shared data.

Keywords: Access – Communications – Dissemination – UIF - Data Protection

1. Introdução

O Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF) – unidade de inteligência financeira (UIF) do Brasil – precisou de tempo para aperfeiçoar sua atividade até chegar à capacidade atual de processamento e disseminação de dados. Em meados de 2012, substanciais mudanças puderam ser notadas com a implementação de novas tecnologias, a informatização de sistemas cadastrais em geral e a edição da Lei nº 12.683/2012, que expandiu os mecanismos de combate à lavagem de dinheiro.

Desde então, mas em especial nos últimos anos (2020 – 2021), duas variáveis têm crescido exponencialmente: *(i)* a utilização do meio digital para a circulação de capital, com predomínio de transações financeiras informatizadas, até chegarmos ao pagamento instantâneo "Pix"; *(ii)* e o aprimoramento das técnicas de processamento das informações, com o uso de mineração de dados, análises preditivas, etc.

Essa predominância dos meios digitais nas transações financeiras, somada ao aperfeiçoamento da capacidade de processar dados pelo COAF tem resultado um aumento expressivo no número de relatórios de inteligência financeira compartilhados anualmente, segundo dados do SISCOAF registrados até 31/12/2021.[1]

[1] Em números, foram: 2.104 relatórios em 2012; 2.450 em 2013; 3.178 em 2014; 4.304 em 2015; 5.661 em 2016; 6.608 em 2017; 7.345 em 2018; 6.272 em 2019; 11.693 em 2020 e 12.512 em 2021. Disponível em https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/RACoaf2021publica20220311.pdf. Acesso em 17 maio 2022.

Diante desse monitoramento cada vez maior do sistema financeiro nacional, é natural que a unidade de inteligência financeira brasileira adquira protagonismo no combate a crimes econômicos, especialmente os de lavagem de capitais, dada a capacidade do COAF de detecção de operações irregulares para afastar o proveito econômico da ilicitude, muitas vezes por meio da utilização de empresas de fachada, transações sem lastro, dentre tantos outros expedientes, o que demonstra a importância de aprofundar o estudo sobre os impactos desse poder de vigilância.

E é bom que haja essa expansão, porquanto as fraudes se mostram cada vez mais sofisticadas, sendo as atividades de inteligência, por meio de um tratamento de dados consideravelmente mais livre do que o previsto no devido processo legal, o meio mais eficaz de prevenir e combater crimes tais como a lavagem de capitais.[2]

Antes, porém, do desenvolvimento mundial das atividades de inteligência financeira, já era possível notar esse crescimento da capacidade de coleta, processamento e cruzamento de informações pessoais, com a formação de bancos de dados centralizados por órgãos da administração pública e por empresas privadas, o que influencia profundamente no direito à privacidade do indivíduo, pois, a partir do uso dessas novas tecnologias, possibilita-se a formação de um retrato completo sobre aspectos íntimos da pessoa, sem a sua participação ou conhecimento.[3]

Nesse contexto é que o direito à proteção dos dados pessoais dá seus primeiros passos no direito comparado, especialmente na Alemanha, sendo aos poucos reconhecido como um direito fundamental limitador do poder estadual, como proteção ao livre desenvolvimento da personalidade.

No Brasil, apenas recentemente, no ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os *dados pessoais (...) integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção*

[2] Segundo as razões da Diretiva 2021/0250 (COD), cerca de 1% do produto interno bruto da União Europeia é "detectado como estando envolvido em suspeita de atividade financeira suspeita". São muitas as disposições tendentes a ampliar a forma como os dados são processados por essas unidades, o que mostra ser o serviço de inteligência financeira, hoje, a principal forma de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao terrorismo no mundo.

[3] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31.

constitucional. Em 11/02/2022, com a publicação da emenda constitucional nº 115, o direito à proteção de dados passou a ser expressamente previsto na Constituição Federal como uma garantia fundamental e autônoma.

Do ponto de vista das atividades do COAF, a um primeiro olhar, pode parecer que há um conflito entre a necessidade de expansão tecnológica no processamento e cruzamento desses dados pessoais – como transações e informações cadastrais – e a observância do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, Laura Schertel Mendes[4] afirma que "*a melhor forma de se observar a questão não é por meio da dicotomia entre tecnologia e privacidade, mas, sim, a partir da concepção de que o desenvolvimento tecnológico deve ser harmonizado com a preservação da privacidade*", aludindo ainda para a comparação feita por Simson Garfinkel[5], de que a suposta dicotomia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, presente na década de 1950 e 1960, foi superada pela compreensão de desenvolvimento econômico sustentável.

É justamente sob esse mote que o presente artigo pretende dar contribuições, no intuito de harmonizar a expansão do poder informacional do COAF com o recém consagrado direito constitucional à proteção de dados.

Certo é também que, em se tratando de atividades de inteligência financeira, essa filtragem constitucional pode ser explorada sob diversos ângulos, especialmente porque o tratamento de dados pelo COAF se divide em várias etapas, podendo-se citar o recebimento, as fases de processamento e a disseminação. Parece-nos que, em cada uma dessas etapas, deverá haver certa compatibilização com o direito à proteção de dados pessoais, estudo que merece – como se tem visto – um constante aprofundamento teórico.

Para os fins do presente artigo, estabelece-se como recorte a etapa de disseminação dos dados para as autoridades investigativas, por meio do envio de relatórios de inteligência financeira, de modo a explorar – sem a pretensão de exaurir o tema – alguns impactos do recém consagrado direito constitucional à proteção de dados, bem como identificar possíveis consequências.

[4] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

[5] GARFINKEL, SIMSON. *Database Nation*: the death of privacy in the 21th Century. California: O'Reilly Media, 2000, p. 5.

2. O direito à proteção de dados pessoais

Como visto, o direito à proteção de dados pessoais, para além da tutela da privacidade, se desenvolve a partir do implemento das novas tecnologias de processamento de dados e da formação de bancos de dados centralizados, a partir das décadas de 1970 e 1980. O cruzamento das informações pessoais, em níveis até então inimagináveis, passou a permitir a construção de um *retrato completo sobre a pessoa, sem a sua participação ou conhecimento*[6], o que influencia no livre desenvolvimento da sua personalidade.

Nesse sentido, não há como deixar de citar, ainda que sumariamente, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, no julgamento sobre a "Lei do Recenseamento", em 1983, considerada um marco no reconhecimento desse direito como fundamental[7]. Nesse emblemático julgamento, a Suprema Corte alemã desenvolveu conceitos que balizaram o que se entende por autodeterminação informativa, contribuindo para o reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito fundamental.

Como explica Laura Schertel, *a privacidade, antes compreendida, prioritariamente, como o direito negativo de ser deixado em paz (right to be let alone), passa a significar também o controle dos dados pessoais pelo próprio indivíduo, que decide quando, como e onde os seus dados pessoais devem circular*.[8]

Reconheceu-se, então, naquele julgamento, que a circulação indiscriminada de dados pessoais, à revelia do seu titular, influencia diretamente a formação livre da personalidade, isto é, o direito de decidir livremente como e em que circunstâncias deseja apresentar sua personalidade ao público. Ao passo que as tecnologias de processamento de dados são capazes de formar um perfil completo sobre os indivíduos, consagrou-se o direito à autodeterminação informativa, que visa garantir o poder do titular de decidir sobre sua coleta, processamento e transmissão. É o que afirma Laura Schertel, ainda explicando o julgamento da "Lei do Recenseamento", em 1983:

> Assim, afirma o Tribunal que o processamento automatizado dos dados ameaçaria o poder do indivíduo de decidir por si mesmo se e como ele desejaria fornecer a terceiros os seus dados pessoais, considerando que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um "perfil completo da personalidade" por meio

[6] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31.
[7] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 65, 1* (1983)
[8] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

> de “sistemas automatizados integrados sem que o interessado pudesse controlar de forma suficiente sua correção e utilização”. (A sentença referente ao recenseamento da população do Tribunal Constitucional (BVerfGE 65, 1)
>
> Tal utilização ampliaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude “da pressão psíquica de participação pública”. Uma sociedade, “na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação”, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, algo prejudicial tanto para a personalidade quanto para o bem comum de uma sociedade democrática. (BVerfGE 65,1 (42), Recenseamento).
>
> Destarte, o Tribunal Constitucional constata que do art. 2º, §1º (livre desenvolvimento da personalidade), combinado com o art. 1º, §1º (dignidade humana), da LF, resultaria um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria “o poder do indivíduo em determinar sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais”. (BVerfGE 65,1 (43), Recenseamento). O Tribunal reforça que o direito fundamental não seria ilimitado, pois as informações pessoais denotariam um “retrato da realidade social” e, portanto, não poderiam ser atribuídas somente ao indivíduo.
>
> Todavia esses limites somente seriam justificados em nome de um interesse geral preponderante. Ademais, eles teriam que ter uma base legal para cumprir tanto o imperativo da clareza das normas quanto o princípio da proporcionalidade. Por fim, teriam que ser tomadas providências de cunho organizacional para diminuir os riscos à personalidade do cidadão. (BVerfGE 65,1 (44), Recenseamento).
>
> Decisivo para a concepção do direito à autodeterminação informativa é o princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento automatizado de dados. O risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados.
>
> A fim de prestar proteção contra o risco decorrente do moderno processamento de dados, o Tribunal formula que todos os dados pessoais estariam abrangidos no âmbito de proteção do direito à autodeterminação informativa e que somente o próprio interessado poderia decidir sobre sua coleta, processamento e transmissão. (BVerfGE 65,1 (45), Recenseamento).
>
> Isso significa que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a mudança definitiva da concepção da esfera privada para o direito à autodeterminação informativa, na qual a atribuição de dados a uma esfera íntima não tem mais nenhum papel significativo. O Tribunal Constitucional alemão estendeu a proteção frente à coleta, armazenamento, utilização e transmissão aos dados pessoais em vez de limitá-la a uma esfera privada que protegeria somente informações íntimas (GRIMM, 1997, p. 15). Dessa forma, o Tribunal formula um princípio constitucional, já encontrado desde os anos de 1970 no direito à proteção de dados infraconstitucional, no qual o caráter pessoal de um dado era o fator decisivo de proteção, e não o fato de se tratar de dado íntimo ou privado.

Esse emblemático julgamento contribuiu profundamente para o desenvolvimento de normas pela União Europeia, por meio de diversas diretivas, podendo-se citar a principal

Diretiva 95/46/CE, "*relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*".

Portanto, uma das chaves para compreender a essência desse direito é observar que não apenas dados da esfera íntima são dignos de proteção constitucional, como também dados que poderiam ser tidos como insignificantes, mas que revelam traços, ainda que distantes, da personalidade. Afinal, "*o risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados mesmos (ou no fato de quão sensíveis ou íntimos eles são)*".[9]

Em última análise, a consagração do direito à proteção de dados se presta a manter, mesmo que de forma limitada, o controle decisório sobre o tratamento dos dados pessoais com o seu titular, como forma de garantir a sua liberdade de construir sua personalidade.

No ponto, Ingo Sarlet traça linhas mais marcantes que afastam o direito à proteção de dados do direito à privacidade[10], embora comumente se afirme ser aquele uma evolução deste. Vejamos:

> Uma primeira diferença que pode ser apontada reside no fato de que – na esteira das lições de Stefano Rodotà – a privacidade indica uma visão negativa e estática, em larga medida pautada na concepção de impossibilitar a interferência de terceiros. Em contrapartida, a proteção de dados confere ao titular poderes positivos e dinâmicos postos à sua disposição com vistas ao controle sobre a coleta e o processamento dos dados que lhe digam respeito. Assim – de acordo com Rodotà –, o bem jurídico tutelado na privacidade gira em torno da informação e do sigilo, enquanto no direito à proteção de dados abarca a informação, a circulação e o respectivo controle.

Em decorrência dessa delimitação, o direito à proteção de dados – diferentemente do direito à privacidade, que estabeleceria um "não fazer" de terceiros para evitar uma invasão na esfera íntima – põe à disposição do titular, segundo Sarlet, *poderes positivos e dinâmicos* para o controle do tratamento de seus dados pessoais.

Daí porque conclui o autor que:

> (...) o direito à autodeterminação informativa apresentar dupla dimensão individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a

[9] MENDES, Laura Schertel. **Autodeterminação informativa:** a história de um conceito. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, V 25, nº 4, out/dez 2020. P. 11.

[10] SARLET, Info Wolfganag; Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. *In*: **Tratado de proteção de dados pessoais**, coorndenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 32/33.

> possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão de seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual (coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*). Dito de outro modo, a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal.

Retoma-se, aqui, as considerações feitas no início deste artigo, de que, ao mesmo tempo em que só há crescimento econômico se for sustentável, aqui, no campo do avanço tecnológico em processar dados pessoais, só haverá progresso se observado esse direito coletivo de autodeterminação informativa.

Compreender essa transcendência do direito à proteção de dados sobre esse caráter negativo e estático do direito à privacidade é fundamental para explorar, pouco mais adiante, os seus impactos em atividades como as de compartilhamento de informações pelo COAF.

O direito brasileiro, por sua vez, bastante em linha com os conceitos desenvolvidos pelo direito alemão e com as diretivas europeias, recentemente consagrou a proteção de dados como um direito fundamental *decorrentes de cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII)*, segundo decidido em 2020, pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, em casos que tratavam do compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Não demorou – ao menos desde o julgamento da ADI – e, em 11/02/2022, a proteção de dados pessoais foi positivada na Constituição Federal como direito autônomo, em especial no artigo 5º, LXXIX: "*é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais*".

3. A aplicabilidade da proteção de dados pessoais às atividades de inteligência financeira

O Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, é verdade, ainda se encontra em tramitação legislativa, de modo que, na data de divulgação deste artigo, ainda não há uma lei geral que proteja e limite o poder estatal no uso de dados pessoais em investigações penais e atividades de inteligência.

No entanto, há vários fatores que induzem à conclusão de que todo esse conceito de direito à proteção de dados pessoais é plenamente aplicável às atividades de inteligência financeira desempenhadas pelo COAF, especialmente no que diz respeito ao compartilhamento dessas informações com órgãos de persecução.

Em primeiro lugar, esse direito já se encontra expressamente previsto na Constituição Federal como um direito autônomo, de sorte que a plena eficácia de normas constitucionais permite – senão impõe – a sua aplicação sobre as atividades de todas as instituições que se submetem ao Estado de Direito brasileiro, como é o caso do COAF.

No direito comparado, não parece haver dúvida quanto à aplicabilidade do direito à proteção de dados pessoais sobre as atividades de inteligência financeira, desempenhadas pelas FIUs – *Financial Intelligence Units*, ficando o debate a cargo de quando, onde e como devem essas garantias incidir.

Não à toa, na Europa, o constante investimento nas unidades de inteligência financeira como forma de combate à lavagem de dinheiro e ao terrorismo tem sido acompanhado de uma preocupação pela garantia à proteção de dados, impedindo ou, ao menos, excepcionalizando fluxos de informação que atentem contra a finalidade para a qual determinados dados foram obtidos.

Exemplo recente disso é que, após a edição da Diretiva 2021/0250 (COD), pelo Parlamento Europeu, em 20/07/2021, *relativa aos mecanismos a serem criados pelos Estados-Membros para prevenir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou d/e financiamento do terrorismo*, na qual se ampliou de forma significativa o acesso e o processamento de dados, bem como a comunicação entre as unidades de inteligência financeiras dos países e outras autoridades, o *European Data Protection Supervisor (EDPS)* emitiu a *Opinion* 12/2021, demonstrando preocupação com possíveis violações à privacidade, especialmente quanto à amplitude de acesso a dados e a sua forma de processamento.[11]

[11] Segundo a Opinion: *The EDPS notes that the proposed AML package takes a risk-based approach to the screening of bank's clients in order to assess whether they may represent a money-laundering risk. While the EDPS appreciates the value of the risk-based approach underpinning the proposed legislative package, he considers that further clarifications are needed to minimize intrusion into individual's privacy and to ensure full compliance with data protection rules. (...) ln relation to the proposal for the coordination mechanism of Financial intelligence Units (FIUs), the EDPS emphasizes in his opinion that access to information related to criminal offences in particular, and access to administrative information and financial information about individuals should be limited to what is necessary in light of specific purposes. ln this regard, he invites the legislator to reassess the necessity and proportionality of the proposed access rights. (...) The EDPS notes the reference, under recital 51 of the Proposal for a Directive, to functionalities of the FIU.net allowing "FIUs to match their data with data of other FIUs in an anonymous way with the aim of detecting subjects of the FIU's*

No Brasil, como visto, o anteprojeto de lei de proteção de dados voltado para segurança pública e persecução penal ainda se encontra em tramitação legislativa. Em seu texto, há expressa indicação de que as proteções ali dispostas se aplicam às atividades de inteligência financeira.

Independentemente da conversão desse anteprojeto em lei, a recente consagração do direito à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal já tem produzido impactos sob diversas instituições, tais como órgãos de inteligência e o compartilhamento de seus dados.

Na ADI 6.529/MC, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 13/08/2020, conferiu interpretação conforme a dispositivos da Lei nº 9.883/1999[12], que preveem o compartilhamento de dados entre órgãos do sistema de inteligência brasileiro (SISBIN) – nos quais se incluem o COAF – com a ABIN.

Embora os dispositivos legais impugnados estejam vigentes há mais de 20 (vinte) anos, votos importantes como os do Ministro Edson Fachin[13] e do Ministro Gilmar Mendes dirigiram o olhar para o cenário atual de fluxo facilitado de informações entre instituições públicas, aplicando princípios do direito à proteção de dados pessoais para limitar esse compartilhamento entre órgãos de inteligência e a ABIN.

---

interests in other Member States and identifying their proceeds and funds, whilst ensuring full protection of personal data." In this regard, the EDPS reiterates, as already indicated in the Opinion 1/2017 and in the Opinion on the Action Plan, that he considers more in line with the principles of proportionality and purpose limitation a legal configuration of the powers of FIUs as "investigation-based" rather than 'intelligence-based". The latter approach would be more similar to data mining than to a targeted investigation, thus further impacting data protection. The specification under recital 51, not mirrored by the way by a corresponding provision in the operative part of the Proposal for a Directive, seems to refer indeed to a data mining technique for the identification of subjects of (merely) potential interest. Hence, the EDPS recommends deleting the aforementioned wording in recital 51 of the Proposal for a Directive. Disponível em https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/anti-money-laundering-and-countering-financing_en. Acesso em 19 maio 2022.

[12] Lei n. 9.883/1999, Art. 4º (…) Parágrafo único. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais.

[13] Confira-se trecho do voto do Ministro Edson Fachin: *A plausibilidade do pedido realizado na inicial é exacerbada, precisamente, pela natureza das atividades de inteligência. Ainda que se possa, em momento posterior, discutir o caráter de política pública do serviço de inteligência, delimitando inclusive sua adequação à ordem de um Estado de Direito Democrático, é evidente que tal compartilhamento de dados ativa inúmeras sensibilidades democráticas, incluindo o risco de construção de mecanismos típicos de um Estado policialesco. Neste sentido, o presente caso, por tratar de envio de dados pessoais a agência de inteligência, acarreta ainda maiores restrições às liberdades que aquele julgado nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393. Tem-se um cenário em que a ausência de protocolos claros de proteção e tratamento de dados, somada à possibilidade, narrada na inicial e amplamente divulgada na imprensa, de construção de dossiês investigativos contra servidores públicos e cidadão pertencentes à oposição política, deve gerar preocupações quanto à limitação constitucional do serviço de inteligência*.

Em especial, o voto do Ministro Gilmar Mendes afirma que esse compartilhamento de dados de inteligência deve ser interpretado sob o prisma do direito à autodeterminação informativa, consagrando-se um "*devido processo informacional*", no qual o titular dos dados possa ter "*o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle*":

> I – Da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais na ordem constitucional brasileira
>
> Em primeiro lugar, é importante situar epistemologicamente que o parâmetro de controle invocado nesta ADI está relacionado à afirmação do direito à proteção de dados pessoais enquanto categoria autônoma de direito fundamental na ordem constitucional brasileira, especialmente na forma de uma projeção alargada do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, consagrado no art. 5º, inciso X, da CF.
>
> (...)
>
> Em uma dimensão subjetiva, a proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e, em uma perspectiva objetiva, a atribuição ao indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados. (MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140., p. 176-177).
>
> A partir da tradição norte-americana, também é possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro "devido processo informacional" (informational due process privacy right), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios.
>
> (...)
>
> Essa abrangência da proteção atribuída ao direito de autodeterminação constitui importante chave interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual não recai propriamente sobre a dimensão privada ou não do dado, mas sim sobre os riscos atribuídos ao seu processamento por terceiros.
>
> É justamente a partir deste prisma que deve ser examinada a constitucionalidade dos dispositivos impugnados da Lei 9.883, de 1999, que dispõe, no que interessa, sobre o fornecimento à ABIN de dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais.
>
> (...)
>
> Verifica-se que o art. 4º, parágrafo único, da lei, ao contemplar a análise de dados como etapa essencial das atividades de inteligência, esclareceu a possibilidade – e não necessariamente a obrigatoriedade – de compartilhamento de dados entre os órgãos componentes do Sistema.
>
> Essa simples previsão legal, porém, apesar de ser necessária, não é em si suficiente para legitimar todo e qualquer procedimento de compartilhamento e requisição de dados, uma vez inafastável a observância das garantias institucionais de

> cunho constitucional, sobretudo naquilo que diz respeito ao direito ao sigilo ou a reserva de jurisdição.
>
> Nesse aspecto, ao menos em um juízo de cognição sumária típico dessa fase processual, entendo que o exame da constitucionalidade deve ser examinado a partir do clássico teste da proporcionalidade, o qual, aliás, afigura-se central para a verificação de violações ao direito à autodeterminação informacional, como consagrado na jurisprudência do BVerfG a partir do julgamento da Lei do Censo de 1983.
>
> (...)
>
> Por todos esses motivos, entendo que, no caso concreto, há alguma verossimilhança nas alegações da autora, no sentido de que o ato normativo trazido a exame desta Suprema Corte – justamente por contemplar aplicações múltiplas e genéricas – tem o potencial de violar os direitos fundamentais da proteção da privacidade, da proteção de dados e da autodeterminação informativa dos cidadãos brasileiros (art. 5º, incisos X e XII, da CF/88), e tampouco mostra-se proporcional ante as suas finalidades.

Do voto do Ministro Gilmar Mendes, é possível inferir que esse intercâmbio de dados de inteligência, mesmo que entre órgãos integrantes do SISBIN, se submete ao regime constitucional da proteção de dados. Podemos ver aí a formação do que Ingo Sarlet chamou de "*ordem comunicacional livre e democrática*", encarando a privacidade como um direito coletivo e uma obrigação institucional do Estado Democrático de Direito.

Com esses e outros fundamentos jurídicos, o Plenário do STF estabeleceu como balizas para esse compartilhamento de dados de inteligência os seguintes parâmetros: a) os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN quando comprovado o interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade de o fornecimento desses dados atender a interesses pessoais ou privados; b) qualquer solicitação de dados deverá ser devidamente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário; c) mesmo presente interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou dados sujeitos à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados na forma do dispositivo legal, decorrente do imperativo de respeito aos direitos fundamentais; d) nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à ABIN, são imprescindíveis procedimento formalmente instaurado e existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de eventual omissão, desvio ou abuso.

Repare que esses filtros foram aplicados em uma fase de processamento e compartilhamento de dados entre órgãos de inteligência, cuja transferência deverá ter, por

definição, sempre os fins previstos no § 2º do art. 1º da Lei n. 9.883/1999: " [inteligência é] *a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado*".

Trata-se, portanto, de atividade de inteligência clássica, que é essencialmente grave, com potencial de restringir direitos, dado que trabalha no campo prévio, de forma ágil, para auxiliar em processo decisório que envolva interesses de extrema relevância, como segurança nacional, segurança da sociedade, etc.

Como aqui já ilustrado, na Europa, o debate sobre essa compatibilidade entre o direito à proteção aos dados pessoais e a expansão do fluxo informacional das unidades de inteligência financeira já se encontra no campo interno da própria atividade de inteligência, como, por exemplo, os limites de compartilhamento de dados entre UIFs.

É natural que, nessa esfera entre órgãos de inteligência, haja uma incidência mais branda de direitos constitucionais, como o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII, CF), de *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF), de sigilo de dados e comunicações (art. 5º, XII, CF) e a própria proteção de dados pessoais (art. 5º, LXXIX, CF), diante da própria finalidade dos serviços de inteligência – auxiliar, de forma célere ou mesmo imediata, no processo decisório ou ação governamental para garantir a segurança da sociedade e do Estado –, sob pena de colocar em risco a própria inteligência.

Sobre o ponto, as lições de Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana[14] ensinam que "*sendo diferentes as funções desempenhadas na inteligência, na segurança pública e no processo penal, são também diferentes os parâmetros que autorizam o Estado a levantar dados em cada um desses âmbitos*", explicando, então, a distinção entre as atividades de inteligência e as de persecução penal:

> O tratamento dos dados está limitado à finalidade que fundamentou o seu levantamento. O próximo passo consiste então em saber quais são essas finalidades. Para o nosso tema, interessa saber como se distinguem as atividades de inteligência, garantia da segurança pública e persecução penal. Afinal, por meio dessas atividades, o Estado exerce determinadas *funções*, ou seja, busca realizar fins específicos. Dessa diferença de fins decorrem também *diferentes critérios para adequação dos meios*, os quais, no nosso caso, são medidas de tratamento de dados. Em outras palavras: sendo

[14] GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurara pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 51/53.

> diferentes as funções desempenhadas na inteligência, na segurança pública e no processo penal, são também diferentes os parâmetros que autorizam o Estado a levantar dados em cada um desses âmbitos. Portanto, há que se perguntar, em primeiro lugar, no que consiste a diferença de funções entre persecução penal, segurança pública e inteligência.
>
> A persecução penal está voltada para a confirmação de uma *suspeita* (em detalhes, D.I.2). É a suspeita que dá ensejo à atuação dos órgãos de persecução penal. A atividade desenvolve-se desde um ponto de vista *retrospectivo*; trata-se de desvendar a ocorrência de um fato pretérito. (...) As atividades de inteligência têm como função a coleta e a análise de informações necessárias para antecipar-se a perigos ou formular políticas de segurança interna ou externa. Na realização dessa atividade, os serviços de inteligência dispõem de ampla margem de investigação com alto potencial interventivo na esfera dos dados pessoais, por atuarem em um *campo prévio (Vorfeld)* à existência de perigos ou suspeitas. A inteligência está voltada à *precaução*.

Ora, se já se discute uma harmonização desse processamento e compartilhamento interno de dados por órgãos de inteligência com o direito à proteção de dados pessoais, com muito mais razão, a nosso entender, deverá incidir essa garantia constitucional na transmissão de dados entre agência de inteligência e autoridade de investigação penal, porquanto a finalidade de sua transmissão não é de "*resguardar à segurança da sociedade ou do Estado*", mas de propiciar eventual abertura de processo sancionador criminal, com a futura aplicação da lei penal.

No caso do COAF, compreendemos, não deverá ser diferente, de modo que sejam garantidos, em maior grau, direitos fundamentais nessa etapa de tratamento de dados (disseminação às autoridades investigativas). É o que pretendemos explorar no próximo tópico, avaliando também suas consequências diretas.

4. Limites objetivos ao intercâmbio de informações entre COAF e Autoridades Investigativas

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), enquanto instituição integrante do sistema brasileiro de inteligência (SISBIN), parece ter uma natureza *sui generis*: ao mesmo tempo em que exerce um serviço clássico de inteligência, analisando dados, não para investigar uma suspeita previamente definida, mas com fins de resguardar a segurança da sociedade e do Estado, o COAF também tem o objetivo de prevenir e combater determinados crimes (hipótese previamente definida), o que poderia aproximar sua atuação a investigações penais clássicas.

O órgão trabalha em 3 (três) etapas de processamento de dados: recebimento, processamento e disseminação. Para os fins do presente artigo, interessa a etapa final, de disseminação de dados, normalmente na forma de relatórios de inteligência, às autoridades de investigação penal, atividade que, de certa forma, carrega consigo uma finalidade última de persecução penal.

Adotando-se a premissa de que haverá maior incidência de direitos fundamentais nos intercâmbios entre COAF e autoridades de investigação penal do que nas atividades de inteligência clássica, podemos concluir que, no mínimo, os filtros desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.529, ao compartilhamento entre agências do SISBIN e ABIN deverão também ser aplicados na disseminação de dados entre COAF e órgãos de persecução penal – resguardadas, é claro, suas particularidades.

Desta forma, podemos dizer que, para o COAF compartilhar dados pessoais com autoridades investigativas, deve a) estar comprovado o interesse público, aí compreendido o interesse estatal, por dever de ofício, de investigar e eventualmente punir crimes; b) a solicitação de compartilhamento deve ser motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário, aí se tratando da hipótese de "relatório a pedido" de autoridade investigativa; c) impossibilidade de transferência de dados sujeitos à reserva de jurisdição; d) e a existência de procedimentos formalmente instaurados e de um sistema seguro, com registro de acesso.

Parte dessas limitações, de certa forma, já foram estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao fixar as teses, no julgamento do RE 1.055.941/SP:

> 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;
>
> 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

No mencionado julgamento, o Plenário do STF explorou consideravelmente os pontos "c" e "d", estabelecendo que c) as informações constantes em relatórios de inteligência financeira disseminados a autoridades investigativas não violam o sigilo bancário e d) que o

compartilhamento dessas informações deve ocorrer apenas quando houver procedimento formalmente instaurado e por meio de canais oficiais.

Quanto aos pontos "a" e "b" (interesse público e solicitação de compartilhamento motivada), aqui cabem algumas considerações. Em primeiro lugar, essas duas limitações foram estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.529, por proposição da Ministra Carmen Lúcia, justamente se preocupando com casos de pedidos de compartilhamento de dados a órgãos de inteligência feitos por autoridades externas, que desejem se utilizar do poder informacional desses órgãos de inteligência, para atender a fins particulares e "bisbilhotar" a vida privada.

Discorreu a Ministra: "*Inteligência é atividade sensível e grave do Estado. "Arapongagem" não é direito, é crime. Praticado pelo Estado é ilícito gravíssimo. O agente que adotar prática de solicitação e obtenção de dados e conhecimentos específicos sobre quem quer que seja fora dos estritos limites da legalidade comete crime*".

Tal como naquele precedente, aqui, no caso de intercâmbio de dados entre COAF e autoridades de investigação penal, parece-nos também que a preocupação maior fica a cargo dessas hipóteses de pedidos de compartilhamento de relatório.

Primeiro, porque não há previsão legal para esse compartilhamento por solicitação de autoridades investigativas, mas tão somente para a transferência de ofício pelo COAF, conforme prevê artigo 15 da Lei nº 9.613/98[15], fato que, por si só, já deveria obstaculizar esse formato de disseminação de informações pelo órgão.

É verdade, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, no RE 1.055.941/SP, chancelou essa hipótese, entendendo não haver óbice para que autoridades investigativas façam pedidos ao COAF, o qual, por sua vez, poderá buscar informações já constantes em seu banco de dados, a fim de elaborar e compartilhar, se for o caso, relatório de inteligência financeira.

Dado esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, forçoso reconhecer que o direito constitucional à proteção de dados se projetará de maneira tal sobre esse intercâmbio que deverão ser exigidas: a) a comprovação do interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade de o fornecimento desses dados atender a interesses pessoais ou privados; b) e

[15] Lei nº 9.613/98, art. 15: O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

que a solicitação de dados esteja devidamente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, nesses casos de pedido/comunicação de autoridades investigativas ao COAF, o compartilhamento somente será válido quando na solicitação ficar demonstrado o interesse público e a devida motivação. Nessa demonstração, portanto, compreende-se, a nosso entender, a exposição bem fundamentada da hipótese investigada, as pessoas investigadas, os indícios já existentes, o procedimento já instaurado – sem prejuízo de outros aspectos ainda a serem desenvolvidos.

Segundo o relatório de atividades do COAF referente ao ano de 2021, esse é um procedimento que já ocorre nessas hipóteses de "comunicação de autoridades competentes", ou seja, pedidos de eventuais relatórios. Segundo o relatório:

> As informações sobre indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro devem ser apresentadas pela autoridade responsável pela correspondente investigação, na forma de Comunicação de Autoridade Competente, indicando o número e a natureza do procedimento instaurado, os fundados indícios da existência do ilícito investigado, bem como a identificação das pessoas envolvidas.[16]

É a fundamentada exposição dos indícios do ilícito investigado que demonstrará o interesse público-institucional na obtenção dos dados, autorizando que COAF busque, em seu banco de dados, por informações eventualmente úteis à investigação penal. Por certo que essa motivação da solicitação não se confunde com a fundamentação em ambiente judicial, mas que seja capaz de demonstrar, para cada pessoa apontada, que a obtenção dos dados é de interesse público, para fins de prosseguimento de investigação penal já existente.

Caso contrário, não sendo realizada essa exposição de motivos, ou não justificando o pedido quanto a esta ou aquela pessoa, a busca pelo COAF se traduzirá em *fishing expedition*[17] ou, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, "arapongagem", porquanto autoridades de

[16] Disponível em https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/RACoaf2021publica20220311.pdf. Acesso em 20 maio 2022.

[17] Alexandre Morais da Rosa e Thiago Bunning Mendes assim definem fishing expedition: *Fishing expedititon* ou "pescaria probatória" é o meio de "investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado que, de forma ampla e genérica, 'lança' suas redes com esperança de 'pescar' qualquer prova para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma investigação/ação já iniciada. Na doutrina alemã, Bernd Schunemann chama de "efeito hidra"**,** consistente na busca permanentemente ampliada (estendida) e com isso invasiva, com a finalidade de alcançar vestígios de fatos que inclusive se desconhece (SCHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 33). Disponível em http://www.ibadpp.com.br/uma-proposta-de-limites-para-evitar-o-fishing-expedition-a-partir-da-decisao-do-min-celso-de-mello-no-inq-4-831-df-por-alexandre-morais-da-rosa-e-tiago-mendes/. Acesso em 20 maio 2022.

persecução estarão se utilizando do poder informacional do órgão de inteligência para injustificadamente invadir a vida privada, o que afronta, de maneira profunda, o Estado Democrático de Direito.

A imposição desses limites da solicitação motivada e do interesse público é o que garantirá a tão importante separação informacional entre unidade de inteligência financeira e órgãos de persecução, de modo que as respectivas instituições tenham acesso a dados de forma constitucionalmente compatível com as suas finalidades.

Sobre essa separação, Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana[18] explicam que a sua necessidade se deve justamente ao fato de os serviços de inteligência terem a faculdade de "devassar a vida dos cidadãos":

> Há, no direito alemão, uma intensa discussão em torno do denominado *imperativo de separação* (*Trennungsgebot*). Sob essa rubrica, são discutidas diferentes formas de separação, p. ex. em relação às faculdades, à organização, ao corpo de servidores, às informações etc. Em especial, esse imperativo de separação faz-se valer entre as atividades de inteligência, de um lado, e as atividades de segurança pública e persecução penal, de outro. A razão para isso reside no vasto campo de atuação dos serviços de inteligência, que lhes confere amplo poder de acesso a informações dos cidadãos. Conforme afirmado, serviços de inteligência atuam em um campo prévio, sem que estejam submetidos a um ensejo para entabular investigação, levantar e analisar dados. Essa faculdade de devassar a vida dos cidadãos sem um ensejo concreto põe sob tensão a noção de Estado de Direito. A forma de equalizar essa desproporção do poder do Estado consiste em submetê-lo a um imperativo de separação.

A imposição de balizas objetivas nesse intercâmbio entre COAF e autoridades de investigação penal, a nosso entender, é o que garantirá essa separação informacional, de modo que o compartilhamento se dê rigorosamente dentro do Estado Democrático de Direito.

5. O acesso às comunicações entre COAF e Autoridades Investigativas como controle de legalidade diferido acerca do tratamento de dados pessoais

Como aqui já afirmado pela doutrina de Laura Schertel e Ingo Sarlet, o reconhecimento do direito à proteção de dados, especialmente em sua face de direito à autodeterminação

[18] GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 53.

informativa, transcende a esfera do direito à privacidade, nele compreendido a sua esfera íntima e individual.

A privacidade, antes compreendida como um direito estático e negativo, de ser deixado em paz, impondo a terceiros um "não fazer", um "não invadir", adquire um regime jurídico tal que confere ao titular dos dados pessoais, nas palavras de Ingo Sarlet, "*poderes positivos e dinâmicos com vistas ao controle sobre a coleta e o processamento dos dados que lhe digam respeito*". Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em voto na ADI 6.529, corolário da proteção aos dados pessoais é a preservação a um "*devido processo informacional*", no qual o titular dos dados possa ter "*o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle*".

É verdade que certas atividades – como as de inteligência e de investigação criminal – não poderão se submeter a um pleno e completo regime de proteção aos dados pessoais, sob pena de se tornarem inócuas. A comunicação ao titular sobre o tratamento e compartilhamento, por exemplo, poderá gerar prejuízos à própria finalidade das instituições.

Isso não significa que o processamento e compartilhamento de dados pessoais para fins de persecução penal ou segurança pública não se submeta a um regime de controle – ainda que mínimo – pelo titular. Se, por um lado, postulados como transparência e consentimento não deverão ter plena incidência, por outro, o controle diferido acerca da regularidade no tratamento desses dados deve ser garantido.

Nesse sentido, Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana[19] ensinam que, como forma de reduzir efeitos prejudiciais provocados por intervenções ocultas – tais como as de investigação – em dados pessoais, é direito do titular ter acesso a esse processamento, "*tão logo inexistam razões para mantê-lo em segredo*". Vejamos:

> (...) é preciso que todos os titulares afetados sejam informados a respeito das intervenções que sofreram, a fim de que, sentindo-se lesados, possam tomar providências jurídicas a respeito. Para tanto, é necessário que também lhes sejam garantidos mecanismos jurídico-procedimentais suficientes para ver apreciadas as lesões ou ameaças a seus direitos (como garante o art. 5° XXXV CF).
>
> Assim, o reconhecimento de direitos ao titular de dados é uma forma de mitigação dos prejuízos estruturais causados pelo levantamento e pelos demais processamentos de seus dados pessoais, frequentemente ocorridos sem sua ciência e, por consequência, sem seu consentimento. Como é perceptível, esses direitos são apenas mais uma consequência lógica da proteção de dados pessoais por meio de

[19] GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurara pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 53.

> cláusulas de direitos fundamentais, em razão do princípio da proporcionalidade. A ideia aqui é tentar reduzir os desnecessários efeitos prejudiciais do processamento de dados ao indivíduo por meio da garantia de *transparência* do processamento e *de oposição jurídica* por parte do titular dos dados; em outras palavras, permitindo sua *compreensão e controle* dos dados pessoais.
>
> (...)
>
> Os âmbitos da segurança pública e do processo penal, especificamente, são casos que merecem tratamento especial em relação aos direitos do titular. E isso pela simples razão de que a efetividade da proteção contra perigos e do processo penal, muitas vezes, depende de *meios de investigação secretos ou ocultos*, os quais, por sua natureza, restringem a tomada de conhecimento da intervenção informacional pelo afetado. Isso, por si só, agrava significativamente a intensidade da intervenção, porque, sem ciência a seu respeito, não pode o afetado opor-se juridicamente ao processamento. Por essas razões, essas medidas preveem, em regra, um direito do afetado de ser notificado sobre o processamento oculto *tão logo inexistam razões para mantê-lo em segredo*, garantindo ao afetado a possibilidade de verificar judicialmente a legitimidade do processamento realizado e as demais formas de controle cabíveis.

Não se sustenta, aqui, que haja acesso pelo titular de dados compartilhados pelo COAF a toda a cadeia de produção dos relatórios de inteligência, desde o envio pelas entidades obrigadas, muito menos acesso aos tratamentos internos conferidos pelas fases de análise do órgão.

Compreendemos, na verdade, na linha da premissa adotada de que haverá maior incidência de direitos fundamentais nas etapas procedimentais com finalidade de persecução penal, que assistirá direito de acesso às comunicações entre COAF e autoridades investigativas, como exercício do poder de controle do titular sobre a forma pela qual seus dados pessoais foram tratados pelas instituições públicas brasileiras.

Afinal, a partir do momento em que a persecução penal se desenvolveu a ponto de chegar ao conhecimento formal do titular dos dados compartilhados, parece-nos que o acesso às comunicações, isto é, o rastreio do caminho pelo qual seus dados percorreram, integra o direito de acesso à informação do indivíduo.

Nesse sentido, o artigo 5º, XXXIII, CF, prevê que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*. A exceção é para compartilhamento com fim de segurança da sociedade e do Estado, hipóteses típicas de atividade de inteligência. O compartilhamento com fins de investigação penal – como é o caso de disseminação de relatórios de inteligência financeira a órgãos de persecução – não está contido nessa exceção

constitucional, de modo que a comunicação desse canal pode, e deve, ser considerada objeto do direito ao acesso à informação.

Portanto, o pleno exercício do direito à proteção dos dados pessoais, a nosso entendimento, confere o *poder positivo* de ter um controle diferido acerca desse compartilhamento, podendo o titular tomar conhecimento das peças que compuseram essa transmissão entre COAF e autoridades investigativas.

Se, a partir da filtragem constitucional aqui já exposta, o compartilhamento de dados pelo COAF deve observar, ao menos, esses quatro limites – a) interesse público; b) solicitação motivada; c) impossibilidade de transferência de dados sujeitos à reserva de jurisdição; d) procedimento formalmente instaurado e canal seguro –, parece-nos de extrema relevância garantir um controle mínimo – ainda que diferido – ao titular dos dados compartilhados, concedendo-lhe acesso às comunicações para controle de legalidade à luz desses parâmetros objetivos.

Em especial, nos casos de solicitações de informações por autoridades investigativas ao COAF, o acesso à motivação apresentada, com datas, número de procedimentos, exposição dos indícios, certificação do autor, dentre outros fatores, é o que cumprirá com o dever de transparência sobre o tratamento de dados pessoais.

Em um paralelo aplicável a esse intercâmbio entre COAF e autoridades de investigação, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na ADI 6.529, embora não tenha se fundamentado na proteção de dados pessoais, propõe, como *obter dictum*, a necessidade de a solicitação dos dados – por agentes da ABIN – ser documentada, para "*que se saiba sempre quem entregou e quem recebeu, porque isso é importante para o controle da cadeia de legalidade*". Com mais razão ainda esse raciocínio deve ser aplicado às disseminações de relatórios do COAF para órgãos de persecução, tendo em vista a sua finalidade de investigação penal.

Aliás, do filtro aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, vê-se que essa solicitação motivada poderá ser submetida a *eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário*. Por certo que esse controle pelo Poder Judiciário deverá ocorrer com a participação do titular dos dados, sujeito da garantia constitucional de proteção à privacidade/personalidade, justamente conferindo-lhe acesso a essa solicitação/comunicação. Afinal, incide aqui o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prescrito no artigo 5º, XXXV, CF: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Esse ponto, portanto, reforça o que aqui sustentamos: que, após a transmissão desses dados, o titular dos dados compartilhados deverá ter acesso a essa solicitação, para, perante o Poder Judiciário, exercer controle de legalidade.

6. Conclusão

Em suma, podemos concluir que, passando o compartilhamento de dados pelo COAF às autoridades investigativas pelo filtro constitucional da proteção de dados pessoais, parece que alguns impactos objetivos podem ser identificados, especialmente à luz da interpretação conforme conferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.529.

A partir da premissa de que o compartilhamento de dados do COAF para fins de investigação penal deverá ter uma incidência maior de direitos fundamentais do que o intercâmbio de informações para fins de inteligência (segurança da sociedade e do Estado), tudo indica que os limites impostos ao compartilhamento de dados entre agências de inteligência, julgado na ADI 6.529, também terão aplicação na transmissão de informações pelo COAF às autoridades investigativas.

Exigências como a) comprovação do interesse público; b) a solicitação de compartilhamento ser motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário; c) impossibilidade de transferência de dados sujeitos à reserva de jurisdição; d) e a existência de procedimentos formalmente instaurados e de um sistema seguro, com registro de acesso; devem ser aplicadas a essa etapa do tratamento de dados pelo COAF (disseminação aos órgãos de persecução), resguardadas as devidas particularidades.

Como expressão do direito constitucional à proteção de dados pessoais, faz sentido que o titular dos dados compartilhados exerça um controle mínimo sobre essa transmissão, ainda que de forma diferida, isto é, após o atingimento dos fins desse compartilhamento, para que se certifique da sua legalidade ou não.

Focalizando nessa etapa do tratamento de dados pelo COAF (disseminação), entendemos que esse controle sobre a transmissão pelo seu titular deve ser aperfeiçoar por meio do acesso às comunicações entre unidade de inteligência financeira e autoridade de persecução penal, sobretudo à solicitação de compartilhamento eventualmente feitas por essas autoridades.

Afinal, de nada adiantaria – ou praticamente nada – se se impuser limites objetivos para o compartilhamento, em observância aos direitos da personalidade, sem que se disponibilizem meios de controle ao titular dos dados.

DOI: 10.55689/rcpjm.2022.04.007 | ISSN: 2764-1899

Garantir a proteção de dados pessoais, como visto, não se trata só de um direito negativo e estático de ser deixado em paz, mas de consagrar poderes positivos de manter o controle do titular sobre seu tratamento, mesmo que na forma de uma transparência posterior ao processamento.

O tema – aplicação do direito à proteção de dados pessoais ao compartilhamento de dados pelo COAF às autoridades investigativas –, de modo geral, é de extremas amplitude e profundidade, estando, por isso, cada vez mais, sendo alvo de estudos acadêmicos para aperfeiçoar essa atividade que tem adquirido protagonismo no combate a crimes de lavagem de dinheiro, terrorismo, entre outros.

As contribuições do presente trabalho, embora pontuais diante da imensidão teórica que permeia o tema, exploram questões ainda controvertidas, que sem dúvida merecerão maiores aprofundamentos.

7. Bibliografia

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 65, 1* (1983).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000. Altera dispositivos da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, que "dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp102.htm#:~:text=Altera%20dispositivos%20

da%20Lei%20Complementar,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias%22. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Lei 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Lei 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Lei 12.683, de 9 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI 6.529/MC. Voto do Ministro Edson Fachin. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 11 de outubro de 2021. Diário de Justiça, Brasília-DF, 21 de outubro de 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5972837. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 1.055.941/SP.. Min. Dias Toffoli. Brasília, 4 de dezembro 2019. Diário de Justiça, Brasília-DF, 5 de outubro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056. Acesso em: 20 maio 2022.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (Brasil). **Relatório de Atividades Coaf 2021**. Brasília, 2021. Disponível em https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/RACoaf2021publica20220311.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (União Europeia). **Opinion 12/2021: on the anti-money laundering and countering the financing of terrorismo.** Bruxelas, 2021. Disponível em https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/anti-money-laundering-and-countering-financing_en. Acesso em: 19 maio 2022.

LEGISLATIVE OBSERVATORY: EUROPEAN PARLIAMENT (União Europeia). **2021/0250(COD) - Prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing: mechanisms to be put in place by the Member States.** Estrasburgo, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE, 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/diretiva-europeia.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

GARFINKEL, SIMSON. ***Database Nation*: the death of privacy in the 21th Century.** California: O'Reilly Media, 2000.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurara pública.** 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

MENDES, Laura Schertel. **Autodeterminação informativa: a história de um conceito.** Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, V 25, nº 4, out/dez 2020.

_____, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre; MENDES, Tiago. **Uma proposta de limites para evitar o fishing expedition a partir da decisão do Min. Celso de Mello no Inq. 4.831/DF.** Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em http://www.ibadpp.com.br/uma-proposta-de-limites-para-evitar-o-fishing-expedition-a-partir-da-decisao-do-min-celso-de-mello-no-inq-4-831-df-por-alexandre-morais-da-rosa-e-tiago-mendes/. Acesso em 20 maio 2022.

SARLET, Info Wolfganag; Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. *In*: **Tratado de proteção de dados pessoais**, coorndenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393° del código penal peruano

Passive bribery act: peruvian penal code - article 393° analysis

Raúl Ernesto Martínez Huamán[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: El autor establece la importancia del delito de cohecho pasivo propio en la actualidad, mencionado que es uno de los delitos de mayor incidencia, en relación al valor del beneficio, el mismo no es determinante para la comisión del delito analizado, sino la capacidad objetiva para corromper. En relación a la conducta típica, delimita y diferencia los supuestos de aceptar, recibir y solicitar. Otro problema encontrado por el autor, se encuentra relacionado al bien jurídico protegido penalmente, así el autor precisa que, lo protegido es la expectativa que el funcionario no direccione (motive) su actuación pública en base a un incentivo externo, es decir no privatice su actuar.

Palabras clave: Cohecho, antecedente y subsiguiente, aceptar, recibir, solicitar, condicionar, donativo, promesa, ventaja, quantum, socialmente permitido, conocimiento

Summary: The author establishes the importance of the passive bribery crime in the present time, mentioning that it is one of the crimes with the highest incidence, in relation to the value of the benefit, the same is not decisive for the analyzed crime commission, but the objective capacity to corrupt. In relation to the typical conduct, he delimits and differentiates the accepting, receiving and soliciting assumptions. Another problem encountered by the author is related to the legal interest criminally protected, so the author specifies that what is protected is the expectation that the official does not direct (motivation) his public action based on an external incentive, i.e. does not privatize his action.

[1] Profesor en la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Privada San Juan Bautista. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga – España (Beca AUIP). Estancia de investigación científica en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Alemania (Beca Max-Planck-Institut). Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Lavado de Activos. (*rmartinez.abogado@gmail.com*).

Key words: bribery, accepting, receiving, soliciting, conditional, promise, socially permissible, knowledge.

1. Introducción

Dentro de todos los delitos contra la administración pública, uno de los delitos que ocupa una carga de atención considerable para la administración de justicia es el delito de cohecho pasivo propio, por ejemplo, a nivel de la Policía Nacional del Perú, ocupa el primer puesto como casos que afectan a dicha institución con un 35%[1]. Asimismo, se ha podido observar que, dentro de casos emblemáticos en nuestro país, normalmente se imputa el delito de cohecho pasivo propio. Igualmente, debemos precisar que, si bien podemos encontrar que es un delito muy frecuente, no ha sido de mucho interés por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, pues solo existe un Acuerdo Plenario, N° 01-2005/ESV-22, que constituyó precedente vinculante, donde se desarrolló el elemento "*aceptar*". En tal sentido, teniendo en cuenta que el delito de cohecho pasivo propio es el delito representativo dentro de los delitos contra la administración pública, el presente trabajo tiene como finalidad establecer los alcances del citado ilícito penal.

Previo al análisis del delito, debemos precisar que el delito de cohecho pasivo propio se encuentra regulado en el artículo 393° del CP peruano, el cual ha tenido hasta la fecha tres modificaciones, todas encaminadas a una mayor represión, precisando que la última regulación, derivada de la modificación realizada a través del Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, establece de forma textual lo siguiente:

> ***Artículo 393 CP.- Cohecho pasivo propio***
>
> ***El funcionario*** *o servidor público que* ***acepte*** *o* ***reciba donativo****, promesa o cualquier* ***otra ventaja o beneficio****,* ***para realizar u omitir*** *un acto en* ***violación de sus obligaciones*** *o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será*

[1] Véase el Informe de la Procuraduría Pública, visitado por última vez el 15 de octubre de 2019: https://www.minjus.gob.pe/ultimas-noticias/primer-informe-del-gestion-procuraduria-anticorrupcion/ También, FECOF - Balance Estadístico 2021, Coordinación Nacional de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Lima, 2022, visto por última vez en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3002947/BALANCE%20ESTADISTICO%20FECOF%202021.pdf.pdf. También su incidencia en la aplicación judicial VÍLCHEZ (2021:383).

> *reprimido con pena privativa de libertad* ***no menor de cinco ni mayor de ocho años*** *e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*
>
> *El funcionario o servidor público que* ***solicita, directa o indirectamente****, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad* ***no menor de seis ni mayor de ocho años*** *e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*
>
> *El funcionario o servidor público que* ***condiciona*** *su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."*

2. Análisis del delito de cohecho pasivo propio

Previo al desarrollo de los principales componentes del delito de cohecho pasivo propio, consideramos pertinente explicar sus distintas clasificaciones. En ese sentido, aludimos al **cohecho pasivo** cuando el acto ilícito es realizado por el funcionario o servidor público; en tanto, nos referimos al **cohecho activo** cuando quien realiza la conducta prohibida es el particular[2], quien ofrece, entrega o promete una dádiva el funcionario, indicando la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el Recurso de Nulidad N° 1091-2004, sobre el particular que:

> "*Cuarto: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventaitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o* ***cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario*****".**

[2] Así, GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1047).

Otra la clasificación es la de **cohecho propio,** conforme al cual la conducta realizada o a realizar por el funcionario es contrario al ordenamiento jurídico; y, **cohecho impropio,** de acuerdo, a ello el funcionario realiza o promete un acto propio de su cargo, es decir, conforme a lo establecido normativamente.

Finalmente, tenemos dentro de las clasificaciones al **cohecho antecedente,** que se configura cuando la recepción o aceptación del beneficio tiene lugar antes de la realización del hecho ilícito por parte del funcionario, y de otro el **cohecho subsiguiente,** en el cual la dádiva o beneficio se entrega con posterioridad a la ejecución del acto ilícito del funcionario (que puede ser propio o impropio)[3].

3. Bien jurídico protegido

Actualmente existen distintas posiciones sobre el bien jurídico penalmente protegido en el delito de cohecho, así autores, como POLAINO NAVARRETE, consideran que el bien jurídico se encuentra integrado por: "*el correcto ejercicio de la función pública y por la incorruptibilidad de los titulares de la misma, sin exigencias de cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración Pública*[4]*".*

Por otro lado, cierto sector de la doctrina estima que lo protegido es la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la administración pública[5], debido a que lo primordial es la repercusión que en la opinión pública pueda tener la conducta del funcionario y del particular en la promesa y aceptación de la ventaja[6]. En tanto, que otro sector considera que, el bien jurídico está vinculado a la honradez e integridad de la condición de funcionario público, específicamente en las actividades enmarcadas en sus funciones[7]; posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia de fecha 24 de enero de 2001:

[3] Sobre esta clasificación véase a ZÁRATE CONDE (2017:759). Asimismo, CUGAT MAURI (2016:414).
[4] POLAINO NAVARRETE (2011:324). En un sentido similar, ORTS BERENGUER (2016:658).
[5] Señala, sobre el particular, OLAIZOLA NOGALES que esta posición es la defendida por SCHÖDER y MAURACH en la doctrina alemana (1999:96). En igual sentido, DE LA MATA BARRANCO (2006:122).
[6] OLAIZOLA NOGALES (1999:97). Posición compartida por BACIGALUPO (2009:1353), quien indica que el bien jurídico protegido es la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial.
[7] Así tenemos a VIZUETA FERNÁNDEZ (2016:698). Comparte esta posición ZÁRATE CONDE, al indicar que: "(…) *se trata de la honradez e integridad del funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas que no debe conseguir ningún provecho por el mismo*" (2017:758). De la misma forma HENRIQUE al precisar la probidad del funcionario (2013:1160).

> "(…) *lo que la norma busca es proteger la inmaculación del bien jurídico de la administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o los negocios particulares de* ***los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función***[8]".

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha establecido como bien jurídico penalmente protegido a la imparcialidad en la actividad de la administración pública. Así, por ejemplo, indica la Corte Suprema de Justicia que:

> "(…) *el bien jurídico protegido en esta clase de delitos,* ***es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia*** *en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos*[9]".

Sobre el particular, debemos indicar que, el bien jurídico como imparcialidad en la actuación administrativa es el predominante el día de hoy[10].

Al respecto, y a efectos de continuar con el desarrollo del presente trabajo, consideramos que lo protegido penalmente se encuentra vinculado a la expectativa que la sociedad tiene sobre el adecuado desarrollo de la administración pública[11], específicamente, en el delito de cohecho pasivo propio, **la expectativa que el funcionario no direccione (motive) su actuación pública en base a un incentivo externo, es decir no privatice su actuar**. Así, el funcionario que acepta, recibe o solicita una dádiva, está actuando fuera de todo procedimiento regular (acorde o no a sus funciones), pues únicamente se debe a la administración pública que representa.

Finalmente, debemos indicar que existía cierta discrepancia de si el bien jurídico es único o plural[12], debido a que tanto el funcionario como el particular lesionaban bienes jurídicos distintos, por ejemplo en el caso del funcionario sería el quebrantamiento del deber y la

---

[8] Sentencia citada por TIRADO ÁLVAREZ (2011:272).

[9] Ejecutoria Suprema, de fecha 07 de marzo de 2008, Recurso de Nulidad N° 1406-2007, citado en MONTOYA VIVANCO (2015:97). Igualmente, en la Ejecutoría Suprema, del 02 de julio de 1998, Recurso de Nulidad N° 521-1998, donde se señala: "*La conducta dolosa del encausado al solicitar prebenda económica* ***con el fin de parcializar su decisión jurisdiccional*** *ha vulnerado los principios de una correcta administración de justicia y los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe que todo magistrado debe observar*", citado por ROJAS VARGAS (1999:343).

[10] Así también lo considera BLANCO CORDERO (2015:283). Igualmente, ALONSO PÉREZ (2000:237), ORTIZ DE URBINA GIMENO (2015:365), SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2011:831). Posición seguida en Chile por OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:330). ROJAS VARGAS (2016:289-290).

[11] Dicha comprensión parte de nuestra metodología en cuanto al desarrollo de las instituciones penales que expusimos en MARTÍNEZ HUAMÁN (2019:43 y ss.).

[12] Señala esta discusión PRECIADO DOMÈNECH (2015:121).

confianza depositada, en tanto que en el particular el respeto debido al normal y correcto funcionamiento de los órganos del Estado; sin embargo, dicho problema ha quedado desplazado, conforme al bien jurídico establecido en el anterior párrafo, donde se trata de un único bien jurídico común[13], es decir que esa expectativa que se tiene sobre el funcionario, que su actuación no se motive por un agente externo o de mutuo propio, puede ser cometida por el particular y el funcionario.

4. Sujeto activo

Conforme a la regulación, es sujeto activo del delito cualquier funcionario o servidor público que cuente con una competencia genérica en razón de su cargo, debiendo remitirnos al artículo 425° de nuestro CP sobre quienes son funcionarios y servidores públicos.

En tal sentido, nos encontramos ante un delito especial propio[14], donde el funcionario debe actuar dentro del ámbito de sus funciones (sujeto cualificado[15]). Cabe precisar que, si bien mediante Decreto Legislativo N° 1385, del 07 de septiembre de 2018, se incorporó el delito de corrupción en el ámbito privado (arts. 241-A y 241-B del CP), por lo que, se podría hablar de delito especial impropio para el caso del cohecho pasivo propio, consideramos que el sentido de los delitos de corrupción privada se encuentran enmarcados en adquisiciones o comercializaciones a través de contrataciones, ámbito no abarcado por el delito de cohecho pasivo, pero sí para el caso del delito de colusión (384º CP), por esta razón, reiteramos que nos encontramos ante un delito especial propio.

Sobre el particular, ya ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la República que estamos en el cohecho pasivo ante un delito especial propio, así, la Sala Penal Transitoria indicó, en el Recurso de Apelación N° 05-2017-Huánuco, del 09 de mayo de 2019, que:

> *"7.1. (...) como el tipo penal es un **delito especial propio y de infracción de deber**, el funcionario público por el estatus que ostenta, tiene el "deber especial positivo" de actuar con imparcialidad, rectitud, transparencia y objetividad*
>
> *(...)*

[13] Posición seguida por OLAIZOLA NOGALES (1999:111). Igualmente, en Chile OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:330).

[14] Conforme lo señala ABANTO VÁSQUEZ (2003:427). Igualmente, ROJAS VARGAS (1999:346).

[15] Conforme lo menciona KUBICIEL, Michael (2020). "*Corrupción y compliance en el derecho penal alemán*". En: Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado. Andy Carrión y Michael Kubiciel (Dirs.). Lima, Editores del Centro, p.24.

> *7.2. (…)* ***Se exige al sujeto activo una cualidad especial****, el autor no puede ser cualquier persona sino aquellos que ostenta el cargo público y cumplen el rol funcional específico".*

Por ende, carece de relevancia penal, para el delito materia de análisis, los actos que no guarden relación con la función o cargo que desempeña el funcionario o servidor público. Así, por ejemplo, en España tenemos la sentencia del Tribunal Supremo que estableció que:

> "*El comportamiento del funcionario* ***ha de hacer referencia a actos relativos al ejercicio del cargo del funcionario,*** *han de constituir actos determinados y propios de las atribuciones o de la competencia que desempeña. Los supuestos típicos de cohecho pasivo propio están referidos a la realización de una conducta contraria a los deberes del cargo que desempeña el funcionario*[16]".

De tal suerte que, el funcionario o servidor público ha de tener entre sus competencias generales la realización de la acción u omisión que se solicite u ofrezca a realizar[17]; lo cual se desprende de los elementos del tipo de cohecho pasivo propio, donde se indica que, la realización u omisión debe ser en violación de sus obligaciones, es decir de los deberes que le son inherentes a su cargo, no encajando en el mismo aquellos actos que puedan ejecutarse debido a la facilidad con la que cuenta por su condición o posición. Nuestra jurisprudencia comparte la posición mayoritaria, al establecer que:

> "*puede ser cualquier funcionario o servidor público que* ***actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo*** *o función*[18]".

Requisito sin el cual no se configura el tipo penal, como ya lo ha indicado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 667-2016-Lima:

> *"Así,* ***todas las hipótesis deberán estar vinculados a actos, en general, inherentes a la función o servicio del sujeto activo****, pues de tratarse de prestaciones que no ingresen a su ámbito de competencia del funcionario o servidor el supuesto hecho imputado dejará de ser delito de cohecho pasivo propio para configurar otros ilícitos penales tales como tráfico de influencias, estafa o participación en cohecho".*

[16] Sentencia del Tribunal Supremo español N° 1096/2006, del 16 de noviembre de 2006 (RJ 2007,495), citada por PRECIADO DOMÈNECH (2015:129).
[17] En el mismo sentido BLANCO CORDERO (2015:286).
[18] Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora, de fecha 05 de julio de 2011, en el expediente N° 038-2006, citada por IDEHPUCP (2014:48).

En tal sentido, ésta es la razón por la que el particular se dirige al funcionario, al entender que le es posible la realización de un acto requerido, lo que a su vez comprende que la aceptación del funcionario se encuentre enmarcada en sus funciones, por ejemplo, no comete el delito de cohecho pasivo propio, el miembro de seguridad o limpieza de una institución pública que acepta una promesa de dádiva a fin de alterar o destruir unos expedientes que se encuentran en un determinado Despacho judicial, al no encontrarse dentro de sus funciones el resguardo o cuidado de los expedientes judiciales[19].

Situación similar se aprecia en España, donde el elemento exigido es la actuación "*en el ejercicio del cargo*", lo cual ha sido interpretado de forma amplia, por lo que el funcionario puede cometer el delito de cohecho pasivo propio si su actuar ilícito tiene conexión con las actividades que desarrolla, de tal forma que le permita actuar con facilidad, pero sin que sea un acto que le corresponde ejecutar en el uso de sus específicas competencias, así indicia ORTIZ DE URBINA GIMENO que: "*En la STS 293/2007 (ponente Ramos Gancedo), sin embargo, se afirma que existe cohecho cuando se ofrece dinero a dos agentes de la Guardia Civil para que ayuden a introducir ilegalmente en España importantes cantidades de tabaco ya que, aunque no tenían encomendada la vigilancia de aduanas, su condición les facilitaba la ayuda genérica que les era requerida*[20]". En la mencionada sentencia, el efectivo policial se vale de su condición para trasladar el tabaco; sin embargo, no se encuentra dentro de sus deberes específicos la supervisión del ingreso de mercaderías en aduanas, pero sí dentro de sus deberes generales combatir la delincuencia (Artículo 166° de la Constitución[21]), por lo que, el efectivo policial infringe su deber.

En caso el acto prometido u ofrecido a través de la aceptación no se encuentre dentro del marco de competencia, genérica o específica, del funcionario, no se configuraría el delito

[19] Vid. OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:338). En la doctrina nacional, no comparte esta posición, VÍLCHEZ, al considerar que el precepto legal no precisa el "ejercicio del cargo", sino "violación de sus obligaciones", con lo cual incendiar documentos por más que no se tenga el deber de custodiarlos encajaría en el supuesto de cohecho. Al respecto, debemos mencionar que, dicha interpretación desbordaría el sentido delictivo, transformando el tipo -casi- en delito común, al no existir límites, además, conforme a la jurisprudencias citadas, es unánime la dleimitación del ámbito competencial. Resalta el sentido de competencia funcional y territorial para el caso del cohecho HENRIQUE (2013:11602).

[20] Sentencia del Tribunal Supremo español, citada por ORTIZ DE URBINA GIMENO (2015:367).

[21] En el Perú, por ejemplo, tenemos que el artículo 166° de la Constitución establece la finalidad de la Policía Nacional: "*La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado.* ***Previene, investiga y combate la delincuencia****. Vigila y controla las fronteras*".

de cohecho pasivo, sino un delito de abuso de autoridad o usurpación de funciones[22]. Cierto sector de la doctrina considera que nos encontraríamos ante un delito de estafa[23], posición que no compartimos, pues el marco de la aceptación del funcionario, en el cohecho pasivo propio, es ilícito, en atención a ello, el ordenamiento jurídico no podría resguardar los acuerdos ilícitos a través del delito de estafa, el perjuicio patrimonial entraría en el ámbito de la competencia de la víctima.

De otro lado, debemos mencionar que, en el delito de cohecho pasivo propio, específicamente en el supuesto de "*aceptar*" y "*recibir*", se requiere de dos elementos personales, por un lado, el funcionario o servidor público que acepta la promesa de dádiva o recibe el beneficio; y del otro lado, el particular que propone o entrega el soborno[24]. Así, en el Recurso de Nulidad N° 1091-2004-Lima, se puede apreciar que comparte dicha posición, al señalar que para la realización del acto de "*aceptar*", se parte del ofrecimiento realizado a iniciativa del particular, de tal forma que se pueda comprender el delito de cohecho pasivo propio, en la modalidad citada:

> "(…) *el mismo que se entiende* (…) *lo que se ofrece* (…) ***a iniciativa del particular*** *que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja*".

Cabe precisar que, conforme se ha indicado respecto al bien jurídico y de acuerdo a la configuración del delito, el mismo tiene un sentido independiente[25] al consumarse con la aceptación o recepción del funcionario público, es decir se valora la conducta del funcionario y del particular de forma independiente, castigándolos de forma distinta y autónoma, posición doctrinaria que es mayoritaria[26], como menciona HENRIQUE: "*no se exige la corrupción activa para que pueda ocurrir la pasiva*[27]*"* .

[22] Sobre el caso de la usurpación de funciones, MONTOYA VIVANCO (2015:101).
[23] BLANCO CORDERO (2015:286). Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ (2003:427).
[24] Señala la precisión de estos dos elementos MESTRE DELGADO (2015:745).
[25] Considera la figura de aceptar como un acuerdo bilateral CARDONA TORRES (2010:502).
[26] Así lo indica OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:327). Menciona también este sentido mayoritario de la doctrina ZÁRATE CONDE (2017:760). Por todos, MUÑOZ CONDE (2013:931). PRECIADO DOMÈNECH (2015:128).
[27] HENRIQUE (2013:1160).

5. Sujeto pasivo

En lo que respecta al sujeto pasivo del delito, como señala DÍEZ RIPOLLÉS[28], *es el portador del bien jurídico afectado* por la comisión del hecho delictivo. En ese sentido, sujeto pasivo es el Estado de forma general, y en concreto las entidades y organismos del Estado donde se circunscribe el compromiso del acto público parcializado, p.e. los ministerios, el poder judicial, etc.

Es válido acotar la diferencia entre sujeto pasivo del delito y agraviado o perjudicado, este último es la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial (moral) producido por la comisión del hecho ilícito[29], que no necesariamente tiene que ser penal, pero sí civil[30]. En virtud de lo cual, hablamos de sujeto pasivo en el ámbito penal-material y de perjudicado (agraviado) en el ámbito civil, deducido en el proceso penal a través de la constitución en actor o parte civil. Sin embargo, en muchos casos sucede que sujeto pasivo y perjudicado confluyen en una sólo persona[31] (p.e. en lo ilícitos de robo, hurto, etc.). En tal sentido, no debemos caer en el error de considerar al particular como sujeto pasivo del delito[32].

Tal diferenciación tiene efectos relevantes en la fase del proceso penal, y con ello las posibles reparaciones civiles pertinentes, situación que ha sido advertida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 2081-2012-Lima Norte, resolución emitida el 22 de enero de 2013:

> *"Noveno: Que, conforme a lo solicitado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal en su dictamen de fojas veintinueve – cuadernillo de esta Instancia Suprema-,* ***en este tipo de delitos [Cohecho Pasivo Propio] el sujeto pasivo estás constituido por el Estado en su condición de titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la administración pública****; por tanto, al haberse considerado también como agraviados a Fanor Abdel Tovar Salinas y Carlos Eduardo Tovas Salinas, debe enmendarse dicha situación".*

[28] Véase a DÍEZ RIPOLLÉS (2009:129).
[29] Ibidem p.132. Da como ejemplo, para la diferenciación entre sujeto pasivo y perjudicado, el supuesto de homicidio, donde el sujeto pasivo es el muerto y los perjudicados sus familiares.
[30] Así, IBERICO CASTAÑEDA (2011:190).
[31] Por ello, SAN MARTÍN CASTRO define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito (2003:259).
[32] Consideran, eventualmente, como sujeto pasivo al particular, en aquellos supuestos en los que son asediados por el funcionario, GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050); contrariamente, consideramos que, no podrían constituirse como sujetos pasivos, pero sí, para casos excepcionales, como agraviados, conforme las diferencias que hemos precisado.

6. Conducta típica

En lo que respecta a la conducta típica, tenemos que el mismo se centra en tres elementos: *aceptar, recibir y solicitar* por parte del funcionario o servidor público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Elementos que, a nivel comparado, también, podemos apreciarlo en el Código Penal brasileño.

6.1 Aceptar

Sobre el particular, el elemento ***aceptar*** consiste en la aprobación o admisión, expresa o implícita, de una oferta futura (promesa) de la dádiva o beneficio[33], sin que se plasme en la efectiva percepción de la ventaja, postergando la entrega y consiguiente recepción, encontrándonos ante un delito de encuentro. Debemos diferenciar la aceptación del elemento recibir, pues en este último caso sí se tiene que efectivizar la admisión de la dádiva[34], teniendo el beneficio un carácter actual. La situación es más clara en la legislación brasileña, pues el tipo penal establece de forma textual "aceitar promessa", por lo que, en dicho ámbito no se llega a las complicaciones que en su momento se tuvo en nuestro país.

Cabe señalar que, el Acuerdo Plenario N° 01-2005/ESV-22 enmarca la aceptación a la entrega de ventaja, diferenciándola del ofrecimiento, así se aprecia que indica: "(…) *el artículo trescientos noventitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja*". Sobre el particular, debemos aclarar que dicha extensión del elemento "aceptar" se debió a que la redacción del artículo 393° del CP, en ese momento, no contemplaba el elemento "recibir"[35]; sin embargo, ese mismo año, fue modificado a través del artículo 1° de la Ley N° 28355, incorporando el elemento "recibir",

[33] Señala este carácter ulterior ABANTO VÁSQUEZ (2003:431). De la misma manera, ZÁRATE CONDE (2017:763), POLAINO NAVARRETE (2011:323), ORTS BERENGUER (2016:660), PRECIADO DOMÈNECH (2015:130) y BLANCO CORDERO (2015:286). Cfr. CUGAT MAURI, quien considera que puede haber una aceptación de ofrecimiento y promesa (2016:416). En Brasil, GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050), también, NUCCI (2014:1288).

[34] Indican dicha diferencia ZÁRATE CONDE (2017:763) y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO (1997:162)

[35] El texto original del CP señalaba: "*el funcionario o servidor público que **solicita o acepta** donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".*

para diferenciarlo de los otros dos elementos "aceptar" y "solicitar"; por tal razón, **actualmente el componente aceptar engloba una entrega futura de un beneficio**.

Además de lo mencionado, el elemento "aceptar" debe revestir idoneidad y estar vinculado a un donativo, ventaja o beneficio que sea considerado como tal de forma objetiva (capacidad objetiva para corromper). Por ello, si el funcionario acepta un beneficio irrealizable, no podría configurarse el delito de cohecho pasivo propio. Sobre ello es claro NUCCI, quien precisa que, no ingresan dentro del radio del cohecho las ventajas imposibles o irrealizables, incapaces de generar en el funcionario una real codicia, al respecto resulta interesante la jurisprudencia citada por el señalado autor del Tribunal de Justicia de São Paulo (Ap. 314.877-3, São Paulo, 3.ªC., rel. Gonçalves Nogueira, 19.12.2000, v.u., JUBI 57/01): *"Si bien [el cohecho pasivo] es un delito unisubsistente y formal, que se perfecciona con el simple ofrecimiento o promesa de una ventaja indebida, la corrupción activa exige que ese ofrecimiento o promesa sea, además de cierto, factible, en relación con el agente y capaz de atacar la conciencia del funcionario*[36]".

Asimismo, la aceptación no requiere de actos formales (p.e. la firma de un contrato), sino que se satisface con la conformidad de la promesa, que puede ser en forma expresa o tácita, es decir una conducta que denote indubitablemente la voluntad de aceptar (p.e. asentir con la cabeza o un guiño[37]).

6.2 Recibir

Sobre el elemento ***recibir*** (obtener), como se ha indicado, parte de la situación de hacer efectivo (acoger) la admisión de la recompensa o ventaja indebida, que el medio corruptor (dinero, entre otros) ingrese a la esfera del funcionario corrupto; cabe precisar que, cuando resaltamos el ingreso a su esfera, la misma puede ser directa o indirectamente, como por ejemplo que, el dinero producto de la corrupción ingrese a una cuenta bancaria, lo reciba un intermediario, entre otros[38]. Igualmente, nos encontramos ante un supuesto de delito de encuentro o bilateral.

También debemos precisar que, la recepción del dinero debe ser comprendida no como producto o consecuencia de la solicitud -previa- de un beneficio por parte del funcionario

[36] NUCCI (2014:1290).
[37] Apunta que la aceptación puede ser expresa o tácita OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:332). VÍLCHEZ precisa que no se requiere de formalidad (2021:395).
[38] Dichas posibilidades también las encontramos en Brasil, así NUCCI (2014:1289).

corrupto, sino como entrega -libre- del cohechante activo, es decir del particular, pues si la recepción se derivada de una primera solicitud del funcionario, no tendría sentido penalizar dos veces (cohecho por medio de solicitud y recepción) al funcionario por un acto relacionado a un mismo contexto delictual. Por ende, **recibir se deriva de la entrega que realiza el particular (cohecho activo) para corromper al funcionario**, quien a recibir comete el delito materia de estudio, por ello, el sentido bilateral del delito.

6.3 Solicitar

En tanto que, el elemento típico ***solicitar*** comprende el acto de petición[39] o requerimiento[40] -del funcionario al particular- de una dádiva, ello a fin de realizar un acto infringiendo sus funciones. Para la configuración en este aspecto del delito, no se requiere de la aceptación del particular[41], se consuma con el solo pedido del funcionario, por lo que, nos encontramos ante un delito unilateral. De la misma forma, como menciona GUEIROS y JAPIASSÚ, la solicitud puede ser expresa o tácita[42].

6.4 Donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

En lo que respecta a los elementos ***donativo***, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, debemos precisar por donativo a cualquier presente a título gratuito, el mismo que debe tener un contenido patrimonial[43], conforme lo ha indicado el Tribunal Supremo español: "*algo económicamente evaluable*[44]". Además, como lo precisan GUEIROS y JAPIASSÚ, pueden ser de naturaleza material o inmaterial (p.e. bitcoin)[45].

En tanto que, ***promesa*** es el compromiso a una entrega de un bien o la realización de un acto, por ese motivo, no requiere efectivizarse para su configuración[46], si la misma se realiza configuraría un acto de agotamiento del delito de cohecho pasivo propio.

Finalmente, en lo que respecta a ***cualquier otra ventaja o beneficio***, engloba cualquier provecho para el funcionario, sin que necesariamente tenga un carácter económico; abarcando

---

[39] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto, (2016:494).
[40] GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050).
[41] Así ROJAS VARGAS (2016:300).
[42] GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050).
[43] Así lo indica ABANTO VÁSQUEZ (2003:433). También VÍLCHEZ (2021:390).
[44] Sentencia del Tribunal Supremo español N° 990/2013, del 30 de diciembre (RJ 2013, 7715), citada por PRECIADO DOMÈNECH (2015:132).
[45] GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050).
[46] En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ (2003:433).

los títulos honoríficos, entrega de joyas, vacaciones pagadas, el ofrecimiento de un ascenso, los actos sexuales, entre otros[47].

Del mismo modo, la ventaja o beneficio debe abarcar la posibilidad de ser transferidos, pues sin ello resultaría inidóneo la aceptación del funcionario, al quedar viciada su voluntad, pues un bien intransferible no puede ser disfrutado, no podría hablarse propiamente de una contraprestación. En virtud a ello, para que la dádiva o ventaja sea idónea, tiene que ser real, concreta, objetiva y precisa[48].

El artículo 393° del CP, materia de análisis, no indica que la ventaja o beneficio deba ser para el propio funcionario o particular (persona natural o jurídica), por ello, el radio del beneficio se amplía a toda situación; p.e., se configura el delito si la dádiva está dirigida a una donación para personas de extrema enfermedad o para su misma institución[49] (cohecho *altruista*). Así, si un funcionario acepta una promesa de ventaja a fin de faltar a sus obligaciones, ventaja que se encuentra dirigida a la mejora del local donde trabaja el funcionario, consideramos que igualmente se configura el delito de cohecho, aunque el beneficio no haya sido para el propio funcionario, ni para un particular, sino para la administración pública.

Ello, como se mencionó va en sintonía con el bien jurídico penalmente protegido, lo primordial es la direccionalidad de la actuación del funcionario motivado por un beneficio, el mismo que puede ser para tercero, incluyendo en ello al Estado (familiar, amical, laboral, etc.)[50]. De esta posición MUÑOZ CONDE, quien cita una sentencia del Tribunal Supremo español

---

[47] También lo menciona CUGAT MAURI (2016:415). Igualmente, ORTS BERENGUER (2016:659). Comparte esta posición VIZUETA FERNÁNDEZ (2016:699) y BACIGALUPO (2009:1355). Cfr. Con POLAINO NAVARRETE, para quien el beneficio solo puede tener un carácter patrimonial (2011:324). En Chile el beneficio solo puede ser económico: "*El cohecho, previsto en el artículo 248 bis del CP, consiste en que un empleado público solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o para tercero, ya sea para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo. Este ilícito se estructura sobre la solicitud o aceptación de una* ***ventaja económica****, se encuentre o no el empleado facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de sus funciones. A su vez, es necesario que el sujeto activo haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, o ejecute o haya realizado un acto en contravención a los deberes de su investidura (CS, 26/01/2009, ROL 5898-2008)*", resolución citada por BALMACEDA HOYOS (2014:634). Igualmente, indica el contenido patrimonial del beneficio en el cohecho del CP chileno, OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:333). Menciona KUBICIEL: "*La ventaja debe entenderse aquí de manera amplia: abarca cualquier mejora material, inmaterial o favorecimiento meramente idealista del receptor, a lo que no tiene derecho*" (2020:25).

[48] Así lo ha señalado la sentencia de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima, en el expediente N° 06-2008, del 18 de setiembre de 2012, sentencia citada por REÁTEGUI SÁNCHEZ (2017:734).

[49] Es de la misma opinión ALONSO PÉREZ (2000:239).

[50] MUÑOZ CONDE (2013:932-933). Cfr. ABANTO VÁSQUEZ que considera que debe ser un beneficio que directa o indirectamente favorezca al funcionario (2003:444). Igualmente, MESTRE DELGADO considera que si el beneficio es a favor del erario público no se configura el cohecho pasivo propio (2015:746). Comparte esta posición VIZUETA FERNÁNDEZ (2016:701) y BLANCO CORDERO (2015:288).

(STS 61/1998, del 16 de marzo de 1998) donde un médico fue condenado por cohecho al invertir la dádiva en mejoras al equipamiento del departamento donde trabajaba.

6.5 *Quantum* de la dádiva o beneficio

Concatenado a lo mencionado, la dádiva o beneficio **no requiere de un quantum o monto mínimo**[51], se cumple el delito de cohecho pasivo propio si el funcionario acepta una dádiva para direccionar su actuar, lo cual está relacionado al bien jurídico protegido, la expectativa sobre el actuar imparcial en la administración pública, pues lo primordial es el adecuado desarrollo de la institución pública vital para la sociedad. Sobre el particular, en los Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (de la OCDE), aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, se indica de forma literal que el delito se configura independientemente del valor de la ventaja, sus resultados, las ideas de la costumbre local, la tolerancia de esos pagos por parte de las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida.

Por ello, no compartimos aquellas posiciones doctrinales que establecen que en caso de mínimo beneficio o ventaja, no se configuraría el delito de cohecho (una invitación a comer). El funcionario público al asumir de forma libre la actividad estatal, no debe impulsar su quehacer a través de un beneficio externo, por más que el beneficio sea mínimo.

Situación problemática, y distinta a la anterior, la encontramos en los actos de cortesía o de costumbre (socialmente permitidos), en dicho contexto, como se ha señalado, es la capacidad objetiva de corromper lo que determinará la configuración del ilícito, por lo que, si no sobrepasa dicho estándar, no nos encontraríamos en el delito, al no haber una afectación objetiva (creación de un riesgo jurídico penalmente relevante) al bien jurídico penalmente protegido[52]; debiendo reiterar que el sentido del bien entregado por el particular no se enmarca

[51] Como precisa ALONSO PÉREZ: "*Es indiferente la cuantía de la dádiva o presente, siempre que sea relevante en orden a motivar al funcionario en su actuación*" (2000:239). También, comparte este punto de vista el Tribunal Supremo español, en su sentencia del 28 de febrero de 2014, al indicar que no es necesario conocer el importe de la dádiva, sentencia citada por ORTS BERENGUER (2016:660). En Chile OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO indican: "*Creemos que no pueden tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de insignificancia de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleados públicos (…) debe estimarse típica -supuesta la concurrencia de los demás elementos del tipo-, a pesar del exiguo valor que pueda tener*" (2008:336).

[52] En sentido similar, GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050). Recientemente menciona ello VÍLCHEZ (2021:387), resaltando que más que encontrarnos en un supuesto de insignificancia, nos encontramos dentro de

en acto de solicitud ilícita, sino de gratitud (permitido socialmente). Así, p.e., una botella de champan en periodo de navidad cuyo consumo se reparte entre una unidad administrativa tendrá un carácter atípico o una canasta de víveres por un día especial; distinto es el caso si se recibe, para su uso exclusivo, un reloj de lujo, lo cual -sin lugar a dudas- será constitutivo de delito[53].

Además, en cuanto al tipo y monto de la dádiva, la misma puede variar, teniendo en cuenta que estos actos de corrupción normalmente se dan en un contexto de negociación. Así, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Apelación N° 1-2017-Puno, emitida el 18 de junio de 2019, que:

> *"En atención a lo anotado, la conclusión arribada por la Sala Penal Especial no tuvo [en] cuenta que en el* ***ámbito de las negociaciones en esta clase de delitos [Cohecho Pasivo Específico] el tipo y la cantidad del medio corruptor puede variar e incluso que se pueden pactar adelantos".***

6.6 Cohecho Pasivo Propio Antecedente y Subsiguiente

Otro elemento del tipo penal es la temporalidad del acto, es decir que la comisión del mismo se puede efectuar a fin de omitir un acto en violación de sus obligaciones o que la aceptación sea a consecuencia de haber faltado a ellas.

En el primer caso, nos encontramos ante un cohecho pasivo propio antecedente, donde la aceptación de la ventaja o beneficio se encuentra condiciona, pensada a futuro. En el segundo caso, el cohecho pasivo propio subsiguiente, la ventaja es una contraprestación por la infracción de sus obligaciones, para lo cual no se requiere de un acuerdo previo entre funcionario y particular. Al respecto, la sanción a este tipo de cohecho cuenta con un sustento más practico que sustantivo, debido a que su orientación está relacionado a superar problemas de índole probatorio, más que afectar la imparcialidad del acto funcional con posterioridad a su hecho,

---

un contexto permitido, mencionando el obsequio para los profesores a fin de año. En sentido contrario, desde un prisma del principio de insignificancia NUCCI (2014:1290).

[53] Ejemplo tomado de ZÁRATE CONDE (2017:762). El Tribunal Supremo español asume esta posición, indicando que será el caso concreto el que establecerá la pertinencia o no del ofrecimiento o aceptación de la dádiva, en la Sentencia del Tribunal Supremo en lo Penal N° 3976/2008-Madrid, N° de Resolución 362/2008, del 13 de junio de 2008: "*No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales*". También asume esta posición en Chile, OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:335).

conforme lo indicado por BENITO SÁNCHEZ: "(…) *acontecen cuando lo único que queda probado es la entrega de la dádiva posterior a la ejecución del acto, pero no queda probado el acuerdo previo*[54]".

6.7 Realizar, omitir y condicionar una conducta en violación de sus obligaciones

Continuando con las exigencias del tipo objetivo, se requiere que la aceptación tenga como finalidad un acto del funcionario consistente en realizar u omitir una conducta en violación de sus obligaciones, por lo que, debe existir una relación entre la aceptación, recepción o solicitud y la infracción de sus obligaciones[55]. Sobre ello, conforme ya se refirió en el apartado sobre el análisis del sujeto activo, consiste en la infracción por parte del funcionario de sus deberes que pueden ser generales o específicas, de modo que, nos encontramos ante un delito sustentado materialmente como infracción de deber especial (infracción de los deberes en virtud de competencia institucional).

Por ende, el centro de imputación se sustenta en el objetivo de la aceptación, recepción o solicitud de la promesa, dádiva o beneficio, cual es la de quebrantar los deberes institucionales que pesan sobre el funcionario público, quien de forma libre asumió dicha posición institucional, estos deberes no deben circunscribirse solamente a los establecidos en reglamentos, circulares, etc., sino que al encontrarnos ante delitos de infracción de competencias institucionales (*competencia por fomento*), también pueden quebrantar deberes genéricos, como los que se encuentran en la Constitución Política (p.e. para el caso de los efectivos policiales, jueces, etc.), conforme ya se ha indicado detalladamente en el apartado 5 del presente artículo.

Como nos encontramos en el delito de cohecho pasivo propio, la conducta comprometida consistirá en una infracción con carácter administrativo[56] o un acto propiamente delictivo[57], en caso no haber realizado la misma nos encontraríamos bajo la figura del cohecho pasivo impropio.

---

[54] BENITO SÁNCHEZ (2014:27).

[55] Así la Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003, en el Recurso de Nulidad N° 88-2011, señala: "(…) *debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público*", IDEHPUCP (2014:48). Precisa también ello, GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050).

[56] ALONSO PÉREZ (2000:238).

[57] Así, ORTS BERENGUER (2016:661).

Igualmente, el acto infringido puede enmarcarse en un actividad judicial, administrativa, civil[58] o política[59], así en el caso que un funcionario emite su voto a favor del adversario político, debido a que el mismo le habría prometido beneficios políticos en caso direccionar su voto (un mejor Despacho, elegirlo como director de un área, etc.), sería constitutivo del delito de cohecho pasivo propio, lo mismo en el caso del transfuguismo político por aceptación de un beneficio futuro. Dicha posibilidad ha sido asumida por el Tribunal Supremo español que condenó:

> "(…) ***a un concejal electo, adscrito a un determinado partido político, que aceptó la promesa -hechas desde el otro grupo político- de obtener una importante suma de dinero y un cargo concejal con un determinado sueldo si se abstenía de votar a favor de un determinado candidato propuesto para alcalde de su partido***[60]**".**

En tal sentido, la actuación del funcionario se direcciona por ventajas externas a su actividad.

Finalmente, el funcionario que condiciona su actuar a la promesa o entrega de un beneficio o ventaja será sancionado de forma más drástica, conforme el tercer párrafo del artículo 393° del CP. Al respecto, el elemento condicionar debe ser entendido como un acto de coacción, mediante el cual vicia la conducta del particular, quien ante dicha situación entrega o promete un beneficio a favor del funcionario, a fin de que actúe en contra de sus funciones. Debemos precisar que este párrafo, introducido mediante Ley N° 28355, permite llenar aquellos vacíos de impunidad que se originaban en los supuestos que el funcionario amenazaba al particular con imponerle la infracción si no le prometía un beneficio, p.e. sexual, pues dicha conducta no encajaba en el clásico delito de cohecho pasivo, pues la voluntad del particular se encontraba viciada, por lo que dicho acto trataba de ser reconducida al delito de concusión (art. 392° del CP), no obstante, dicho supuesto se limitaba a beneficios económicos, y no de otra índole (sexual, político, laboral, etc.)[61].

7. Aspecto subjetivo

Nos encontramos ante un delito eminentemente doloso, donde lo primordial reside en los deberes de conocimiento, debido a que la participación en determinados ámbitos sociales

[58] Indica la posibilidad de una infracción civil, BLANCO CORDERO (2015:287).
[59] CUGAT MAURI (2016:416) y SUÁREZ GONZÁLEZ (2001:155).
[60] Véase a MESTRE DELGADO aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 19 de diciembre de 2000 (2015:747). Comparte esta posición BLANCO CORDERO (2015:287).
[61] En un sentido similar, recientemente, VÍLCHEZ (2021:398).

acarrea deberes de conocimiento de las personas que participan en dicha parcela social. Así, p.e. uno se rige por la expectativa de que las personas que circulan en el tránsito vehicular conocen el reglamento. Para sociedades tan complejas como la nuestra, en cada parcela social los sujetos que actúan tienen la obligación de conocer unos mínimos para poder actuar de forma eficiente, y más aún las personas que cumplen roles específicos dentro de la sociedad (médico, taxista, abogado, policía, funcionario, etc.), a quiénes sólo se les puede exigir conocimientos que están dentro de su rol, y no más allá de ello. Como indica el profesor alemán Michael PAWLIK: "*Por consiguiente, la cuestión no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor*[62]".

De lo antes señalado, concluimos que se debe partir de un grado de atribución de conocimiento a los sujetos en los ámbitos sociales donde participan, pues sin el mismo no se podría dinamizar la sociedad (es el ámbito social el que nos dará el significado de la conducta), la misma fracasaría al tener que darle sentido a las conductas en base a lo que cada uno quiere (así cortar un camisa con una espada filuda será para unos -según su voluntad final- un delito de daños y para otros una tentativa de lesiones). Partir por lo que quiso un sujeto con su conducta (peculiaridades psicofísicas), es algo que nadie va a poder conocer, ni probar. Por ello, consideramos que en el aspecto subjetivo (dolo) sólo deben entrar a tallar -más allá de lo que quiso el agente o la voluntad final que tuvo el mismo con su conducta- los deberes de conocimiento del agente (lo que debía saber) sobre la relevancia de su conducta -en el contexto social en el cual se enmarcaba- para la afectación de la expectativa social penalmente protegido[63]. Esta posición ha sido seguida por la jurisprudencia peruana:

> "*En cuanto al tipo subjetivo, esto es, se requiere que el sujeto activo del delito actúe con "dolo". En el presente caso el tipo penal exige que la* ***conducta sea dolosa*** *y una de las características de la imputación subjetiva, es la* ***atribución de sentido normativo del conocimiento****, por lo que, el único conocimiento válido que interesa al derecho penal, no es otra cosa, que el actuante "debía saber", "****debía conocer****", en el contexto social de su acción, no lo que "sabía" o lo que "conocía"; cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal*[64]".

[62] PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades*. Barcelona: Atelier (2016:144).

[63] Dichos aspectos ya los he desarrollado de forma minuciosa en MARTÍNEZ HUAMÁN (2019:213 y ss.). También, sobre el dolo desde una teoría normativista, véase a CARO JOHN (2010:181 y ss.).

[64] Sentencia emitida por el Primer Juzgado Unipersonal de Lima, en el expediente N° 0007-2011, citada por HUAMÁN CASTELLARES (2014:134).

Asimismo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República ha establecido, en el Recurso de Apelación N° 05-2017-Huánuco, que el sujeto activo tiene el deber de conocer las prohibiciones de sus funciones, así para el caso del cohecho pasivo específico indicó:

> *"(…) el fiscal tiene el* ***deber de conocer*** *que el solicitar y/o aceptar donativo y/o ventaja económica a las partes procesales o sus familiares, para influir en una decisión fiscal, es consecuencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, con lo cual quebranta sus roles funcionariales conferidos por mandato constitucional y legal".*

Como se señaló, en lo referente al delito de cohecho pasivo propio, se requiere para la configuración de la parte subjetiva, el deber -por parte del funcionario- de conocer que se encuentra prohibido recibir, solicitar o aceptar una dádiva, para direccionar su actuar contradiciendo sus obligaciones. Aquí, el conocimiento llega determinado por los deberes que le son atribuidos al sujeto activo en el campo social en el cual actúa; así, se configuraría el dolo por más que el déficit cognitivo tenga su origen en un defecto volitivo[65] (dolo por indiferencia). p.e. el funcionario al asumir, por razón de su cargo, la actividad pública tiene el deber de conocer cuál es la normativa que regula dicha parcela administrativa, y en caso el funcionario no quiere saber (le es indiferente) la normativa pertinente, no puede aludir que no le es atribuible delito de cohecho pasivo propio, pues ignoraba que con su actuar estaba infringiendo sus obligaciones.

Por ende, el delito analizado está configurado como un delito doloso (directo, indirecto o eventual[66]), no permitiendo -por el principio de legalidad- la posibilidad de una sanción en grado de imprudencia. La actuación imprudente por parte de los funcionarios, en el ámbito de sus competencias, podría ser pasible de una sanción administrativa, siempre que se encontrase regulada. Además, tampoco se requiere de un elemento trascendental, como por ejemplo el

[65] Al respecto, JAKOBS (2008:93), quien señala que no existe ninguna razón para la indulgencia en caso el autor no quiso saber lo que tenía -por su competencia- que saber.

[66] Acepta la posibilidad de un dolo eventual BLANCO CORDERO (2015:289). En el Perú comparte esta posición ROJAS VARGAS, al señalar que: "*Es suficiente el dolo eventual en las conductas estrictamente pasivas (modalidad de recibir o aceptar)*" (1999:352). En sentido contrario ABANTO VÁSQUEZ (2003:445), quien considera que solo es factible su configuración en dolo directo. En el mismo sentido, ALONSO PÉREZ (2000:239). Excluye el dolo eventual, MESTRE DELGADO (2015:748).

ánimo de lucro[67], pues el hecho de aceptar, recibir o solicitar ya conlleva a la afectación al bien jurídico[68].

8. Autoría y participación

Solo será autor el funcionario o servidor público en el ámbito de sus funciones (*intraneus*), los terceros (*extraneus*) podrán ser cómplices o instigadores, ello en base a la teoría de la unidad del título de imputación, por más que el particular sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de cohecho pasivo propio, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del acto civil, administrativo, judicial o político. La colaboración del particular está dirigida al quebrantamiento del deber del funcionario, que determina la comisión del delito de cohecho pasivo propio (una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público), que a la larga es la defraudación de expectativas normativas básicas para el desarrollo social.

Por lo tanto, sólo pueden ser autores del delito en estudio los funcionarios que posean tal status y que además tenga, por razón de su cargo, que participar en el acto funcional[69]. Por ello, por más que un tercero posea el "domino del hecho" (p.e. un ministro o alcalde), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario que tenga dentro de su ámbito de competencia el acto administrativo, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito, lo cual no impide que pueda ser sancionado con la misma pena (*quantum*) que el autor, conforme a los art. 24º y art. 25º del CP, ello en base a la unidad del título de imputación (comunicabilidad de los elementos del tipo), perspectiva que es unánime doctrinariamente a nivel nacional e internacional[70]. Cabe resaltar que, para

---

[67] POLAINO NAVARRETE considera que sí se requiere del ánimo de lucro, encasillando el delito de cohecho pasivo propio como un delito intencional (2011:324). Comparte esta idea SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2011:832).

[68] Señala BACIGALUPO, que el delito de cohecho no requiere de algún elemento subjetivo adicional, a diferencia del hurto, señalando que: "*En el delito de hurto, por ejemplo, el apoderamiento voluntario de la cosa mueble ajena todavía no releva el carácter criminal de la acción porque el autor puede haber perseguido una finalidad que elimine el merecimiento de pena (p. ej., el hurto de uso). En el cohecho, por el contrario, la acción voluntaria ya es merecedora de pena y el tipo subjetivo no tiene, por lo tanto, que exigir ninguna finalidad adicional*" (2009:1356).

[69] Así, lo decisivo no es sólo la calidad de funcionario, sino el deber -por razón de su cargo- que se deriva de la posición especial que ocupa en la administración pública. En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ (2001:151), al señalar: *"[…] lo determinante para la autoría no es "la condición formal de funcionario", ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostenta dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto".*

[70] De la posibilidad de sancionar a terceros como participes en delitos de infracción de deber a través de la teoría de la unidad del título de imputación, tenemos a ALONSO PÉREZ (2000:239). Admite la posibilidad de

nuestro caso, el particular que ofrezca un beneficio al funcionario, producto del cual el funcionario acepta, será sancionado por el delito de cohecho activo en calidad de autor. En tanto cómplice el sujeto que intermedia entre el funcionario y el particular[71], así, por ejemplo, cuando el funcionario encomienda a un tercero a recibir la dádiva ofrecida por el particular, quien efectivamente lo recepciona.

En los supuestos del cohecho para beneficio de tercero, este sujeto -en tanto no haya participado de la configuración del injusto y se haya limitado a recibir el beneficio- no podría ser cómplice del delito de cohecho pasivo propio; en su caso podríamos hablar del delito de lavado de activos cuando tenga conocimiento del origen ilícito[72].

Finalmente, BLANCO CORDERO admite la posibilidad de la coautoría, cuando son varios funcionarios los que conjuntamente solicitan o reciben las dádivas, así señala el siguiente ejemplo: "*Puede ocurrir ello, por ejemplo, en el marco de un órgano colegiado, siendo responsables exclusivamente quienes votan a favor del acto contrario a los deberes del cargo, habiendo recibido o aceptado promesa o dádiva*[73]". Al respecto, consideramos que, a nivel de los órganos colegiados, el sentido de la comisión de un hecho ilícito debe partir de la comprensión de la decisión como significado único que toma el colegiado, donde la responsabilidad sobre -p.e.- la decisión se comparte entre todos sus integrantes, por lo que sus obligaciones (ámbitos de competencia) se encuentran conectados. Por ende, si uno de los funcionarios del órgano colegiado puede apreciar que el marco de la decisión que viene tomando se encuentra direccionado, producto de la aceptación de una promesa de dádiva de los otros funcionarios con el particular, y a pesar de ello vota a favor o en blanco, de tal forma que permite el direccionamiento de la actividad, será responsable del delito de cohecho pasivo propio, debido a que su conducta se encuentra enmarcada a favorecer la aceptación[74].

---

participación (cómplice o instigador) en el delito de cohecho ORTS BERENGUER (2016:662). MESTRE DELGADO (2015:749). Hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo español 474/2012, del 6 de junio de 2012, VIZUETA FERNÁNDEZ (2016:699). MUÑOZ CONDE (2013:935). En Chile, señala que esta posición es mayoritaria OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:129), aunque no comparte dicha postura. Asume esta posición en Colombia, CASTRO CUENCA (2017:164). En Brasil, GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1050).

[71] Así también lo considera CUGAT MAURI (2016:416). POLAINO NAVARRETE (2011:323). De la misma opinión BLANCO CORDERO (2015:290).

[72] De la misma posición CUGAT MAURI (2016:415). Igualmente, BLANCO CORDERO (2015:289). ORTIZ DE URBINA GIMENO (2015:367).

[73] BLANCO CORDERO (2015:289).

[74] Comparte la coautoría en órganos colegiados, pero relacionado a las decisiones de un Tribunal conformada por magistrados, al señalar que la vulneración en común de un deber especial nacido de la posición de garante que conjuntamente los miembros de un Tribunal, vid. RAMOS TAPIA (2000:445).

Finalmente, como ya lo he señalado en otro trabajo: *el contexto marcadamente delictivo determinará el carácter ilícito de la omisión realizada por el funcionario al no salvaguardad el bienestar de la Administración Pública; y es que el contexto marcadamente ilícito trastoca el ámbito de los deberes que en un inicio tiene el funcionario, ampliándolos para no afectar el bien jurídico que se encuentra en su esfera de protección*[75]".

9. Formas de ejecución

En el delito materia de análisis, específicamente en el acto de "aceptar" una promesa de entrega de bienes futuros y "solicitar" una dádiva nos encontramos ante un delito de mera actividad[76], por lo que se consumará con el simple hecho de asentir y requerir, considerando algunos autores la imposibilidad de la tentativa[77]. No obstante, el Tribunal Supremo español en lo Penal, en el caso N° 978/2006-Madrid, de fecha 20 de febrero de 2006, N° de Resolución 208/2006, ha sostenido que, en determinados casos del delito de cohecho, específicamente en el elemento *solicitud,* es factible la tentativa en el delito de cohecho:

> "(…) *que aunque la formas imperfectas del delito de cohecho no se suelen dar, la tentativa es posible que se de en un caso como el presente en el que la solicitud de la dádiva se canaliza a través de un intermediario y que finalmente no se la hace llegar a los destinatarios de la solicitud*[78]".

En Brasil, HENRIQUE considera factible el supuesto de tentativa para el caso de solicitar, específicamente, cuando se realiza a través de un escrito (p.e. una carta), así, si el funcionario solicita a través de un escrito y el mismo es interceptado, nos encontraríamos ante un acto tentado[79].

En lo particular, consideramos que sí es factible la tentativa en determinados supuestos del verbo "aceptar"; verbigracia, cuando el funcionario y el particular se encuentran en tratativas, a propuesta de este último, y son descubiertos, en dicho momento el funcionario no comete el delito de cohecho pasivo propio en grado de consumación, pero sí de tentativa, pues

[75] MARTÍNEZ HUAMÁN (2019:205).
[76] En igual sentido ABANTO VÁSQUEZ (2003:463). POLAINO NAVARRETE (2011:323).
[77] Vid. ALONSO PÉREZ (2000:239). MESTRE DELGADO (2015:749). De igual modo, MUÑOZ CONDE (2013:935). Posición asumida en Colombia por TIRADO ÁLVAREZ (2011:272).
[78] Sentencia del Tribunal Supremo en lo Penal N° 978/2006-Madrid, de fecha 20 de febrero de 2006, N° de Resolución 208/2006. Comparte este parecer DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO (1997:163).
[79] HENRIQUE (2013:1165).

no hubo una aceptación final en sentido estricto, en virtud de que estaba a la espera de una mejor oferta; apreciándose el sentido lesivo para el bien jurídico penalmente protegido.

Para los casos de intermediarios (personas interpuestas), en el supuesto "aceptar", desde el mismo momento que el mensaje de promesa de dádiva del particular es transmitido al intermediario, y éste acepta, ya se configuraría el ilícito, sin requerir que dicha aceptación sea recepcionado concretamente por el funcionario, ello debido a que el intermediario representa los intereses del funcionario en el acuerdo ilícito. La misma situación sucede para el caso de "recibir", si el intermediario recibe por parte del particular un beneficio, y dicho intermediario actúa en representación del funcionario corrupto, ya se configura el ilícito penal, por más que el funcionario no haya recibido materialmente el beneficio.

En lo supuesto en los que el particular ofrece una entrega de dádiva al funcionario, pero el mismo no emite una respuesta (tácita o directa), no podríamos hablar de tentativa del delito de cohecho pasivo propio; no obstante, sí se estaría configurando un cohecho activo consumado.

De otro lado, no se requiere que el funcionario realice la infracción del deber (acción u omisión) que se comprometió con el particular, ni el cumplimento del pago, si dichos actos se realizan, nos encontraríamos en la fase de agotamiento del delito de cohecho pasivo propio[80]; aunque, para legislaciones como la brasileña, estos últimos actos, constituirían supuestos agravados[81]. En tal sentido, nos encontramos ante un *delito mutilado en dos actos*, pues no se requiere de la infracción del deber del funcionario, es decir que el funcionario omita o realice la conducta contraria a sus deberes[82]. Algunos autores a su vez consideran que también nos encontramos en un *delito de resultado cortado*, pues no se requiere de la aceptación de la otra parte, *pactum sceleris*[83]; sin embargo, para nuestro caso, el elemento *aceptación*, la aprobación del funcionario -ante el ofrecimiento del particular- resulta necesaria para la consumación del hecho delictivo, lo que si no se requiere es la recepción de la aceptación por parte del particular, conforme a lo indicado en el párrafo precedente.

[80] Así la Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado en su Ejecutoría Suprema, Recurso de Nulidad N° 14-2001-Lima, que no es necesario el cumplimiento del pago, la promesa, ni el acto indebido. Ejecutoria citada por URQUIZO OLAECHEA (2010:1090)

[81] GUEIROS y JAPIASSÚ (2018:1051).

[82] Menciona esta característica CUGAT MAURI (2016:414). También BLANCO CORDERO (2015:286).

[83] Vid. CUGAT MAURI (2016:414). También, CARDONA TORRES (2010:502).

10. Pena

La consecuencia jurídica para este delito es la pena privativa de la libertad de no menor de cinco ni mayor de ocho años para el primer supuesto del artículo 393° del CP y no menor de seis ni mayor de ocho años para el segundo supuesto, además de la inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP, es decir: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; y, 2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Igualmente, se le impondrá una pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Para el supuesto establecido en el tercer párrafo, la pena privativa se ve considerablemente agravada (no menor de ocho ni mayor de diez y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa), debido al acto más reprochable realizado por el funcionario (condicionar), pues en el mismo, consideramos, la voluntad del particular se encuentra viciada, al mediar un acto de coacción por parte del funcionario.

Cabe precisar que, a diferencia del delito de cohecho pasivo específico (395° del CP), como también el caso de peculado y colusión, para el supuesto de cohecho pasivo propio sí puede suspenderse la ejecución de la pena conforme los requisitos establecidos en el artículo 57° del CP. No obstante, conforme al artículo 50° del Código de Ejecución Penal, resulta improcedente los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Por último, conforme a los alcances de la Ley N° 30424 y sus modificatorias, el delito de cohecho pasivo propio no se encuentra dentro de los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, como sí sucede para el delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho activo transnacional, entre otros.

11. Concurso

Como se mencionó, algunos autores consideran que en caso el funcionario, desde el inicio, ha estado determinado a no cometer el acto requerido (la infracción de su deber), nos encontraríamos ante una estafa[84], lo cual como se señaló *ut supra* no lo compartimos pues el acto requerido (el incumplimiento de sus obligaciones) no se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico (un contrato ilícito), por lo que, no podríamos hablar de estafa, sino de

[84] Así, ABANTO VÁSQUEZ (2003:465). Igualmente, CUGAT MAURI (2016:417). También, BLANCO CORDERO (2015:286).

una responsabilidad que queda en el ámbito de competencia de la víctima. Lo que posiblemente podría darse es el delito de usurpación de funciones[85] o abuso de autoridad, no olvidemos que el delito de abuso de autoridad es un delito residual, pues en caso no se configuren los delitos específicos contra la administración pública (peculado, colusión, cohecho, etc.), podremos recurrir al mismo. Asimismo, podría existir un concurso con el delito de prevaricato, en caso el funcionario recibiera una dádiva para emitir una resolución judicial arbitraria[86].

Análisis aparte merece la problemática del delito de concusión, el cual se configura cuando el funcionario abusando de su cargo obliga o induce a un particular a dar o prometer un beneficio patrimonial y el supuesto de condicionar del cohecho pasivo propio. Sobre el particular consideramos que el delito de cohecho pasivo resulta ser más específico que el de concusión, además que abarca supuestos no considerados en el delito de concusión, como son los beneficios laborales, sexuales, políticos, además, que la pena resulta mayor en el caso del cohecho pasivo, por lo que, deberá aplicarse el cohecho del 393° del CP.

Para los casos en los que el funcionario solicita, recibe o hace prometer un beneficio económico a fin de favorecer a una empresa en un proceso de contratación pública, considero que debería aplicarse la figura de la colusión, ello debido a la especificidad de la misma sobre el delito de cohecho pasivo propio, pues el legislador ha considerado pertinente la creación de la figura de la colusión para los supuesto de contrataciones públicas, es decir que si bien solicitar, recibir o hacer prometer un beneficio no es un elemento del delito de colusión, el injusto del mismo puede abarcar en muchos supuestos dichos actos que están dirigidos a llegar a un acuerdo ilícito, además que el marco de los hechos es el de las contrataciones públicas.

12. Conclusión

Como se ha podido apreciar del desarrollo del presente trabajo, hemos asumido la posición de que el valor del beneficio no es determinante para la comisión del delito de cohecho pasivo propio, sino la capacidad objetiva para corromper. También, que el bien jurídico protegido se encuentra relacionado a la expectativa que el funcionario no direccione (motive) su actuación pública en base a un incentivo externo, es decir no privatice su actuar. Igualmente, que el ámbito de competencia del funcionario puede ser genérico, como los establecidos en la Constitución Política y que es posible la complicidad en el delito de cohecho, lo cual es asumido

[85] Vid. ORTS BERENGUER (2016:660).
[86] De este parecer SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2011:833).

mayoritariamente en nuestro país, como a nivel comparado. De igual forma, en el aspecto subjetivo que el funcionario tiene la obligación de conocer sus deberes y que cabe la tentativa en el delito de cohecho pasivo propio para determinados supuestos. De otro lado, en los supuestos de suspensión de la pena, cabe dicha posibilidad para los delitos de cohecho pasivo propio y que dicho delito puede configurarse en grado de tentativa.

13. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2da. Ed. Palestra Ed., Lima, 2003.

ALONSO PÉREZ, F. (2000). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*. Madrid: Dykinson.

BACIGALUPO, E. (2009). *Teoría y práctica del Derecho penal*. T.II. Madrid: Marcial Pons.

BALMACEDA HOYOS, G. (2014). *Manual de Derecho penal parte especial*. Santiago: Librotecnia.

BLANCO CORDEO, I. (2015). *Del Cohecho*. En: Comentarios prácticos al Código penal. GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). Navarra: Aranzadi.

CARDONA TORRES, J. (2010). *Derecho penal parte especial*. Barcelona: Bosch.

CARO JOHN, J. A. (2010). *Imputación subjetiva y conocimientos especiales*. En: Normativismo e imputación jurídico-penal. Lima: Ara ed.

CASTRO CUENCA, C. G. (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario.

CUGAT MAURI, M. (2016). *Delito contra la Administración Pública*. En: Compendio de la parte especial del Derecho penal. QUINTO OLIVARES, G. y AAVV. Navarra: Aranzadi.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2006). *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción.* En: Revista de Derecho penal y criminología, 2da Época. N° 17. Madrid: UNED.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. (1997). *El delito de cohecho*. En: Delitos contra la Administración Pública. ASUA BATARRITA, A. y AAVV. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2009). *Derecho penal español. Parte general en esquemas.* 2da. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

GUEIROS, A. y JAPIASSÚ, C. (2018). *Direito Penal. Volume Único*. São Paulo, Editora Atlas. Recuperado de https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/default_attachments/1538833710-Direito-Penal-Volume-nico-2018-Artur-de-Brito-Gueiros-Souza.pdf

HENRIQUE PIERANGELLI, José (2013). *Código penal. Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Verbatim.

HUAMÁN CASTELLARES, D. O. (2014). *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios*. Lima: Ara Editores.

IBERICO CASTAÑEDA, F. (2011). *La constitución en actor civil como parte en el código procesal penal del 2004: requisitos, forma y oportunidad*. En: Revista Gaceta penal y procesal penal. T. 29-Nov. Lima: Gaceta Jurídica.

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (IDEHPUCP). (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal.* Lima: PUCP.

JAKOBS, G. (2008). *El derecho penal como disciplina científica*. Navarra: Thomson-Civitas.

KUBICIEL, Michael (2020). "*Corrupción y compliance en el derecho penal alemán"*. En: Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado. Andy Carrión y Michael Kubiciel (Dirs.). Lima, Editores del Centro.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2016). *El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal (Nº 79). Lima: Gaceta Jurídica.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2017). *Cohecho Pasivo Propio: Análisis del elemento "aceptar". Comentarios al R. N. N.° 1091-2004-Lima.* En: Comentarios de los Acuerdos Plenarios I. Derecho penal. Parte general y especial. Lima, Instituto Pacífico, pp. 547-570.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2019). *Delito de Colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima, Editores del Centro.

MESTRE DELGADO, E. (2015). *Delitos contra la Administración Pública*. En: Delitos. La parte especial del Derecho penal. LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.). Madrid: Colex.

MONTOYA VIVANCO, Y. (2015). *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

NUCCI, Guilherme de Souza (2014). Código penal comentado: estudio integrado com processo e execução penal. 14° E. Rio de Janeiro, Editora Forense Ltda.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). Derecho penal parte especial. 19va. Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

OLAIZOLA NOGALES, I. (1999). *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2015). *Delitos contra la Administración Pública*. En: Lecciones de Derecho penal parte especial. SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.). Barcelona: Atelier.

ORTS BERENGUER, E. (2016). *Delitos contra la Administración Pública II*. En: Derecho penal parte especial. 5ta. Ed. GONZÁLES CUSSAC, J.L. (Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

OSSANDÓN WIDOW, M. M. y RODRÍGUEZ COLLAO, L. (2008). *Delitos contra la función pública*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

PAWLIK, Michael (2016). *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades*. Barcelona: Atelier.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto.

POLAINO NAVARRETE, M. (2011). *Cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos*. En: Lecciones de Derecho penal parte especial. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.). Madrid: Ed. Tecnos.

PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2015). *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*. Navarra: Civitas & Thomson Reuters.

RAMOS TAPIA, M. I. (2000). *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código penal*. Lima: Jurista editores.

ROJAS VARGAS, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

ROJAS VARGAS, F. (2016). *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. 2da. Ed. Lima: Ed. Grijley.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. (2011). *Derecho penal parte especial*. 16ª Ed. Madrid: Dykinson.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. SILVA SÁNCHEZ, J. & SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. Lima: Grijley.

TIRADO ÁLVAREZ, M. (2011). *Cohecho*. En: Manual de Derecho penal parte especial. T. II. CASTRO CUENCA, C. (Coord.). Bogotá: Temis.

URQUIZO OLAECHEA, J. (2010). *Código penal*. T.I. Lima: Idemsa.

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2016). *Delitos contra la Administración Pública II*. En: Derecho penal parte especial. ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coord.). Granada: Ed. Comares.

ZÁRATE CONDE, A. (2017). *Cohecho, tráfico de influencias y malversación*. En: Derecho penal parte especial. ZÁRATE CONDE, A. (Coord.). Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

Análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro por instituições financeiras: construção de uma ferramenta para identificação e mitigação dos riscos decorrentes da utilização de dados compartilhados

Analysis and detection of evidence of money laundering by financial institutions: building a tool to identify and mitigate risks arising from the use of shared data

Alessandro Fernandes[1]

João Zani[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre os impactos do compartilhamento de dados cadastrais pelas instituições financeiras, regulado pelo *Open Banking*, sobre o processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro. Em função de seus objetivos conduziu-se este estudo como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas. O tratamento destes dados se deu com base na análise de conteúdo. Com base nestes dados realizamos uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise, e com base nos dados identificados nesta matriz, aplicaremos o método 5W2H como ferramenta de mitigação de riscos.

[1] Mestre em Gestão em Negócio pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Pós-Graduando em MBA em Gestão de Instituições Públicas pela Instituto Federal de Rondônia, MBA em Direito do Agronegócio pela Faculdade Legale, Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão de Risco e Cibersegurança pela Faculdade Focus, Pós-Graduação Lato Sensu em Lei Geral de Proteção de Dados pela Faculdade Legale.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0356-2565.

[2] Professor adjunto, dedicando-se a projetos de pesquisa e ao ensino em nível de Pós-Graduação, em cursos da Escola de Gestão e Negócios da Universidade do Vale do Rio do Sinos. Coordenador do Comitê de Riscos do Conselho de Administração do Banrisul. Doutor em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Caxias do Sul.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3096-2898 .

Palavras-chaves: Compartilhamento de Cadastros. Lavagem de Dinheiro. Cegueira Deliberada. Gestão de Risco. Apetite de Risco

Abstract: Discusses the impacts of sharing registration data by financial institutions, regulated by Open Banking, on the process of analysis and detection of evidence of money laundering. Due to its objectives, this study was conducted as a field research, with an exploratory approach and of a qualitative nature, using the application of semi-structured interviews as a data collection instrument. The treatment of these data was based on content analysis. Based on these data, we created a risk matrix, identifying and valuing the possible weaknesses identified in this analysis, and based on the data identified in this matrix, we will apply the 5W2H method as a risk mitigation tool.

Keywords: Registration Sharing. Money Laundering. Deliberate Blindness. Risk Management. Risk Appetite

14. Introdução

A adoção pelo Banco Central da Agenda BC#, que busca preparar o sistema financeiro para um futuro tecnológico e inclusivo, modernizando a infraestrutura financeira brasileira (LAPIN, 2020; NETO, 2020).

Open Banking é um sistema de compartilhamento de dados bancários que, na visão da atual equipe econômica, poderá fomentar uma maior concorrência no mercado financeiro brasileiro, colocando bancos e *fintechs* em uma relação de igualdade na disputa pelos clientes. Sob a ótica concorrencial, é um processo de equalização das condições competitivas entre agentes do mercado financeiro.

Uma das principais medidas do *Open Banking*, buscando reduzir a burocracia e o custo de troca entre instituições financeiras, e a possibilidade de compartilhamento de cadastros bancários entre instituições financeiras. De que forma o controle e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro será impactado por esta regra de compartilhamento é a questão que motiva este estudo.

Reforça-se a pertinência do tema, uma vez que o processo de armazenar informações de seus clientes, chamado de *know your customer* (conheça seu cliente) é uma das principais obrigações estabelecidas na Lei 9.613/98, conforme se percebe pela leitura do Artigo 10°, I:

> Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:
> I - Identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;
> (…). (BRASIL, 1998).

O principal objetivo do presente trabalho é analisar os impactos da adoção do *open banking* no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro por parte das instituições bancárias, identificando os riscos decorrentes e estratégia para mitigá-los.

O próprio Banco Central do Brasil (BACEN) estabeleceu, no artigo 2° de seu Comunicado n. 33.455, que a adoção do *Open Banking* não poderá prescindir da segurança do sistema financeiro e a proteção dos consumidores, cabendo o questionamento: o compartilhamento dos dados dos correntistas não poderá fragilizar o processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro (PLD).

Em função de seus objetivos conduziu-se este estudo como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas com autoridades financeiras responsáveis pela detecção e prevenção dos indícios da ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro. O tratamento destes dados se deu com base na análise de conteúdo.

Com base nestes dados realizamos uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise, e com base nos dados identificados nesta matriz, aplicaremos o método 5W2H como ferramenta de mitigação de riscos.

15. Lavagem de dinheiro

A Lei 9.613/1998 resumiu, então, de forma breve e direta, o conceito de lavagem de dinheiro em seu Artigo 1°, *in verbis*, já com as alterações impostas pela Lei 12.683/2012:

> Art. 1. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (BRASIL, 1998).

Esta legislação foi dotada de uma tripla natureza jurídica, uma vez que contém dispositivos relacionados ao controle administrativo de setores sensíveis à prática de lavagem de dinheiro, outros relacionados ao direito penal material (quando tipificam tipos penais e suas respectivas penas) e, por fim, tratam ainda de regras de direito processual penal, quando tratam dos meios de provas e institutos de persecução penal do referido delito (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Convém ainda ressaltar que este crime tem características próprias, não se limitando a abordar exclusivamente regras de direito penal. O conhecimento jurídico do tema abrange o estudo complementar de leis, decretos, regulamentos e portarias que dialogam com áreas específicas de direito constitucional, processual penal, internacional, administrativo, bancário, financeiro, econômico, empresarial e civil (BARROS, 2012). Cabe, ainda, o esclarecimento de que a lei brasileira não tipifica uma modalidade de lavagem de dinheiro, mas diversas formas da prática delitiva, cada qual com suas especificidades e peculiaridades (BOTTINI, 2017).

Discute-se a eficácia da regulação de mercado e o papel que podem exercer as normas penais, abrindo o questionamento se seria possível regular o funcionamento dos mercados por meio da aplicação prática de normas penais e quais os tipos de impacto regulatório elas podem alcançar (SAAD-DINIZ, 2014).

Para controlar todos os atos financeiros e comerciais usados para mascarar diversos bens, o Brasil adotou um sistema de colaboração compulsória entre o setor público e o privado, em que profissionais e entidades que trabalham em setores mais usados por criminosos para ocultação de recursos devem notificar autoridades públicas sempre que tomarem conhecimento de operações suspeitas, como transações com altos valores em espécie ou depósitos fracionados. Estes setores são caracterizados com *gatekeepers* (torres de vigias), uma vez que atuam em setores econômicos que servem de trilha para o capital oriundo dos delitos antecedentes (BADARÓ; BOTTINI, 2016; RIOS 2010).

Assim, as instituições financeiras, com outros ramos, têm obrigação de colaborar com o Poder Público e comunicar atos de possível ocultação de bens ilícitos, sujeitando a sanções por não observância da regra (BOTTINI, 2019).

16. Open banking

O BACEN (2019b), através do Comunicado 33.455, conceituou *Open Banking* da seguinte forma:

> O Open Banking, na ótica do Banco Central do Brasil, é considerado o compartilhamento de dados, produtos e serviços pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas, a critério de seus clientes, em se tratando de dados a eles relacionados, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de sistemas de informação, de forma segura, ágil e conveniente (BACEN, 2019b).

Segundo expectativas do Banco Central, as iniciativas de *Open Banking* podem fazer com que, ao compartilhar as informações mantidas por bancos incumbentes para outras instituições financeiras, acabem por proporcionar melhores produtos e serviços financeiros, aumentando a eficiência do sistema bancário e a competição no setor (DAMASO, 2019; ORNELAS, SILVA, VAN DOORNIK, 2020), reforçando um princípio consagrado na recém aprovada LGPD: o dono dos dados é o indivíduo (BRASIL, 2018; LAPIN, 2020). Aplicando, assim, o trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais, garantindo e estimulando a concorrência do mercado financeiro sem fragilizar a privacidade dos dados pessoais (TRINDADE, 2021).

Os benefícios do aporte de novas tecnologias para a prestação de serviços financeiros são extremamente positivos, garantindo celeridade r menos burocracia nas transações, possibilitando acesso de uma parcela da sociedade ainda desbancarizada, porém esta flexibilização dos controles pode facilitar a utilização das redes de agências para práticas ilícitas (BOTTINI, 2021).

17. Riscos decorrentes das falhas de controle

A vinculação de uma instituição financeira, ainda que inadvertida, com esquemas criminosos que utilizam suas estruturas para a ocorrência de um crime (como o de lavagem de dinheiro), pode implicar sérios prejuízos, muito além dos financeiros. Sua reputação sofrerá abalos por ter participado da legalização de recursos provenientes de atividades ilícitas, imputando a reputação de permissividade e tolerância com clientes inidôneos. Por esse motivo, elas tomaram medidas cabíveis a fim de prevenir administrativamente a ocorrência destes ilícitos, sob pena de terem sua credibilidade afetada no mercado ou ainda sofrerem pesadas sanções (CALLEGARI; WEBER, 2017; COELHO; DUARTE, 2000; RIZZO, 2016). Um grande banco norte-americano, ao ser auditado pelo *Controller of the Currency*, dos Estados Unidos da América, teve identificada deficiências em seu setor de prevenção e controle à lavagem de dinheiro, criando desgaste de sua imagem perante o mercado e o público em geral (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Este prejuízo não é limitado à imagem das empresas. Uma pesquisa utilizando dados coletados por uma empresa global de recolocação de executivos demonstrou que gestores cujos currículos apresentam passagens por empresas contaminadas por escândalos têm prejuízo em

sua recolocação no mercado de trabalho, mesmo que, claramente, não estejam envolvidos no problema. Um dos casos relatados refere-se à dificuldade em recolocar um executivo com passagens por um banco recentemente envolvido num escândalo, apesar de ele ter saído dez anos antes do início do problema (GROYSBERG et al., 2017).

Desta forma, é imperativo o desenvolvimento de controles internos e a implementação de uma cultura de prevenção à lavagem de dinheiro junto de todos os funcionários da organização. A prevenção da ocorrência deste crime é proporcional ao grau de aderência dos funcionários às ações de prevenção preconizadas (SILVA; MARQUES; TEIXEIRA, 2011).

Neste ponto deve agir o *compliance,* identificando possibilidades de problemas no funcionamento de uma empresa ou negócio, prevenindo a ocorrência de atitudes que possam gerar responsabilidades administrativas ou criminais, e implementando políticas para minimizar sua ocorrência (ROCHA; BOTTINI, 2018).

Compliance, derivado do termo inglês *comply*, é o ato voltado ao cumprimento das normas reguladoras de determinado setor, com a finalidade de evitar problemas jurídicos e de imagem decorrentes de falhas nos processos internos que exponham a instituição a atos de conflito com os atos regulatórios. Desta forma, a empresa não mais se limita a evitar o envolvimento consciente e direto com atos criminosos, mas também passa a realizar esforços em sua prevenção, com sistematização de dados e informações sobre clientes, funcionários e parceiros, colaborando de maneira eficaz com as autoridades (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Seu conceito, já frequente nos cursos de administração, economia e gestão, tem adquirido também grande relevância nas áreas do direito penal e empresarial, principalmente após ser citado repetidas vezes no julgamento da Ação Penal 470 do STF (Mensalão). No ramo bancário, este tem sido um assunto recorrente após os mundialmente famosos escândalos de governança e a crise financeira de 2008, mesmo que ainda tenha se demonstrado ineficaz, focando principalmente no cumprimento de exigências legais, e não em sua efetividade (COIMBRA; MANZI, 2010; FRANÇA, 2019; FRANCO, 2018; SOLTES, 2018).

A aplicação de um programa de *compliance* não elimina por completo a possibilidade de ocorrência de prática de lavagem de dinheiro através da instituição, dada a possibilidade de agentes de má-fé encontrarem meios e formas de evitar ou burlar o monitoramento. Mas sua implementação pode, neste caso, impedir a responsabilidade penal, civil e administrativa de dirigentes em eventual descumprimento por parte de funcionários ou terceiros (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

18. Metodologia

O presente trabalho, em função de seus objetivos, conduziu-se como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas com autoridades financeiras e policiais responsáveis pela detecção e prevenção dos indícios da ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro. O tratamento destes dados se deu com base na análise de conteúdo.

Foram realizadas 13 entrevistas semiestruturadas, onde optamos por manter anonimizados os dados de todos os respondentes e das instituições financeiras às quais estes estão vinculados, conforme detalhado no Quadro 1:

Quadro 1 – Detalhamento dos Respondentes

Detalhamento dos Respondentes	
Respondente 1	Advogado vinculado à instituição financeira pública de atuação nacional e integrante de Grupo de Trabalho, dedicado à adoção do *Open Banking*. Possui publicações nas áreas de *Open Banking* e de Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, além de ter participado da elaboração das recomendações da FEBRABAN no processo de Consulta
Respondente 2	Funcionário BACEN ocupando atualmente gerência adjunta no Departamento de Supervisão de Conduta – órgão responsável pela supervisão dos procedimentos de PLD nas Instituições Financeiras.
Respondente 3	Funcionária com seis anos de atuação na área de prevenção à lavagem de dinheiro, atualmente exercendo a função de coordenadora no acompanhamento de clientes PPE em uma instituição nacional. Trabalhava originalmente em uma instituição financeira de caráter internacional que foi adquirida pelo seu atual empregador
Respondente 4	Delegado de Polícia Federal desde o ano de 2002, tendo integrado forças-tarefa de combate a crimes financeiros, corrupção, crime organizado e lavagem de dinheiro, tais como a Força-Tarefa CC5 (Caso Banestado) e Operação Lava-Jato, com atuação como formador de instrutores de técnicas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo da Organização dos Estados Americanos. Atualmente desempenha cargo de gestão da Interpol nas Américas.
Respondente 5	Funcionária de cooperativa de crédito de atuação nacional, porém com segmentação regional, com 12 anos de experiência na área de controles internos. Realizou intercâmbio de estudos sobre sistema de gestão de risco no segmento cooperativo de crédito alemão e holandês.
Respondente 6	Funcionário da CVM, vinculado ao Núcleo de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo, e atualmente membro titular do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro).
Respondente 7	Funcionário ocupando cargo de gerência executiva em um banco público de abrangência nacional, com 18 anos de experiência na prevenção à lavagem de dinheiro e desenvolvendo, ainda, a função de DPO nesta instituição. Ocupou anteriormente o cargo de Diretor do COAF por 11 anos e realizou avaliação de aderência a regulamentos do GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo) no exterior.
Respondente 8	Funcionária com mais de 15 anos de experiência de segurança institucional em instituições bancárias, em especial implementação de novos modelos dentro das políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, e atualmente dedicada à implementação do *Open Banking.*

Respondente 9	Procurador Federal com 25 anos de vínculo com o MPF, ex-membro da ENCCLA. Responsável pela coordenação da equipe do gabinete do procurador-geral da República nos assuntos ligados à lavagem de dinheiro da Lava Jato, com as pessoas detentoras de prerrogativa de foro.
Respondente 10	Advogado da AGU desde o ano de 2005 com atuação vinculada ao Departamento de Patrimônio e Improbidade, e atualmente membro titular do COAF. Leciona disciplina vinculada a "acordo de leniência" no Programa de Pós-Graduação da FGV Rio.
Respondente 11	Funcionária com 30 anos de experiência no setor bancário, passando por bancos de atuação nacional e internacional. Atualmente trabalha com treinamentos de prevenção e lavagem de dinheiro para instituições financeiras e áreas correlatas.
Respondente 12	Delegada da Polícia Civil do Estado do RS, desde 2009, responsável pela condução da operação "Deu Zebra" – maior operação policial de combate à lavagem de dinheiro do Estado do Rio Grande do Sul – e instrutora da disciplina de "Prevenção à Lavagem de Dinheiro" na ACADEPOL.
Respondente 13	Auditor da CGU desde 2006, exercendo atualmente cargo de coordenação junto à Secretaria de Combate à Corrupção. Membro titular do COAF.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Da aplicação destes instrumentos, obtemos, utilizando o software N´vivo, a nuvem de palavra detalhada na Figura 1.

Figura 1 – Nuvem de Palavras

Fonte: Elaborado pelos autores.

Com base nestes dados realizamos uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise. A matriz de risco é uma importante ferramenta para identificação e mensuração qualitativa de riscos, definida pela composição das variáveis frequência (probabilidade) e severidade (impacto financeiro), associadas aos eventos de perda (fatores de risco) inerentes ao processo avaliado. Em geral, adota-se uma classificação

qualitativa para os níveis de frequência e de impacto, que poderá variar em função do processo avaliado, do porte da empresa, do segmento de mercado de atuação da empresa, dentre outros fatores, apresentando duas implicações práticas: a tomada de decisão sobre aceitação e a priorização do risco que precisa ser abordada em primeiro lugar (DUIJIM, 2015; MARSHALL, 2002; SPIRA, 2003).

A matriz de risco está concebida da seguinte forma: a) na coluna vertical está reportada a severidade do impacto do tema com ponderadores de severidade de 1 a 4, sendo que 1 representa impacto reduzido, 2 moderado, 3 severo e 4 impacto máximo com severidade crítica; b) na linha horizontal da matriz de risco está reportada a ponderação da frequência, também de 1 a 4, sendo o ponderador 1 para a frequência extremamente remota, 2 para remota, 3 provável e 4 frequência possível; c) o grau de intensidade será obtido pela multiplicação dos ponderadores frequência vezes severidade, na coluna e linha selecionadas para a ação proposta.

Já a pontuação e as cores indicam a dimensão de controle da ação indicada: a) verde significa controle reduzido; b) amarelo controle moderado; c) amarelo queimado controle severo; e d) vermelho, que constitui controle de situação crítica.

Com base nos dados identificados nesta matriz, aplicaremos o método 5W2H como ferramenta de mitigação de riscos. O nome 5W2H vem das palavras em inglês: *what, why, who, where, when, how e how much*, e constitui-se como um instrumento vastamente utilizado para que se realize um plano de ação eficaz, possibilitando colocar em prática medidas mitigadores de eventuais riscos (SILVA, 2009).

Em função de se tratar de um estudo que pretende analisar as instituições financeiras de forma genérica, sem distinção de porte ou forma de funcionamento, optamos por não determinar valores necessários para implementação dos procedimentos de mitigação de risco, estabelecendo como "a determinar" para o campo *how much.*

19. Resultados e discussão

O compartilhamento de dados entre as instituições financeiras é regulado pelo Artigo 31 do da norma reguladora do *Open Banking*, *in verbis:*

> Art. 31. A instituição participante é responsável pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor (BACEN; CMN, 2020a).

Percebe-se, na leitura do Artigo 31, uma determinação para que a responsabilidade pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo das informações compartilhadas seja da "instituição participante". O Artigo segundo da dita resolução enumera um pequeno glossário com 12 "verbetes"[1] referentes à aplicação do novo regramento, definindo o conceito das figuras de "instituição transmissora de dados" (Art. 2, III) e "instituição receptora de dados" (Art. 2, IV), ficando silente sobre a definição de "instituição participante"[2]. Assim, parece que se trata de uma situação em que a responsabilidade pelo fato será solidária entre a instituição transmissora e a instituição receptora.

Quando questionado sobre o entendimento deste dispositivo legal, o respondente 1 frisou a má qualidade legislativa do texto, apontando para a necessidade de análise por legislação subsidiária, no caso a norma civil:

> *"(...) Então, esse é um problema sério, tá? Esse artigo, ele é muito ruim, muito mal escrito. Não esclarece nada e você tem um problema aí que é a responsabilidade civil que é... Enfim, é mantida pelo Código Civil, não é pela norma infralegal, pela*

---

[1] Art. 2º Para os fins do disposto nesta Resolução Conjunta, considera-se:
I - *Open Banking*: compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas;
II - cliente: qualquer pessoa natural ou jurídica, exceto as instituições de que trata o art. 1º, que mantém relacionamento destinado à prestação de serviço financeiro ou à realização de operação financeira com as instituições de que trata esta Resolução Conjunta, inclusive para a realização de transação de pagamento;
III - instituição transmissora de dados: instituição participante que compartilha com a instituição receptora os dados do escopo desta Resolução Conjunta;
IV - instituição receptora de dados: instituição participante que apresenta solicitação de compartilhamento à instituição transmissora de dados para recepção dos dados do escopo desta Resolução Conjunta;
V - instituição detentora de conta: instituição participante que mantém conta de depósitos à vista ou de poupança ou conta de pagamento pré-paga de cliente;
VI - instituição iniciadora de transação de pagamento: instituição participante que presta serviço de iniciação de transação de pagamento sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço;
VII - serviço de iniciação de transação de pagamento: serviço que possibilita a iniciação da instrução de uma transação de pagamento, ordenado pelo cliente, relativamente a uma conta de depósitos ou de pagamento pré-paga;
VIII - consentimento: manifestação livre, informada, prévia e inequívoca de vontade, feita por meio eletrônico, pela qual o cliente concorda com o compartilhamento de dados ou de serviços para finalidades determinadas;
IX - chamada de interface: requisição de dados e de serviços apresentada pela instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento à instituição transmissora de dados ou detentora de conta;
X - assinatura de método: é a identificação única de cada método, que consiste na definição do nome do método, bem como dos parâmetros de entrada e saída em uma função de programação;
XI - transações de pagamento sucessivas: transações de pagamento realizadas entre os mesmos pagadores e recebedores de acordo com uma periodicidade, decorrentes de um mesmo negócio jurídico ou relação jurídica; e
XII - agregação de dados: consolidação de dados compartilhados de acordo com o disposto nesta Resolução Conjunta com a finalidade de prestar serviços aos seus clientes (BACEN, 2020a).

[2] A hipótese de má redação da norma perde força ao momento que a expressão poderia ter sido retificada no momento da edição da Resolução Conjunta n.º 2 (BACEN; CMN, 2020b).

> *resolução. Então, assim, é uma situação muito difícil essa, tá? Eu não tenho resposta que esclareça isso."*

Ressaltada a dificuldade de qualidade do texto legal, ainda assim podemos aprofundar a análise, considerando a utilização de um conceito intermediário entre a responsabilidade exclusiva do emissor e responsabilidade exclusiva do receptor dos dados, consolidando o entendimento de uma responsabilidade compartilhada. Para reforçar este entendimento, amparamo-nos novamente no entendimento retirado da aplicação do instrumento de pesquisa, junto ao respondente 1:

> *"(...) fato é que a instituição transmissora, ela se responsabiliza pela integridade do dado, é o que está aqui. A gente conseguiu excluir a veracidade, tá? Na primeira versão da consulta pública, o que a gente tinha aqui era a veracidade[3], além de tudo que está aqui. Aqui ficou a confiabilidade só. O que a gente consegue manter, o que a gente consegue definir aqui, é que o Banco Z transmitiu o que tinha no cadastro dele. Se o cadastro dele estava errado, ele também estava correndo esse risco, tá? Agora, foi por falha do Banco Z? Assim, todas essas questões, elas são mesmos limítrofes, tá? Como é que fica o princípio de know your client face ao Open Banking? O Know your client, mas quem... O know ficou lá na outra instituição e como é que eu vou "resaber", como é que eu vou... eu preciso reconhecer o meu cliente novamente. Essa responsabilidade continua sendo nossa como instituição receptora, o que a gente teve é só uma informação de que lá no Banco Z o cadastro é esse. A gente tem que enxergar as coisas de uma maneira bem conservadora, para esse tipo específico de situação que você tá colocando do princípio de know your client."*

Coube à Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (2020) a sugestão de suprimir a responsabilização pela confiabilidade dos dados compartilhados. Já a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros de Capitais – ANBIMA (2020) sugeriu o desenvolvimento de ferramentas para estabelecer segregação de responsabilidades entre as instituições doadoras e receptoras de dados no âmbito do *Open Banking*, cabendo, assim, a ambos os participantes a adoção de procedimentos para validação e utilização das informações compartilhadas, sem grande êxito, uma vez que não ocorreram alterações significativas no texto constante da Resolução Conjunta n.° 1, conforme percebe-se pelo quadro comparativo abaixo:

Quadro 2 – Comparativo Regulamento de Compartilhamento de Cadastros *Open Banking*

[3] Da consulta do texto proposto pelo Edital de Consulta Pública 73/2019 não encontramos nenhuma relação à responsabilização por veracidade dos dados compartilhados, conforme relatado pelo respondente no trecho destacado. Em trecho posterior, ele se questiona sobre esta informação: *"Eu não tenho certeza se estava antes, tá? Não recordo como era a redação do texto antes da consulta pública."*

Redação prevista pelo Edital de Consulta Pública 73/2019	Redação final da Resolução Conjunta BACEN/CMN n.º 1
Art. 30. As instituições participantes são responsáveis pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.	Art. 31. A instituição participante é responsável pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.

Fonte: BACEN, 2019a; BACEN; CMN, 2020a.

Parece claro, pela simples leitura do texto, que a instituição recebedora dos dados cadastrados deverá tomar todas as providências para validar a veracidade dos dados compartilhados, não descartando a necessidade de novamente coletar novos documentos e declarações, até porque dados como renda e endereço comprovado devem ser regularmente atualizados. A manifestação do respondente 2 vem a reforçar este entendimento:

> *"(...) dando um palpite, assim, inicial sobre a sua principal questão, eu acho que a instituição não pode pegar cadastro de outra e confiar no que está ali, né? A partir do momento que você tem aquela pessoa como seu cliente, você passa a ser responsável por esse seu cliente, daquele cara ou aquela empresa que passou a se tornar seu cliente. Então, ele pode até utilizar a informação para capturar clientes no mercado, mas, a partir do momento que ele entrou ali, ele tem que passar pelos procedimentos de PLD. E aqueles que não fizerem vão estar se arriscando, né?"*

No mesmo sentido é o entendimento expresso pelo respondente 3:

> *"Tem que utilizar, tá. Olha, eu acho que eu... eu acho que daria para fazer um... talvez um double check, assim, um duplo controle, sabe? Como tem, por exemplo, em algumas instituições. Mas tem algumas instituições que elas aprovam a abertura das contas, então passa lá um PLD antes de abrir a conta. Eu acho que daria para fazer uma validação nesse sentido. Antes de você... quando você pede o cadastro, você faz ali uma validação rápida, porque eu acho que, por mais que você seja obrigado a utilizar, você pode estabelecer os teus parâmetros internos (...) porque cada banco tem o seu critério, né? Então, cada banco tem lá seu... a sua esteira de cálculo de renda, de como colocar data lá de atualização e eu não vejo, hoje, isso como uma alternativa muito segura. Eu acho que a gente... tanto que a gente nem pensa, ainda, em fazer utilização de cadastro para análise de prevenção à lavagem de dinheiro. Hoje, tá? Claro que isso é uma possibilidade, mas ainda tem que se estudar muito e tem que ter bastante estudo por trás, para ver se vale a pena utilizar ou se..."*

O respondente 4 resgata sua experiência na condução da operação policial que apurou lavagem de dinheiro no chamado "CC5/BANESTADO"[4], para atentar para a possibilidade de

[4] O Banco Banestado foi a porta de saída de recursos ilícitos para o exterior pelas contas autorizadas pela Carta Circular n° 5 (Contas CC5). As CC5 eram contas que podiam ser mantidas no Brasil por residentes no exterior

um risco sistêmico em caso de compartilhamento de cadastros bancários sem medidas eficazes para validação dos dados:

> *"É de fundamental importância, porque justamente todo o esquema de fraudes bancárias, evasão de divisas e lavagem de dinheiro que levaram à operação, à força-tarefa CC5 do caso Banestado, foi justamente em razão da fragilidade dos cadastros bancários, o que possibilitou que centenas de contas fossem abertas em nome de laranjas conscientes ou não, e assim o dinheiro circulava de uma conta para a outra, sempre entre laranjas e empresas de fachada ou fantasmas, para que dificultasse o rastreio do dinheiro, o objeto de crime que estava sendo lavado pelas autoridades incumbidas da investigação, especialmente pela Polícia Federal, Receita Federal, Banco Central do Brasil, o Ministério Público Federal. Então, essa questão do cadastro, ela é o primeiro passo para prevenir a lavagem de dinheiro é que a instituição bancária, (...) a partir do momento em que ela abre uma conta, antes disso, antes de abrir essa conta, ela deve se certificar com certeza de quem está abrindo a conta e se aqueles documentos são verdadeiros e retratam uma verdade declarada. Além da abertura de contas em nome de laranjas, é possível ainda ocorrer financiamentos de bens em nome de laranja e com isso esse prejuízo que as instituições financeiras têm com essas fraudes de financiamento, elas acabam diluindo o prejuízo delas para toda a sociedade que pratica algum relacionamento com instituições bancárias, ou seja, o prejuízo, ele é computado no momento de oferecimento de um empréstimo cujos juros serão de acordo com o risco (...) a gente identificou através de investigação que a abertura de contas por meio fraudulento, ou seja, em nome de laranja, em nome de terceiros que não têm conhecimento, ela ocorria principalmente a partir da corrupção ou do corrompimento ou da cooptação de gerentes de determinadas agências, tanto da capital quanto do interior. Então, a partir do momento em que alguém, ou que a organização criminosa ou que o falsário, o estelionatário, consegue amizade por interesse ou não de receber algo indevido por parte do gerente de uma agência, ou até de um funcionário que não seja gerente, essa fragilidade que se abre em uma determinada agência de um determinado banco, ela vai contaminar outros bancos que podem ser obrigados a receber um cadastro, que não foram eles que criaram."*

A preocupação com novos entrantes no mercado bancário, normalmente instituições que valorizam a ousadia e toleram falhas (HORN, 2016), está presente na manifestação da respondente 3:

> *"Eu tô falando daquele banco menor, mesmo, daquele banco que tá começando... aquela instituição financeira que acabou de virar a chave, ela já vai entrar no Open Banking. E daí, será que ela tem política o suficiente para bater o martelo e falar que aquilo lá é o que tá certo? Então, o maior risco de compliance que eu vejo hoje, no Open Banking, é isso mesmo, é a empresa... a empresa vai bater no peito e falar: 'Isso aqui eu conferi. Isso aqui tá certo'? Então, eu acho que ainda tem bastante discussão sobre esse assunto, tá?"*

e foram utilizadas por doleiros para cometer o crime de evasão de divisas e lavagem de dinheiro (VERLI, 2018).

Este mesmo sentimento é compartilhado pela respondente 5:

> *"A experiência que eu tenho com esses bancos digitais, ela não é positiva no que tange à prevenção de fraudes, né? Então, a gente tem maior facilidade nos clientes que eles abrem conta, então, eles abrem contas para... sem saber, claro, eles abrem conta para bandido tá aplicando golpe. Claro que o golpe seria materializado em qualquer instituição, mas é muito mais fácil abrir lá. Então, quando a gente descobre isso e tenta reaver, por exemplo, um recurso de um banco Z da vida, a chance de a gente reaver esse recurso é muito pequena. E quando a gente tá com bancos mais tradicionais, a chance é muito grande, porque o comprometimento das duas instituições, mesmo que seja algo informal, que a Febraban motiva que aconteça, essas Fintechs não têm esse mesmo nível de comprometimento. Então, eu acho que a parte de dificultar, de tornar o processo muito crítico, ela tem que acontecer, e não é para ter menos entrantes, mas é para que entendam que vocês estão jogando aqui, que é com dinheiro, que é com mercado financeiro, e tem que jogar sério."*

Um dos principais aspectos a ser considerado no momento de analisar a confiabilidade e a segurança dos dados e serviços compartilhados através do *Open Banking* é a análise da suposição de que as instituições participantes possuem diferença no apetite ao risco, no que tange à sua exposição a fragilidades nos procedimentos de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.

O acordo de Basiléia III nos apresenta o conceito de apetite ao risco:

> *Tolerância ao risco pode ser definida como capacidade e resiliência da instituição em suportar o impacto de determinado risco materializado. O apetite ao risco diz respeito à pré-disposição dos acionistas em assumirem determinados níveis de exposição a risco independentemente de sua capacidade de suportar o seu impacto (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, 2011, p. 2).*

Esta hipótese foi abordada pelo respondente 6 quando avaliava as possíveis fragilidades aos instrumentos de Controle e Prevenção à Lavagem de Dinheiro em função do compartilhamento de cadastros por parte do *Open Banking*:

> *"(...) a gente tá falando de um sistema que vai ter que acomodar com um data pooling de informações, né? Isso daí envolve também a questão do risk based approach, tanto a norma de PLD do Banco Central como da nossa, tá? Porque eu tenho a possibilidade de dizer que toda instituição vai ter que me tirar o seu risco. Então, para isso, ele tem que identificar, ele tem que analisar, compreender e tirar o seu risco de lavagem, financiamento do terrorismo. Só que o risco é dele. Eu posso conviver com 20 instituições financeiras, que tem 20 apetites de riscos distintos, e nenhuma delas tá errada (...) eu tenho que ver o risco de ter que compartilhar essa informação, com autorização do cliente, com outras instituições, até porque eu posso ter quatro apetites de risco... vamos imaginar um pool com quatro bancos. Eu posso ter quatro apetites de riscos distintos, nenhum crime nisso, mas até que ponto ele ter*

> *um apetite de risco maior do que o meu pode gerar um risco maior para mim? Então eu, necessariamente, tenho que criar uma maneira de colocar isso também na matriz de risco."*

Durante a aplicação do instrumento de coleta de dados da respondente 3 este apetite foi novamente referido, neste caso em função de sua experiência profissional, pois trabalhava em uma instituição de atuação internacional, que teve suas operações no Brasil adquiridas por uma instituição financeira de atuação nacional:

> *"Eu vou te dar um exemplo: o Banco X, ele era sancionado internacionalmente, e o que que acontecia? Ele passava por uma auditoria nos Estados Unidos, se ele não cumprisse as regras, ele perdia o direito de operar com dólar. Como podemos ver, então o Banco X saiu do Brasil. Já o Banco Y é mais racional, então ele é muito voltado ao nosso parâmetro, ao nosso perfil de lavagem de dinheiro."*

Dentro de uma mesma instituição financeira também pode-se perceber uma variação do apetite de risco, como muito bem sublinhado pelo relato da respondente 5, funcionária de uma cooperativa de crédito de atuação nacional, porém com segmentação regional:

> *"Percebo (apetite de risco). A gente tem regionais que têm uma outra realidade. Eu, por exemplo, sou de uma regional que atua em região de fronteira, então a gente... eu não posso ter o mesmo apetite a risco de uma regional que não atua em região de fronteira, né? Isso eu acho que é premissa básica. Eu estou citando um fato específico da região de fronteira, mas outras realidades também determinam esta variação."*

Entretanto, a Circular BACEN n.º 3.978 (BACEN, 2020b) tratou da avaliação interna do risco em seu Capítulo IV, limitando a margem de flutuação entre o risco a ser adotado pelas instituições, conforme percebe-se pelo Artigo 10, abaixo transcrito:

> Art. 10. As instituições referidas no art. 1º devem realizar avaliação interna com o objetivo de identificar e mensurar o risco de utilização de seus produtos e serviços na prática da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.
>
> § 1º Para identificação do risco de que trata o caput, a avaliação interna deve considerar, no mínimo, os perfis de risco:
>
> I - dos clientes;
>
> II - da instituição, incluindo o modelo de negócio e a área geográfica de atuação;
>
> III - das operações, transações, produtos e serviços, abrangendo todos os canais de distribuição e a utilização de novas tecnologias; e
>
> IV - das atividades exercidas pelos funcionários, parceiros e prestadores de serviços terceirizados.
>
> § 2º O risco identificado deve ser avaliado quanto à sua probabilidade de ocorrência e à magnitude dos impactos financeiro, jurídico, reputacional e socioambiental para a instituição.

> § 3º Devem ser definidas categorias de risco que possibilitem a adoção de controles de gerenciamento e de mitigação reforçados para as situações de maior risco e a adoção de controles simplificados nas situações de menor risco.
>
> § 4º Devem ser utilizadas como subsídio à avaliação interna de risco, quando disponíveis, avaliações realizadas por entidades públicas do País relativas ao risco de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo (BACEN, 2020b).

Em função da regulação do agente fiscalizador sobre o tema, e a necessidade de identificação e mensuração do risco, a respondente 7 minimiza grandes discrepâncias entre as políticas de controle em função do apetite ao risco:

> *"É muito parecido (apetite ao risco) por causa da atuação pesadíssima do Banco Central. Então, o Banco Central tem uma atuação muito pesada, então os bancos não querem hoje. Então, se você for pensar bem, teve grandes bancos aí que fecharam por causa de PLD, que deixaram de cumprir com as suas obrigações, né? Então, o risco de PLD, hoje, é muito grande. Então, os bancos não querem assumir esse risco, porque o risco, hoje... Porque assim, PLD, além de tudo, ele traz o risco para o CPF do diretor responsável, o diretor responde com o seu CPF e com seus bens. Então, isso é uma forma de o Banco Central pressionar, né?"*

No mesmo sentido foi a manifestação do respondente 8:

> *"Olha, do jeito que a gente é regulamentado e fiscalizado, então, tudo que... está sendo visto tudo isso, de que forma a gente vai atuar para não deixar essas lacunas, né? Eu estou entendendo o que você está falando, e é verdade, né? Um banco lá assume mais risco. Por exemplo, o Banco Z é muito conservador nesse ponto. Ele prefere... não sei se vai continuar assim, mas até então, prefere a burocracia do que assumir esse tipo de risco. E pode acontecer de receber um cadastro que não é tão grandes coisas, né? Eu acho que essa questão, ela é muito boa."*

Apetite de risco é a análise da suposição de que as instituições participantes possuem diferença no que tange à sua exposição a fragilidades nos procedimentos de controle e prevenção à lavagem de dinheiro. Porém a Circular BACEN n.º 3.978 (BACEN, 2020b), que discorre sobre a avaliação interna do risco, limita a margem de flutuação entre o risco a ser adotado pelas instituições financeiras, limitando, também, a severidade do impacto de sua ocorrência para moderado, porém sem limitar sua frequência, considerando o elevado volume de instituições aptas[5] a realizar compartilhamento de dados cadastrais e a existência de variação de apetite dentro das próprias instituições financeiras

[5] O Comunicado n.º 36.480 do BACEN listou 1.065 instituições que terão participação obrigatória no *Open Banking* (BACEN, 2020c).

Exigência maior ainda de cuidado na validação dos dados ocorre quando somos confrontados com documentos necessários para iniciar a relação negocial, e posteriormente os procedimentos para prevenção à lavagem de dinheiro, com operações que envolvam Pessoas Jurídicas, normalmente com exigências documentais ainda mais complexas, conforme fica claramente evidenciado pelo depoimento do respondente 7:

> *"Como você aferir que aquela empresa, ela arrecada um faturamento de 15 milhões, se um contador assinou? Mas como provar que ela de fato movimenta aquele tanto que ela fala que ela movimenta? Então, isso tem sido um problema, tá? Um problema para a gente, que a questão é isso, né? É um pouco isso que você falou. A instituição, muitas vezes, tá preocupada com risco de crédito e deixa, às vezes, o risco PLD, né? Porque assim, quando a gente fala dos grandes players, tudo bem, só que o Open Banking não vai ver só os grandes players, ele vai ter essas empresas pequenas que tão entrando aí, que a preocupação de PLD dela não é tão grande em relação aos demais, né? Então, isso é algo que a gente tem que trabalhar muito. Evitar empresa de fachada, evitar laranjas, porque, de fato, isso polui o sistema."*

Igual complexidade é vislumbrada em clientes que exploram a produção agropecuária, conforme bem anotou o respondente 9:

> "Então, um ponto crítico é o produtor rural. Produtor rural, ele é uma pessoa física atuando como pessoa jurídica, e a lei permite que esse cara faça isso, né? Fora o resto, leiloeiro, que também permite, numa PF tá operando como uma PJ. Então, esse tipo de situação pode deixar o ambiente um pouco mais frágil. No entanto, para você abrir uma conta, sei lá, é produtor rural, o crédito, o capital de giro desse cara tem que ser alto. Então, o que que normalmente é feito, para garantir isso? É feito uma diligência in loco, 'Deixa eu ver se o que ele tá declarando aqui, segundo as terras que ele tem, as posses que ele tem, faz sentido. Faz sentido liberar esse crédito aqui para pegar as entressafras'. E por aí vai. Então, existem formas de você garantir que aquilo é legítimo, né? E isso é o que acontece nos bancos. Não é simplesmente: ah, é produtor rural, sai abrindo conta, vamos confiar cegamente."

Da mesma forma, documentos de identificação pessoal necessitam possibilitar a identificação do portador, não servindo para aqueles que possuem fotos antigas ou que impossibilitem, por variados motivos, o reconhecimento facial, até em decorrência da parte final do Artigo 31 da Resolução Conjunta n.º 1, que determina: "bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor", cabendo às instituições buscar formas de mitigar o risco do compartilhamento, conforme demonstram as preocupações relatadas pelo respondente 10:

> *"Eu acho que fragiliza, na linha que eu referi antes, né? Eu acho que a clareza dos dados bancários, e cadastros bancários, eu acho que são fundamentais. Justamente se uma instituição pega um dado... vou utilizar uma expressão gaúcha: 'meio*

> *capengo', um dado meio capengo, mas ela aceita essa transação, e ela circula esse cadastro, outra empresa vai e sincroniza na mesma partida, no mesmo cadastro, me parece que isso é uma possibilidade sim, de fragilizar o adequado controle."*

Esta possibilidade de aproveitamento de cadastro de outras instituições, sem qualquer garantia sobre a veracidade dos dados, é foco de dúvidas pelas instituições financeiras, como se pode perceber pela manifestação do respondente 11, abaixo colacionada:

> *"Eu acho estranho isso, porque o cadastro tem que... pelo conhecimento que eu tenho, tem que ser interno do banco, né? Você pode usar bases de dados externas para enriquecer o teu cadastro (Compartilhamento de cadastros) É bem perigoso, porque como você não sabe quem fez ali, ele pode fazer um cadastro fake (...) já deveriam tá sendo feitos alguns questionamentos para quando entrar esse Open Banking, você ter uma regulamentação, tipo uma 3978[6] aí, para poder falar: 'Opa, isso pode, isso não pode', 'Isso eu tenho que tomar cuidado, isso não tenho.'"*

Mesmo que as regras de regulamentação do *Open Banking* entendessem que a "instituição receptora de dados" não teria responsabilidade pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, não existiria possibilidade de amparar-se a esta fragilidade para se abster de tomar as medidas para combate e prevenção à lavagem de dinheiro, conforme ficou claro no posicionamento do respondente 9:

> *"(...) quanto mais for detalhada a exigência do banco que recebe um cadastro de um cliente, inversamente proporcional vai ser a probabilidade de dar algum problema sob a ótica de controle, tá? Isso me parece uma postura simplória, mas bastante eficiente. Então, eu não tenho como identificar por desconhecimento, dado questões internas, o que é que poderia ser feito objetivamente para ter esse controle. Mas, quanto maiores dados a instituição financeira exigir, até em complemento ao que ela receber no cadastro, tanto menor será a probabilidade de ela ter problemas. E olha só o que é que eu tô dizendo, ela tem problemas, sob a ótica de fraudes para ela e sob a ótica de ela infringir as regras da legislação de lavagem de dinheiro, porque ela tem a obrigação de comunicar e não vai poder dizer o seguinte: 'Ah, mas eu recebi o cadastro e enfiei a cabeça'... A teoria da avestruz..."*

A Teoria da Avestruz realiza uma metáfora com o animal que, uma vez que se encontre em situação de perigo, esconde a sua cabeça como uma forma, inútil, de proteção: "o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (...) opta pela ignorância confortável, comportando-

[6] Referência à Circular BACEN 3.978/20.

se como avestruz, que enterra a cabeça na terra para não ver a luz do sol" (MAGALHÃES, 2014, pp. 179-180).

A doutrina recebeu esta teoria, fruto de construção jurisprudencial[7], denominando-a como cegueira deliberada, por meio da qual possibilita-se o enquadramento por lavagem de dinheiro daquele que, mesmo ciente da elevada possibilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado, ao agir de modo indiferente a este fato (CALLEGARI, BECK, 2012).

Professor Isidoro Blanco Cordero trata diretamente da figura do empregado bancário que opta pela ignorância confortável frente a sinais de ocorrência de ilicitude na relação comercial:

> Este problema ha sido ampliamente analizado por la doctrina en referencia a los empleados de entidades financieras. El empleado de banca que cumple las órdenes que le da un cliente que pretende blanquear su dinero puede ser impune si desarrolla su actividad con desconocimiento de su origen delictivo y sin infringir las obligaciones que le impone la ley. Ahora bien, si sospecha del carácter delictivo de los bienes, tiene un conocimiento casual de su origen o actúa por imprudencia grave, la misma acción del empleado de banca sería calificada como blanqueo de capitales. Es exclusivamente este conocimiento o desconocimiento imprudente el que convierte al empleado de banca de trabajador que desarrolla su actividad normal impune, en delincuente por razón del delito de blanqueo de capitales (CORDERO, 1997, p. 268).

Durante entrevista com a respondente 12, ao relembrar a condição da operação "Deu Zebra", recorda que foi requerida a condução coercitiva do gerente bancário em função do indicativo de "cegueira deliberada" no inquérito policial:

> *"O meu gerente bancário, esse que acabou entrando na organização, e ele foi conduzido coercitivamente no dia das prisões. Foi com base nessa teoria, na cegueira deliberada. Não é possível que o gerente de banco, que conhece a fama do cliente, tanto é que ele saiu na Zero Hora, eu acho, uns dois... três anos antes da operação, como um dos maiores bicheiros do estado. Não é possível que o gerente do banco não soubesse da origem dos recursos movimentados."*

Apesar da dificuldade de simplesmente transplantar a cegueira deliberada de seu contexto no direito penal da tradição *common law* (LUCHESSI, 2017), entende-se que a existência de sua culpabilidade ocorre quando existe um dever de conhecer não respeitado pelo agente, do qual se pode concluir que a ignorância do ato ilícito tenha uma carga de

[7] Embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal Espanhol, Corte da tradição da *civil law*, acolheu-a, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, figura também presente no Direito brasileiro (BRASIL, 2013).

intencionalidade (LUBAN, 1999), refletindo a responsabilização que ocorrerá no caso de as instituições financeiras não tomarem as medidas cabíveis e esperadas para validação dos dados recebidos em caso de compartilhamento, em decorrência do regramento do *Open Banking*. Este é o entendimento que se aduz do trecho abaixo colacionado na manifestação do respondente 13:

> *"Se um banco grande, que tem áreas muito mais robustas de compliance, pegar um cadastro que parece incompleto, é um risco que a própria instituição financeira, maior, a de cliente, tá assumindo. E aí eu não acho que a solução seria o não compartilhamento do cadastro, em sentido estrito, ainda que isso seja uma possibilidade, mas, a partir do momento que eu tenho, por exemplo, uma lista única de PEPs, cada um tem o seu. Isso é a obrigação da própria empresa. Ela não vai conseguir se esquivar da obrigação de compliance dizendo: 'Ah, mas eu confiei no cadastro do meu terceirizado'. Então, a obrigação de compliance, ela é sempre do averiguado. Então, eu vejo, se uma empresa grande compra o cadastro de uma empresa pequena, uma fintech que só mexe com cartão de crédito, a chance, e não precisa ser grande, de fazer grandes exercícios de clarividência para saber que vai dar um problema em uma hora ou outra."*

A redação do Artigo 31 da Resolução Conjunta n.º 1 (BACEN; CMN, 2020), estabelece claramente uma responsabilidade compartilhada entre as instituições participantes, tanto as instituições transmissoras de dados como também as instituições receptoras, cabendo a esta tomar todas as medidas possíveis para validar a veracidade dos dados compartilhados, não descartando, inclusive, a necessidade de coletar novos dados para início ou manutenção do relacionamento negocial, frente ao elevado impacto que esta ocorrência pode ter sobre o processo de análise e prevenção à lavagem de dinheiro.

Figura 2 – Matriz de Risco

Matriz de Risco (Impacto x Frequência)			Frequência (Probabilidade de Ocorrência)			
			(1) EXTREMAMENTE REMOTA	(2) REMOTA	(3) PROVÁVEL	(4) POSSÍVEL
			1	2	3	4
Impacto (Severidade)	(4) CRÍTICO	4	4	8	12	Compartilhamento 16
	(3) SEVERO	3	3	6	9	12
	(2) MODERADO	2	2	4	6	8
	(1) REDUZIDO	1	1	2	3	4

DOI: 10.55689/rcpjm.2022.04.009 | ISSN: 2764-1899

Fonte: Elaborado pelos autores com base em ALLEN, 2013.

A frequência foi classificada como possível, uma vez que, com a entrada em vigor da segunda etapa do cronograma de *Open Banking*, esta medida se tornou rotineira e regulamentada, fazendo parte do dia a dia em uma instituição financeira. Esta normalidade e recorrência no compartilhamento de cadastro consiste inclusive em um dos principais propósitos do BACEN com a implantação do *Open Banking*, desburocratizando o sistema financeiro e diminuindo o custo de troca entre instituições financeiras.

A severidade do impacto constitui-se em um evento crítico, podendo, inclusive, como tratamos, tornar-se um risco sistêmico, colocando toda a eficácia do modelo de prevenção à lavagem de dinheiro em xeque, como no caso de compartilhamento de cadastros bancários sem medidas eficazes para validação dos dados. Esta criticidade pode ainda ser majorada em decorrência do apetite de risco adicional, suportado pela instituição detentora dos dados compartilhados.

Importante ressaltar que a análise da severidade parte do pressuposto de que, identificado maior apetite de risco pela instituição transmissora de dados, serão adotados controles e procedimentos adicionais para comprovação da veracidade dos dados, nunca o movimento contrário; ou seja, flexibilização de procedimentos quando percebidas aderências às regras de mitigação de risco por parte da instituição participante.

Além disso, as instituições financeiras e seus dirigentes, mesmo quando cientes da elevada possibilidade de a procedência ilícita dos recursos agirem de modo indiferente a este fato, poderão ser enquadrados pela ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro.

Quadro 3 – Método 5W2H

Método 5W2H – Compartilhamento de Cadastros		
5W	*What*	Criação de protocolo para verificação da veracidade dos dados compartilhados em decorrência do *Open Banking*.
	Who	Diretoria responsável pela condução do PLD e adaptação ao *Open Banking*.
	Where	Todas as unidades da instituição financeira.
	When	Medidas devem ser implementadas sempre que a instituição receber cadastros compartilhados.
	Why	Para manter abordagem baseada em risco aderente à implementação do *Open Banking*.
2H	*How*	Através da revisão de processos e procedimentos relativos ao PLD.

	How Much	A determinar.

Fonte: Elaborado pelos autores com base em SILVA, 2009

20. Considerações finais

O presente estudo buscou identificar e analisar, através da percepção de profissionais entrevistados, de que forma o controle vigente no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro, por parte das instituições bancárias, foi impactado em função da implementação das regras de *Open Banking* no sistema financeiro brasileiro. A partir dos dados coletados, também propusemos uma matriz de riscos para dimensionar, ponderar e classificar por intensidade os riscos de maior grau na gestão dos controles de lavagem de dinheiro.

Esta análise se faz necessária pela importância de as instituições financeiras determinarem a verdadeira identidade de seus clientes e implementarem mecanismos para verificar sua boa-fé, frente às obrigações de controle e prevenção à lavagem de dinheiro que estas são obrigadas a implementar.

Conforme percebermos da análise da Figura 2, o ponto de análise se localizara em quadrante de controle de situação crítica, necessitando que tanto as instituições financeiras como autoridades reguladoras se dediquem ao desenvolvimento de controles de elevada certeza, para garantir a mitigação dos impactos do *Open Banking* nos atuais procedimentos de prevenção e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro.

Em função destes dados, percebe-se que a adoção do *Open Banking*, apesar de buscar simplificar e desburocratizar o sistema financeiro, não terá este impacto no processo de análise e detecção dos indícios da lavagem de dinheiro; pelo contrário, necessitará de adoção de medidas adicionais de controle, bem como de medidas de dupla verificação para garantir a veracidade e integridade dos dados.

Analisando cada um dos pontos de atenção em função da implementação do *Open Banking*, percebemos que nenhum dos cenários indica que sua adoção tende a inviabilizar os procedimentos atuais de controle, porém cada um destes pontos teve apurado seu grau de risco, através da utilização de matriz de risco, e apresentamos, utilizando análise baseada no método 5W2H, medidas necessárias para sua mitigação.

Necessitamos considerar ainda que a opinião apresentada pelos entrevistados pode refletir uma visão do passado em decorrência da coleta de dados, valorizando vivências pretéritas dos respondentes. E seria natural que o desconforto com a mudança impactasse suas

opiniões, uma vez que a necessidade de mudanças e adaptações a um novo cenário de transformações tecnológicas e regulamentais os retiram de uma zona de conforto e do *status quo*, redesenhando um processo em que os são hoje referências em suas instituições. Este desconforto pode ainda ter sido maximizado em função de os questionários terem sido aplicados antes da vigência da regra de compartilhamento de cadastros entre instituições financeiras.

A determinação dos valores (*how much*) necessários para implementação das providências apuradas pela aplicação do método 5W2H em cada instituição financeira também se constitui como limitação do presente trabalho, servindo de sugestão de pesquisa em estudos futuros.

Entendemos, ainda, que estudos futuros podem buscar uma metodologia, respeitando os limites da LGPD, que utilize dados disponíveis em redes sociais como forma de validação das informações cadastrais, analisando ainda as fragilidades decorrentes da existência de perfis falsos.

21. Referências

ALLEN, Chris. **Risky Bussiness**: How to Build a Risk Matrix [livro eletrônico]. 2013, 518 kb, ePub.

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Edital de Consulta Pública 73/2019:** Divulga propostas de atos normativos que dispõem sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. 28 nov. 2019(a).

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado n. 33.455:** Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. 24 abr. 2019(b).

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL; CMN - CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução conjunta n. 1, de 04 de maio de 2020:** Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. Diário Oficial da União. 05 mai. 2020 (a). Ed. 84, sec. 1, p.34.

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL; CMN - CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução conjunta n. 2, de 27 de novembro de 2020:** Altera a Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020, que dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. Diário Oficial da União. 27 nov. 2020 (b). Ed. 228, sec. 1, p.45.

BADARO, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro**:** aspectos penais e processuais penais. **Revista dos Tribunais**. 3 ed. 2016. 400 p.

BARROS, Marco Antônio 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.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. **Basel III:** a global regulatory framework for more resiliente banks and banking systems. Basel, Switzerland. Jun, 2011, 77 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** crime permanente ou instantâneo. Conjur. 03 mai. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3LdiJny. Acesso em 20 jan. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro**. Conjur. 05 ago. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gqlkfR. Acesso em 04 fev. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ***Fintechs* e a lavagem de dinheiro**. *Fumus Boni Iuris*. 20 set. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3sGbpZp. Acesso em 07 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 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. Brasília: Diário Oficial da União. 04 mar. 1998.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**: Lei Geral da Proteção de Dados (LGPD), com redação dada pela Lei n. 13.853 de 08 de julho de 2019. Brasília: Diário Oficial da União. 15 ago. 2018.

CALLEGARI, André Luís; BECK, Francis Rafael. **A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro**. Anuário de Direito Penal Economico y de a empresa. pp. 179 - 192, 2012.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Francisco da Silva; DUARTE, Hélio Ribeiro. Sistema de controles internos (*compliance*). In: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle das Atividades Financeiras. Escola Nacional Da Magistratura.

Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: CJF, 2000. pp. 48-57.
COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDERO, Isidoro Blanco. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. 50, Barcelona, 1997, pp. 263-292.

DAMASO, Otávio Ribeiro. Open Banking. In: BACEN - Banco Central do Brasil. **AGENDA BC#:** Competitividade**.** Brasília**.** Out. 2019.

DUIJIM, Nijs Jan. Recommendations on the use and design of risk matrices. **Safety Science**: Amsterdam, v. 76, pp. 21-31, jul. 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialíssimo e *compliance*.** Revista dos Tribunais. 4. ed. 2019. 480 p.

FRANCO, Isabel. Os avanços do *Compliance* no Brasil. **Harvard Business Review Brasil**. Mai. 2018. p. 64.

GROYSBERG, Boris et al. O efeito do escândalo. **Harvard Business Review Brasil**, pp. 44-54. Abr. 2017.

HORN, Guilherme. Um mundo sem bancos. **Estado de São Paulo:** Link Estadão. 06 jun. 2016.
LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERNET. **Nota Técnica - *Open Banking***. Brasília: UNB. 31 jan. 2020. 20 p.

LUBAN, David, "Contrived Ignorance". **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. 1751, 1999.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo:** o problema da chamada "cegueira deliberada". Curitiba: UFPR, 2017, 368 p (Tese Doutorado em Direito).

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, pp. 164- 186, jan. - abr. 2014.

MARSHALL, Christopher. **Medindo e gerenciando riscos operacionais em instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, 480 p.

ORNELAS, José Renato Haas; SILVA, Marcos Soares da; VAN DOORNIK, Bernardus Ferdinandus Nazar. Informational Switching Costs, Bank Competition and the Cost of Finance. Brasília: Banco Central do Brasil. **Working Papers** n. 512. Jan. 2020. 53 p.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito Penal Econômico:** advocacia e lavagem de dinheiro: questão de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva. Série GVlaw; 2010. [livro eletrônico].

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro.** São Paulo: Trevisan Editora, 2016, 2. ed. atual. e rev. 299 p.

ROCHA, Marcelo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prevenção é o novo caminho para lidar com crises de reputação**. Conjur. 20 ago. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2Pq9wxw. Acesso em 20 dez. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A nova lei de lavagem dinheiro: compreendendo os programas de criminal *compliance*. **Revista Digital IAB**, pp. 100-107. Jul. 2014.

SILVA, Glauco Garcia Martins Pereira. **Implantando a manufatura enxuta**: Um método estruturado. 157f. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Produção). Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, UFSC, Florianópolis, 2009.

SILVA, Jorge Luiz Rosa da; MARQUES, Luis Fernando Bicca; TEIXEIRA, Rosane. Prevenção à Lavagem de Dinheiro em Instituições financeiras: avaliação do grau de aderência aos controles internos. **Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS**, vol. 8, núm. 4, pp. 300-310. out., 2011.

SOLTES, Eugene. **Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs**: Establishing a Model for Prosecutors, Courts and Firms, New York University Journal of Law and Business, 14, 3, 2018, pp. 965-1012.

SPIRA, Laura; PAGE, Michael. Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit. **Accounting, Auditing and Accountability Journal**, v. 16, n. 4, pp. 640-661, 2003.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Open Banking:** Trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de Dados Pessoais no Âmbito do Sistema Financeiro. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 7, n.4, 2021, pp. 1159-1188.

VERLI, Fabiano. Câmbio, contas CC5 e normalização cambial**. Revista Interdisciplinar de Estudos Contemporâneos**, vol. II, ed. 07, pp 14-29, 2018.

Da impugnabilidade das decisões absolutórias do tribunal do júri: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

The non-appealability of the jury's absolutory decisions: an analysis of the Supreme Court's jurisprudence

Analice da Silva[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Como cláusula pétrea, o Tribunal do Júri está previsto no mesmo art. 5º, inciso XXXVIII, da CRFB/88 e é conformado pelas balizas da plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência tinham entendimento firme no sentido de ser cabível recurso de apelação, tanto pela acusação quanto pela defesa, contra decisões do Tribunal do Júri sob a alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, 'd', do CPP), cujo provimento implica tão somente na realização de novo júri e, por isso, não haveria violação à soberania dos vereditos. Diante da divergência quanto à impugnabilidade pelo órgão ministerial dessas decisões, pretende-se analisar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da doutrina e do próprio STF. A partir dessa verificação, busca-se compreender como o tema poderá repercutir no julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal sob o nº ARE 1225185 RG (Tema 1087), da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em sede de repercussão geral.

Palavras-Chave: Absolvição. Contrariedade à prova. Duplo grau de jurisdição

Abstract: As an entrenched clause, the Jury Court is provided for in the same art. 5, item XXXVIII, of CRFB/88 and is conformed by the guidelines of fullness of defense, secrecy of votes, sovereignty of verdicts and competence to judge intentional crimes against life.

[1] Promotora de Justiça do Estado de Rondônia. Mestranda em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações pela Universidade pela Universidade Anhanguera - Uniderp/Rede LFG. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia.

Traditionally, the doctrine and jurisprudence had a firm understanding in the sense that an appeal, both by the prosecution and by the defense, against decisions of the Jury Court on the allegation of a decision manifestly contrary to the evidence of the case file (art. 593, III, 'd', of the CPP), whose provision only implies the holding of a new jury and, therefore, there would be no violation of the sovereignty of the verdicts. In view of the divergence as to whether these decisions are challenged by the ministerial body, it is intended to analyze the understanding of the Inter-American Court of Human Rights, the doctrine and the STF itself. From this verification, we seek to understand how the issue may have an impact on the judgment by the plenary of the Federal Supreme Court under nº ARE 1225185 RG (Theme 1087), of the Rapporteurship of Minister Gilmar Mendes, in general repercussion.

Keywords: Acquittal. Contrary to the test. Double degree of jurisdiction.

1. Introdução

A Constituição Cidadã prevê no rol de garantias e direitos fundamentais, ou seja, entre as cláusulas pétreas, mais especificamente no *caput* do seu artigo 5º, a tutela do direito à vida. O direito à vida é sinônimo de direito à existência. Como leciona César Danilo Ribeiro de Novais esse direito têm "duas faces: primeira, *a negativa*, o dever de não matar; e, segunda, *a positiva*, o direito de não ser morto" [1].

O direito à vida, por ser condicionante para a concepção e exercício dos demais direitos, é direito fundamental universal. Como diz Ives Gandra Martins Filho, "sem garantia à vida, tudo mais é perfumaria"[2]. De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III). Dispõe também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) que o direito à vida é inerente da pessoa humana, o qual deverá ser protegido por lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida (parte III, art. 6º).

[1] NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Júri**. Disponível em; http://promotordejustica.blogspot.com/2012/07/defesa-da-vida-no-juri.html. Acesso em: 19 de abril de 2022.

[2] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais. In Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento, p. 202. 9788502143869. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502143869/. Acesso em: 20 abr. 2022.

Com o nítido propósito de dar concretude a um sistema de plena tutela da vida, no inciso XXXVIII, do mesmo art. 5º, da CRFB/88, foi criada a instituição democrática do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, o qual é conformado pelas balizas da plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Com a superveniência da Lei nº 11.689/2008, foi alterado o Código de Processo Penal (art. 483, III) no ponto concernente à elaboração do questionário, neste introduziu o quesito genérico da absolvição (O jurado absolve o acusado?), englobando todas as teses defensivas.

Recentemente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em duas correntes, diametralmente opostas, passaram a discutir sobre à (ir)recorribilidade de uma absolvição pelo Corpo de Jurados em resposta ao quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º, CPP), por meio de apelação interposta pelo Ministério Público com base na hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), com base na soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF).

O problema central deste estudo repousa na seguinte indagação: o júri, soberano em suas decisões, pode absolver o réu ao responder positivamente ao quesito genérico sem necessidade de apresentar motivação, e isso autorizaria a absolvição até por clemência e, assim, contrária à prova dos autos? Ou o acolhimento do quesito absolutório, após a resposta afirmativa aos quesitos de materialidade e autoria, representa contradição na manifestação do Conselho de Sentença, especialmente se não houver provas de excludente de ilicitude ou culpabilidade, passível de recurso ministerial?

Para responder a esses questionamentos, neste artigo serão analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal, desde a reforma de 2008, no que se refere à impugnabilidade das decisões absolutórias dos jurados em absoluta contrariedade à prova dos autos, bem como o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da doutrina. A partir dessa verificação, busca-se compreender como o tema poderá repercutir no julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal sob o nº ARE 1225185 RG (Tema 1087), da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em sede de repercussão geral.

O escopo geral será demonstrar, com base na Constituição Federal, na Convenção Americana de Direitos Humanos, na doutrina e na jurisprudência, inclusive internacional, que a soberania dos veredictos e a prerrogativa da íntima convicção são incapazes de tornar definitiva ou irrecorrível decisão absolutória arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos

autos, sob pena de violação à tutela penal eficiente de bens jurídicos relevantes, à higidez do sistema processual penal e ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Mostra-se relevante o aprofundamento do tema diante de um cenário de cerca de 45 mil assassinatos ao ano[3]. Ademais, o Brasil, como integrante do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e reconhecedor da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é ator relevante em sua região no que diz respeito às condenações por se omitir no dever de investigar, processar e punir crimes de homicídios. Nesse passo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é farta no sentido de que leis que fomentam a impunidade são contrárias ao direito internacional dos direitos humanos[4].

Assim, se o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 1225185 RG, mantiver a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente[5] no sentido de ser constitucional a recorribilidade pelo Ministério Público das decisões dos jurados contrárias à prova dos autos, tese majoritária, consoante restou demonstrado pelos julgados analisados, evitará novas condenações do Brasil pelos órgãos internacionais de Direitos Humanos.

2. A garantia da proteção judiciária (acesso à justiça efetiva)

A proteção jurídica e judiciária do cidadão, por meio de Juízes e Tribunais independentes, representa um dos esteios e exigências centrais do Estado democrático de Direito. Na acepção de Carlos Blanco de Morais[6], pode ser identificado como um direito sobre direitos, visto que, além de operar como direito subjetivo de natureza individual, assume uma condição de garantia transversal de todos os direitos fundamentais, pois é mediante tal garantia que se assegura a proteção dos demais direitos.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é farta no sentido de que negar o acesso à justiça viola a Convenção Americana, mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. No julgamento do Caso Barbosa de Souza Vs. Brasil, a Corte IDH rechaça a

[3] CERQUEIRA, Daniel Et. al (org.). **Atlas da Violência 2021**. Brasília, DF, 2021. Fórum de Segurança Pública. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf. Acesso em: 21 abr. 2022.

[4] Corte IDH, **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Serie C No. 353.

[5] De acordo com o art. 926 do CPC, "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

[6] MORAIS, Carlos Blanco. **Curso de direito constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do estado social.** Tomo II, V. 2. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 494-495.

impunidade e frisa que a aplicação de regras processuais como a imunidade parlamentar, sob nenhuma circunstância, pode "transformar-se em um mecanismo de impunidade, o que acabaria erodindo o Estado de Direito, seria contrária à igualdade perante a lei e tornaria ilusório o acesso à justiça das pessoas prejudicadas"[7]

De acordo com a Convenção Americana, os Estados Partes são obrigados a fornecer medidas judiciais eficazes às vítimas de violações dos direitos humanos (artigo 25º), recursos que devem ser fundamentados de acordo com as regras do devido processo legal (artigo 8.1º), todos dentro da obrigação geral, suportados pelos próprios Estados. garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a qualquer pessoa sob sua jurisdição (artigo 1.1º).

Frisando a aplicação do Pacto San José da Costa Rica, a Corte IDH, reiteradamente, tem apontado "que o direito de acesso à justiça deve garantir, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares de ter tudo o que for necessário para saber a verdade do que aconteceu e investigar, processar e, quando for o caso, punir os responsáveis"[8].

A Constituição Federal de 1988 valoriza o direito de acesso à justiça. Conforme apontam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[9]:

> [...] seja pela independência e garantias asseguradas ao Poder Judiciário e seus agentes, seja pela consagração da regra da inafastabilidade do controle judicial em caso de violação ou ameaça de violação de direitos, mas também pela garantia ampla de assistência judiciária, inserção da Advocacia Pública e Privada bem como do Ministério Público na condição de funções essenciais à Justiça (acompanhada igualmente de garantias), além de um amplo conjunto de direitos e garantias processuais na condição de direitos fundamentais.

O Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

[7] Corte IDH, **Caso Barbosa de Souza Vs. Brasil**, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 7 de Setembro de 2021. Serie C No. 435. Par. 100.

[8] Cf**. Caso de Velásquez Rodríguez contra Honduras. Objeções Preliminares**, supra, par. 91e Caso de Azul Rojas Marín e outro v. Peru, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de março de 2020. Serie C No. 402, par. 173.; **Caso Bulacio v. Argentina**. Fundo, Reparações e Custos. Acórdão de 18 de setembro de 2003. Série C nº 100, parágrafo 114; Caso de Azul Rojas Marín e outro v. Peru, supra, 86; e **Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua**. **Fondo e reparos.** Sentença de 3 de junho de 2020. Par. 84.

[9] SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel**. Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. 9786553620490. Pág. 130. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/. Acesso em: 19 abr. 2022.

Na missão de defensor da ordem jurídica tem o dever inclusive de exame de convencionalidade *material* das normas de direito interno e a apuração da convencionalidade *procedimental* das leis internas relativamente às previsões (igualmente procedimentais) constantes em tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no país, ao que se denomina de devido processo convencional[10].

A Corte IDH, no julgamento do Caso Azaña et. Al vs. Nicarágua[11], leciona que o direito de ser ouvido, previsto no artigo 8.1 da Convenção, deve ser compreendido como o direito de cada pessoa ter acesso ao tribunal ou órgão do Estado responsável pela determinação de seus direitos e obrigações. Tal direito compreende duas áreas[12]: por um lado, um escopo *formal e processual* para garantir o acesso ao órgão competente para determinar o direito que é reivindicado de acordo com o devido processo legal (como a apresentação de alegações, confecção de propostas, fornecimento de provas e, em suma, afirmar seus direitos). Por outro lado, esse direito também abrange uma área de proteção *material* que implica que o Estado garante que a decisão seja tomada por meio de um procedimento que satisfaça a finalidade para a qual foi concebida[13].

De acordo com art. 25 da Convenção Americana "toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais". E, ainda, o art. 8º, 2, prevê que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, algumas garantias mínimas, entre elas, está o duplo grau de jurisdição, ou seja, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (alínea h).

A garantia de proteção judicial das vítimas é atribuição do Ministério Público, especialmente por ter a privatividade da ação penal (art. 129, I, CF). Tal proteção jurídico-

---

[10] MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21.

[11] **Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua. Fondo e reparos**. Sentença de 3 de junho de 2020. Par. 85.

[12] Ver também: **Caso Rio Apitz Barbera et al. ("Primeiro Tribunal Administrativo") v. Venezuela**, supra, parágrafo 72 e **Caso De Rosadio Villavicencio vs. Peru. Objeções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos**. Julgamento de 14 de outubro de 2019. Série C nº 388, parágrafo 146.

[13] Ver **Caso Rio Apitz Barbera et al. ("Primeiro Tribunal Administrativo") v. Venezuela.** Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, p. 72 e **Caso De Rosadio Villavicencio v. Peru**, Objeções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C nº 388, p. 146.

judiciária individual (que deve ser assegurada a todos os cidadãos/indivíduos[14]) há de ser, como bem lembra Gomes Canotilho[15], isenta de lacunas e assegurada por um conjunto de garantias processuais e procedimentais (de natureza judiciária e administrativa, como é o caso das garantias processuais cíveis, penais e do processo administrativo) e por medidas de cunho organizatório, como é o caso da criação e organização da estrutura judiciária e de um sistema de acesso à justiça efetivo, incluindo o duplo grau de jurisdição.

O processo penal não é instrumento de garantia exclusivamente do réu, mas também da sociedade e da vítima[16]. Vale dizer, o arcabouço jurídico deve existir para garantir a toda pessoa, sem discriminação, o acesso efetivo e igualitário à justiça, incluindo o direito ao duplo grau de jurisdição. E, principalmente, para as pessoas que estão em situação de vulnerabilidade, que são o caso da maioria dos familiares das vítimas de homicídio.

Nos termos da regra 11 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça para Pessoas em Situação de Vulnerabilidade[17], considera-se que a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade se, devido ao resultado da infração do ordenamento jurídico, tem uma limitação relevante para prevenir, evitar ou mitigar os danos derivados da referida infração ou o seu contato com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrimento uma nova vitimização.

Vale dizer, as vítimas e os familiares das vítimas de homicídio, tentado ou consumado, estão entre aqueles que possuem condições desfavoráveis para buscar uma proteção judicial, deixando quase sempre sob a total responsabilidade do Ministério Público. Isso porque precisam conviver com o medo da retaliação do algoz, com a intensa dor da perda de um ente querido e o desejo de evitar a revitimização. Portanto, elas não gozam do acesso à justiça e se beneficiam do devido processo legal em pé de igualdade com outros tipos de vítimas, que não enfrentam essas desvantagens.

---

[14] O Artigo 24 da Convenção Americana prevê igualdade perante a lei: "todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei".

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999., p. 273 e ss.

[16] LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da Tutela da Vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Canito, 2017, p. 55.

[17] BRASIL. **Reglas de Brasilia Sobre Acceso A La Justicia de Las Personas En Condición de Vulnerabilidad**: XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 2008. Brasília, DF. Disponível em: https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/reglas-de-brasilia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad/. Acesso em: 20 de abril de 2022.

Assim, compete ao Ministério Público zelar pela garantia dessa proteção judiciária mediante acesso à justiça de forma efetiva, de modo a evitar e reprimir a violação de direitos humanos.

Não se pode olvidar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (art.5º, §3º), portanto, de observância obrigatória do guardião constitucional (art. 102, CF).

Portanto, a resposta sobre a questão da recorribilidade das decisões absolutórias do Tribunal do júri, necessariamente, precisa passar pelo filtro das normas internacionais de direitos humanos, das quais o Brasil é signatário, assim como pela leitura sistemática da Constitucional Federal.

O próprio texto constitucional, que instituiu um Estado Democrático de Direitos, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo e art. 1º), não permite o tratamento desigual ao Ministério Público quanto à interposição de recursos. Ademais, no artigo 3º, inciso IV, prevê a promoção do bem de todos "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". E, ainda, o artigo 5º, inciso LV, garante "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Assim, como o Estado tem o dever de garantir que todas as pessoas, sem qualquer discriminação, acesso equitativo e eficaz à justiça, acesso a um remédio efetivo e justo, incabível dar tratamento diferenciado aos direitos das vítimas, negando-lhe o direito recursal.

3. Do princípio da proporcionalidade e sua dupla função como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente

A partir da experiência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três etapas: (a) a adequação, de acordo com a qual a medida estatal há de ser apta a assegurar o resultado pretendido com a restrição do direito do particular; (b) a necessidade (menor sacrifício ou ingerência), que exige que em face de mais de uma medida adequada se opte pela que menos intervém na esfera jurídica; (c) a assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, que, sendo afirmativa a resposta aos dois quesitos

anteriores, exige uma ponderação que coloque na balança os meios e os fins no caso concreto, razão pela qual é nesse nível que se situa a maior parte das anotações críticas ao princípio. Importa recordar que, no sentido apontado, a proporcionalidade opera como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas interventivas do Poder Público no âmbito de proteção dos direitos fundamentais na condição de direitos de defesa (direitos negativos).

Doutrina e jurisprudência contemporâneas, todavia, vêm explorando outro aspecto princípio da proporcionalidade, ligado à vedação de proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Quanto aos direitos de proteção do indivíduo perante o Estado, Robert Alexy[18], citando a proteção contra homicídios, conclui que tal proteção deve ampla e irrestrita:

> Por direitos de proteção devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas.

Na doutrina constitucionalista, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[19] asseveram que o princípio da proporcionalidade constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse contexto, os direitos fundamentais servem de controle tanto dos atos comissivos quanto dos omissivos dos poderes públicos. Assim, impõem ao Estado, ao lado de abstenções, uma atuação positiva, devendo este atuar tanto preventiva quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares.

Para os citados constitucionalistas, a partir da consagração da noção de deveres de proteção estatais em matéria de direitos fundamentais, surge-se o dever de proteção suficiente (a garantia de um patamar mínimo de proteção), que, por sua vez, implica uma proibição de proteção insuficiente ou deficiente. Tal vertente é considerada como sendo uma outra dimensão

[18] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2015, p. 450.
[19] SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel**. Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. 9786553620490. P. 130. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/. Acesso em: 19 abr. 2022.

da proporcionalidade na condição de proibição de excesso de intervenção, ensejando um teste similar (em três níveis de análise) para a sua verificação em casos de omissão ou atuação insuficiente do Poder Público[20].

Em suma, diante do reconhecimento de que o Estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas o de protegê-los e promovê-los, a doutrina vem afirmando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas diante de excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta gravemente insuficiente, sendo uma espécie de garantismo positivo[21]. Nessa vertente, a proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos[22], como é o caso do direito à vida.

A proibição de proteção insuficiente há muito tempo é reconhecida também pelo Supremo Tribunal Federal em diversas áreas do direito, inclusive penal. Ao pesquisar no site de jurisprudência do STF com a chave de pesquisa "proibição de proteção insuficiente" resultaram 32 julgados, conforme imagem abaixo:

Figura 1 – Captura de tela da Pesquisa realizada

Fonte: STF

A ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, na área penal, leva em consideração principalmente os mandatos constitucionais de criminalização. Neste sentido, o

[20] SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel**. Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. 9786553620490. P. 177. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/. Acesso em: 19 abr. 2022.

[21] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; e STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)"**. In: Boletim da Faculdade de Direito, v. 80, 2004, p. 303-345.

[22] STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Ajuris, ano 32, n. 97, p. 180, mar./2005; SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**, Ajuris, ano 32, n. 98, p. 107, jun./2005.

Ministro Gilmar Mendes, em 2012, no HC 104410, ao fundamentar sobre a tipicidade do porte ilegal de arma de desmuniciada, no trecho da ementa, assim asseverou:

> [...] A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente[23].

No referido julgado, em seu voto, o ministro Gilmar Mendes discorreu sobre o modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade, fundamentando nas diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle).

A partir disso, o ministro frisou que o Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, segundo Mendes, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. Evidenciando de sua decisão que toda interpretação normativa deve ser filtrada pelo princípio da proteção suficiente.

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410, Segunda Turma. Relator: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 06 de março de 2012. **Dje**. Brasília, 26 mar. 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040. Acesso em: 20 abr. 2022.

Neste diapasão, frisou o Ministro Luiz Fux, no HC 146.675, a deficiência de proteção também pode advir de uma interpretação da ordem jurídica processual que não tutele adequadamente esses direitos. Sobre a tese de irrecorribilidade pelo ministério público, assim obtemperou, em seu voto-vista: "impedir que a acusação se valha da apelação nas hipóteses em que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos implica em renúncia tácita do Estado ao exercício regular da sua pretensão punitiva e, por via de consequência, ofensa a direitos fundamentais, que não estão sendo suficientemente protegidos"[24].

Portanto, à luz de uma necessária proteção penal eficiente de bens jurídicos fundamentais (vida, saúde e segurança pública) a interpretação de que o recurso de apelação previsto na alínea "d", do inciso III, do artigo 593, do CPP (for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), é exclusivo da defesa ofende o princípio constitucional da proporcionalidade, na sua vertente da vedação de proteção deficiente, na medida em que ocasiona a fragilização da tutela penal do Estado e deixa a descoberto o direitos fundamentais como a vida, dentre outros direitos que o Estado deveria salvaguardar por meio da norma penal.

3.1 Mandados de criminalização *versus* clemência

Os mandados constitucionais de criminalização são os dispositivos constitucionais que ordenam a tipificação penal de determinada conduta, a imposição de determinada pena, a vedação de determinados benefícios ou até tratamento prisional específico.

Para Cléber Masson "os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral".

Em relação aos crimes dolosos contra a vida, pode-se destacar os mandados expressos de criminalização previstos no art. 5º, XLI, XLIII, XLIV, art. 227 e §4º, da CF[25].

---

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 146672, Primeira Turma. Relator: MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX. Brasília, DF, 13 de agosto de 2019. **Dje 205**. Brasília, 17 ago. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753503049. Acesso em: 20 abr. 2022.

[25] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Além dos mandados expressos de criminalização, a doutrina e a jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais do mundo extraíram pela via hermenêutica o chamado mandado implícito de criminalização, que seria a ordem de utilização do direito penal para proteger determinados bens jurídicos, que, sem o instrumento penal, ficariam insuficientemente protegidos.

Assim, o Estado não pode descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à vida, caso contrário, agiria contra a Constituição, pois a tutela penal é considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico. Se não cabe ao legislador descriminalizar crimes dolosos contra a vida, tampouco pode o intérprete constitucional menosprezar o direito à vida, para reconhecer a clemência como legítima, embora ela não esteja expressa em nenhuma norma do ordenamento jurídico.

A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os "Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito."[26]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Velásquez Rodriguez, sustentou que o dever de investigar, processar e punir criminalmente é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção[27]. Tal artigo impõe aos Estados a obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos pela Convenção, o que implica em dizer que cabe aos Estados prevenir a ocorrência

---

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

[26] Item 60. Ver o texto completo da Declaração e Programa de Ação de Viena em VILHENA, Oscar V. Direitos humanos - normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 177-215.

[27] Art. 1.º, 1: Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Ver também o citado caso em Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, Sentença de 29.07.1988, Série C n. 4.

de novas violações. Assim sendo, o direito internacional dos direitos humanos estipulou verdadeiros mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos.

Em relação à aplicação da lei penal, o combate à impunidade dos violadores de direitos humanos relaciona-se com a eficiência do Estado e o respeito à universalidade da aplicação da lei. A universalidade e a objetividade do ordenamento jurídico exigem que o Estado aplique a lei para todos, impedindo que alguns escapem da punição, porquanto todos são iguais perante à lei (art. 24 da Convenção Americana e art. 5º, *caput*, CF).

Poderia argumentar-se que a clemência, extraída da interpretação do art. 483, III, do CPP e da desnecessidade de motivação dos jurados, se inspira ainda nas formas de clemência do Estado que, tendo origem na clemência ou indulgência soberana, manifestam-se através de institutos positivados - anistia, graça, indulto e perdão judicial - e exprimem renúncia ao direito soberano de punir.

Entretanto, a prática de atos de clemência é anacrônica, que remonta ao período do absolutismo monárquico, em que não havia separação dos Poderes ou mesmo o sistema de freios e contrapesos adotado na Constituição brasileira, a partir da teoria de Montesquieu. Desde o Código de Hamurabi se desenvolve a noção de potestade da autoridade e, associada a ela, a prerrogativa do líder de proteger seus súditos[28]. Porém, naquela época, o direito penal era aplicado de forma arbitrária e violenta e, assim, a clemência do monarca, no qual concentrava funções legislativas, judiciais e executivas, seria uma espécie de justiça de caráter humanitário, que lhe permitia sobrepor-se às leis escritas pelos homens.

Segundo o filósofo estoicista Sêneca, o rei era o árbitro da vida e da morte do seu povo[29]. Antes de mais nada, a clemência era um tipo de medida jurídica que levava em consideração que tudo que fosse além da equidade deveria pender para o lado mais humanitário[30].

Desde o século XVIII, Cesare Beccaria, no clássico livro “Dos delitos e das penas” já enfatizava que a clemência era virtude do legislador e não do executor das leis, que resplandecem no Código e não nos julgamentos particulares. Argumentava que, se os

[28] L.W. King, **The Code of Hamurabi. Yale Law School.** The Avalon Project. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp > Acesso em 20 de abril de 2022.
[29] SÊNECA, Lucius Annaues. **Tratado sobre a clemência**. Tradução introdução e notas de Ingeborg Braren. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 41.
[30] SÊNECA, Lucius Annaues. **Tratado sobre a clemência**. Tradução introdução e notas de Ingeborg Braren. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 16.

criminosos acreditassem que pudessem ser perdoados e que nem sempre o castigo seria consequência necessária, estariam nutridos da esperança da impunidade[31].

Na legislação contemporânea, existem os institutos da anistia, graça, indulto e perdão judicial, os quais têm definidos em lei suas características, requisitos de concessão e poder concedente, tendo na clemência seu fundamento. Porém, tais institutos não se esgotam na clemência como conceito abstrato e vago, conforme sustentam os defensores desta tese no Tribunal do Júri. Ressalta-se que, em caso de arguição de causa extintiva da punibilidade, cabe ao Juiz Presidente do Conselho de Sentença decidir, conforme dispõe o artigo 497, inciso IX, do Código de Processo Penal, pois não são da competência do juiz popular.

A Anistia se dá por ato do Congresso Nacional e tem por objeto, preponderantemente, crimes políticos cometidos por motivos de utilidade e interesse público (arts. 21 e 48 da CF). A graça, também conhecida como indulto individual, é concedida por meio de decreto emanado do Presidente da República a um condenado específico, por provocação desse. Já o indulto (coletivo), espécie do gênero graça, também é concedido por decreto do Presidente da República, mas por sua iniciativa e a um número indeterminado de condenados. Além desses institutos extintivos da punibilidade, tem-se o perdão judicial[32], porém, o juiz só pode concedê-lo nos casos expressos em lei[33].

Entretanto, como limitação à aplicação de tais benesses, o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, veda a concessão de graça e anistia aos crimes hediondos e equiparados, ressaltando-se que o homicídio qualificado está no rol dos crimes hediondos (art. 1º, I, da Lei 8.072/90). Seguindo o comando constitucional, esta lei também vedou a concessão de anistia, graça e indulto aos praticantes de crimes hediondos e condutas a eles equiparadas (art. 2º).

Portanto, considerando os mandados expressos e implícitos de criminalização dos crimes dolosos contra a vida, mesmo diante da desnecessidade de motivação dos vereditos, a

---

[31] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. Tradução Paulo M. Oliveira. P. 68.

[32] Dispõe o Art. 121, §5º. 'Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária".

[33] EMENTA HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. HOMICÍDIO CULPOSO. PERDÃO JUDICIAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL. ANALOGIA. INAPLICABILIDADE. LACUNA LEGAL INEXISTENTE. 1. A analogia, ainda que in bonan partem, pressupõe lacuna, omissão na lei, o que não se verifica na hipótese, em que é evidente no Código Penal Militar a vontade do legislador de excluir o perdão judicial do rol de causas de extinção da punibilidade [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 116254, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, Brasília, DF, em 25 de junho 2013, **DJe-158**. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013)

previsão do quesito genérico obrigatório (art. 483, III, do CPP) não é nem pode ser instrumento de impunidade.

O perdão amplo e irrestrito de assassinos afronta o subprincípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos, uma das dimensões do princípio da proporcionalidade, derivado da cláusula do devido processo legal, na sua concepção substantiva (CR, art. 5º, LIV), porquanto deixa sem proteção da lei penal valores como vida, segurança e saúde.

4. Revisão da literatura sobre o princípio do devido processo legal. Da paridade de armas. Duplo grau de jurisdição

A doutrina[34] é farta no sentido de que existe paridade quanto às hipóteses de interposição de apelação pela acusação e pela defesa garante proteção tanto ao acusado, como à sociedade, como corolário do duplo grau de jurisdição. Prevalece o entendimento segundo o qual é cabível recurso de apelação, tanto pela acusação quanto pela defesa, contra decisões do Tribunal do Júri. Isso porque o órgão revisional não substitui a decisão dos jurados, mas apenas se reconhecer o manifesto equívoco na apreciação da prova e determina a realização de outro julgamento pelo Tribunal do Júri, que será definitivo em relação ao mérito.

Segundo ressalta Walfredo Cunha Campos, se o Tribunal se convencer de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às evidências dos autos, poderá dar provimento à apelação, para determinar a realização de novo julgamento por outro corpo de jurados. Destaca o jurista que tal recurso tem sido, reiteradamente, decidido como constitucional, em nada violando o princípio da soberania dos veredictos[35].

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima leciona:

> [...] com base no fundamento da alínea "d" do inciso III do art. 593 do CPP (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), o Tribunal de Justiça (ou TRF), em grau de apelação, somente pode fazer o juízo rescindente (judicium rescindens), ou seja, cassar a decisão anterior, remetendo a causa a novo julgamento, pois, do contrário, estaria violando a soberania dos veredictos. Todavia,

[34] Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1487-1488; HUNGRIA, Nelson. *apud* ESPÍNOLA FILHO. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, 1ª ed., Vol. VI, Porto Alegre: Bookseller, 2000, p. 171- 172; LIMA, Renato Brasileiro De. **Código de Processo Penal Comentado**, 3ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 1450-1451; NUCCI, Guilherme De Souza. **Tribunal do Júri**, 7ª ed., São Paulo: Forense, 2018, p. 434; SILVA, Amaury. **O novo Tribunal do Júri**, São Paulo: J. H. Mizuno, 2009, p. 52.

[35] CAMPOS, Walfredo C. **Tribunal do Júri - Teoria e Prática, 6ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. 9788597017724. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017724/. Acesso em: 20 abr. 2022.

> quando estivermos diante de uma decisão do juiz-presidente (v.g., sentença do juiz presidente contrária à decisão dos jurados), o juízo ad quem poderá fazer não só o juízo rescindente como também o rescisório (judicium rescisorium), ou seja, substituir a decisão impugnada pela sua (v.g., corrigindo eventual erro no tocante à aplicação da pena, matéria afeta à competência do juiz presidente). Há posição minoritária na doutrina que entende que o disposto no art. 593, III, alínea "d", do CPP é inconstitucional, sob o argumento de que, por força da soberania dos veredictos, não é possível que um tribunal superior composto por juízes togados determine a realização de novo julgamento sob a justificativa de manifesto desrespeito à prova dos autos. Prevalece, todavia, a orientação de que é inconcebível que uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos não possa ser revista por meio de recurso, o que poderia inclusive caracterizar afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, previsto implicitamente na Constituição Federal, e explicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, alínea "h"), o qual confere à parte prejudicada a possibilidade de buscar o reexame da matéria por órgão jurisdicional superior. De mais a mais, é bom lembrar que, ao dar provimento à apelação com base na alínea "d", do inciso III, do art. 593, o Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal) não estará substituindo a decisão dos jurados, mas apenas reconhecendo o equívoco manifesto na apreciação da prova e determinando a realização de outro julgamento pelo Júri. Em síntese, o juízo ad quem estará proferindo mero juízo de cassação (juízo rescindente), não de reforma (juízo rescisório), reservando ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, novo julgamento.[36]

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci não destoa do entendimento de que, quanto ao mérito da causa, nenhum órgão jurisdicional, composto por magistrados togados, deve avançar, pretendendo substituir os jurados, em primazia do princípio constitucional da soberania dos veredictos que está expressamente assegurado no art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal. Porém, ele ressalta que não há princípios absolutos e supremos, devendo haver composição entre todos, mormente os que possuem *status* constitucional. Por isso, afirmar que a soberania dos veredictos populares precisa ser fielmente respeitada não significa afastar a possibilidade de se submeter a decisão prolatada no Tribunal do Júri ao duplo grau de jurisdição[37].

[36] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, Volume Único, 6ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 1.354-1.355

[37] NUCCI, Guilherme De Souza. **Tribunal do Júri**, 7ª ed., Editora Forense, 2018, p. 434

5. Da (ir)recorribilidade das decisões absolutórias do Tribunal do Júri: uma análise do *Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da do Supremo Tribunal Federal

5.1 Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua

O ***Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua*** foi escolhido para o estudo por dois fatores. Primeiro porque trata de assunto afeto ao tribunal do júri. Segundo porque ficou sedimentado o entendimento da Corte IDH sobre a falta de possibilidade recursal contra a decisão absolutória dos jurados em confronto com o direito das vítimas à proteção judicial. A análise ficará restrita ao objeto deste estudo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no referido caso, reconheceu a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, porque as vítimas de um crime de homicídio e tentativa de homicídio foram esquecidas, ou seja, não houve participação no processo penal da vítima sobrevivente ou de seus familiares. E, ainda, por ausência de motivação do veredicto emitido por um júri pelo qual os réus foram declarados inocentes, aliado à impossibilidade legal de recorrer do referido veredicto, de um julgamento que ocorreu na Nicarágua.

Pedro Bacilio Roche Azaña foi morto e seu irmão, Patricio Fernando Roche Azaña, foi ferido, em 14 de abril de 1996, como resultado de tiros disparados por agentes do Estado contra eles, que estavam em um veículo e ignoraram o sinal de pare para submissão ao controle de imigração.

Percebe-se do relatório do julgamento que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apontou que essa absolvição sem motivação pelos jurados violava a CADH. Alegou também que a falta de um recurso contra a decisão absolutória igualmente violava o direito das vítimas à proteção judicial. Concluiu-se, portanto, que o Estado violou os direitos de garantias judiciais e de proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25 da Convenção, em conjunto com o artigo 1.1 do mesmo instrumento.

Nesse particular, a Corte IDH, citando que enfrentou a questão no caso V.R.P., V.P.C. et al. v. Nicarágua[38], concluiu que a falta de externalização da base do veredicto não viola, por si só, a garantia de motivação, uma vez que, de fato, cada veredicto sempre tem motivação, embora como condiz com a essência do júri, não se expressa. Por outro lado, o Tribunal entendeu que o que deveria ser analisado era se o processo penal como um todo oferecia mecanismos de salvaguarda contra a arbitrariedade e que nos permitiria compreender as razões do veredicto – não se limitando ao acusado, mas também à vítima ou à acusação[39].

Assim, ficou demonstrado que o sistema de íntima convicção dos jurados é aceito e validado pela Corte IDH. Por outro lado, esse veredicto, no entendimento da Corte, deve permitir que, à luz das provas e do debate, quem o avalia pode reconstruir o curso lógico da decisão dos jurados, que teriam ou não cometido arbitrariedade. Porém, no caso de esta reconstrução restar inviável, de acordo com diretrizes racionais, há violação da Convenção Americana. Noutras palavras, o procedimento legal deve oferecer garantias suficientes contra as arbitrariedades, ou seja, deve prever a possibilidade de recorrer da decisão.

5.2 Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que a pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não seria conflitante com a regra da soberania dos veredictos populares (alínea "c" do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal). A previsão do artigo art. 593, III, “d”, CPP era vista como regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição. Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF, a saber: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com

[38] *Cfr*. ***Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas***. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 35.

[39] ***Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua***. ***Fondo e Reparos***. Sentença de 3 de junho de 2020. Serie C No. 403

os meios e recursos a ela inerentes"[40]. Mesmo após a reforma de 2008, existem dezenas de decisões neste sentido[41].

Recentemente, houve uma dissidência na Suprema Corte, fragilizando esse entendimento. Porém, alguns ministros mantiveram firmes e coerentes com a estabilidade da jurisprudência guardiã constitucional.

Essa primeira corrente defende a recorribilidade pelo Ministério Público mesmo com a introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008), o qual foi editado no intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em "um poder incontrastável e ilimitado". Argumentam-se que, em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do Tribunal do Júri não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes. Aliados ao posicionamento doutrinário, frisam-se que a apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio Júri.

Nesses argumentos, concluem ser constitucionalmente possível a realização de um novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, dentro do sistema acusatório consagrado pelo nosso ordenamento jurídico como garantia do devido processo legal, não sendo possível o estabelecimento de distinção interpretativa para fins de recursos apelatórios entre acusação e

[40] Desde meados do século passado, o STF já entendia constitucional o novo julgamento pelo Tribunal do Júri quando a decisão fosse contrária a prova dos autos. Um dos *cases* mais lembrados é o do HC 32.271/SP, Rel. Min. LUIZ GALOTTI, Tribunal Pleno, DJ de 24/09/1953: "NÃO É INCONSTITUCIONAL A LEI 263 DE 1948, QUE PERMITE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANULAR A DECISÃO DO JÚRI, QUANDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. SE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AO JULGAR A APELAÇÃO, COM O CONHECIMENTO INTEGRAL DA PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU SER CONTRÁRIA A EVIDÊNCIA DESTA A DECISÃO DO JÚRI, NÃO E POSSÍVEL, EM HABEAS-CORPUS, DECIDIR EM SENTIDO OPOSTO".

[41] A título exemplificativo, citam-se alguns julgados supervenientes à reforma de 2008: RHC 170.426/ES, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 24/5/2019; HC 142.621 AgR/PR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 29/9/2017; HC 134.412/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 16/06/2016; RHC 132.321/PE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 01/03/2016; RHC 124.554/PE, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 02/12/2014; RHC 118.197/ES, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 10/4/2014; HC 173.582 AgR/PR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 02/04/2020; HC 111.207/ES, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 17/12/2012; RHC 113.314 AgR/SP, Rel. Min. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 11/10/2012; HC 100.693/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 13/09/2011 e HC 104.285/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 29/11/2010

defesa, sob pena de ferimento ao próprio princípio do contraditório, que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*)[42].

Nesta linha de raciocínio, a Ministra Cármen Lúcia, desde 2012, já dizia ser inadmissível negar ao Ministério Público o direito ao recurso nas hipóteses de manifesto descompasso entre o veredicto popular e a prova dos autos. Caso contrário, implicaria violação à garantia do devido processo legal, que contempla, dentre outros elementos indispensáveis a sua configuração, o direito à igualdade entre as partes[43].

Em acréscimo a tais argumentos, o Ministro Luiz Fux defende ser contraditória a decisão dos jurados que diverge da própria tese defensiva da negativa de autoria, desacompanhada de eventual causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade do acusado, e absolve o réu quando anteriormente reconhecida sua autoria do delito de materialidade assentada. Reforça que tal exegese da lei é harmônica com a possibilidade de absolvição por clemência dos jurados, mercê das limitações que o próprio sistema recursal prevê na interposição única de apelação sob esse fundamento (art. 593, § 3º, do CPP). E, ainda, ressalta que a soberania dos veredictos e a prerrogativa da íntima convicção são incapazes de tornar definitiva ou irrecorrível decisão absolutória arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de violação à tutela penal eficiente de bens jurídicos relevantes; à higidez do sistema processual penal e ao princípio do duplo grau de jurisdição (artigo 8, nº 2, 'h', da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)[44].

No Superior Tribunal de Justiça, o tema foi também já foi debatido, no âmbito da Terceira Seção, a qual decidiu, em síntese, que a absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Isso para evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição[45].

---

[42] Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 170559, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2019, **DJe-263,** Brasília, DF, 04 de novembro de 2020.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111207, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Brasília, DF, 04 de dezembro de 2012**, DJe-246**, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2012.

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 146672, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, Brasília, DF, 13 de agosto de 2019, **DJe-205**, Brasília, DF, 18 de agosto de 2020.

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 313.251/RJ, Terceira Seção, relator Ministro Joel Paciornik, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2018, **DJe**, 27 de março de 2018.

Em contrapartida, outra corrente no Supremo Tribunal Federal passou a defender a tese de que ante ao quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos, assim a decisão absolutória seria irrecorrível ao Ministério Público.

Os defensores dessa tese, alegam que a partir da reforma legislativa de 2008, que inseriu o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP), aliada a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada "manifestamente contrária à prova dos autos". Assim, haveria limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, "d", CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP)[46].

Em razão dessa divergência, o tema foi afetado para fins de julgamento pelo pleno em regime de repercussão geral, ARE 1225185 RG, nos seguintes termos:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C §2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL[47].

Preocupa-se com as consequências práticas decorrentes da adoção da primeira corrente, máxime porque aumentará a sensação de impunidade e fomentará a utilização de argumentos ilegítimos para buscar uma injusta absolvição. Não se pode olvidar que uma série de causas exteriores podem mover a decisão dos jurados, como por exemplo, medo dos assassinos profissionais e integrantes de organizações criminosa que tocam o terror nas comunidades, favorecimento por interesses pessoais ou promessas de benefícios, entre outras arbitrariedades que devem ter oportunidade de reanálise por um órgão revisional.

---

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rhc Agr nº 117076, Segunda Turma. Relator: Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 20 de outubro de 2020. **Dje**. Brasília, 17 nov. 2020. n. 274. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754405324. Acesso em: 19 abr. 2022.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1225185 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 07 de maio de 2020**, DJe-155**, Brasília, DF, 22 de junho de 2020.

5.3 Análise dos dados colhidos

Foi realizada pesquisa de jurisprudência no site do STF (www.stf.jus.br), utilizando o modo de pesquisa avançada, com o termo "Absolvição júri soberania". Essa pesquisa foi refinada para buscar acórdãos a partir do dia 09 de junho de 2008 (tendo em vista a vigência da Lei nº 11.689/2008), tendo como resultado 35 acórdãos até 20 de abril de 2022.

Dos 35 acórdãos obtidos como resultado da pesquisa, verifica-se que a maioria são adeptos da primeira corrente (27) e, a minoria, da segunda corrente (8). Para a análise, foram utilizadas as 35 decisões que versavam sobre a impugnabilidade de absolvição a partir de quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º, CPP) por hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, "d", CPP).

Ainda, após a categorização dos dados e com a leitura e interpretação dos acórdãos, foi realizada uma análise quanto à quantidade de decisões, classificadas por ministros relatores, dentre as 35 analisadas, que se encaixavam em cada uma das categorias, o que foi ilustrado através de gráficos apresentados neste artigo, com a finalidade de demonstrar à propensão quanto ao resultado do julgamento pelo pleno da tese afetada ao regime de repercussão geral ARE 1225185 RG.

A seguir, apresenta-se quadro ilustrativo contendo o nome do Ministro relator, a quantidade de relatoria de acórdãos e os números dos julgados, adotando a primeira corrente:

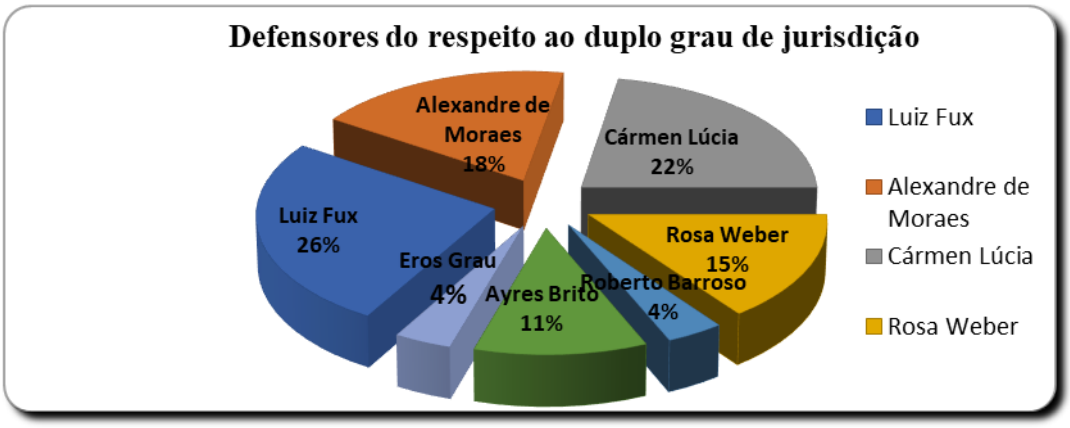
Quadro 1 – Decisões favoráveis ao duplo grau de jurisdição

Nome do Ministro	Quantidade	nº dos Julgados
Luiz Fux	7	HC 146672; HC 96584; HC 113627; HC 103805; HC 111867; HC 100693; HC 100779
Alexandre de Moraes	5	RHC 170559; HC 182467; RHC 192970 AgR; RHC 192579; HC 142.621 AgR/PR;
Cármen Lúcia	6	RHC 201097; HC 111207; HC 104.301/ES; HC 134.412/RO; RHC 132.321/PE; HC 111.207/ES
Rosa Weber	4	ARE 786854 AgR; RHC 124554; RHC 118.197/ES; RHC 113.314 AgR/SP
Roberto Barroso	1	HC 173.582 AgR/PR
Ayres Brito	3	HC 98403; HC 104.285/MG; HC 98403
Eros Grau	1	HC 94.052/PR
TOTAL	**27**	

Fonte: STF

O resultado deste quadro está representado no gráfico a seguir:

Figura 2 – Gráfico representativo do percentual de decisões por ministros



Fonte: Elaboração própria

Na sequência, apresenta-se quadro ilustrativo contendo o nome do Ministro, a quantidade de relatoria de acórdãos e os números dos julgados, adotando a segunda corrente:

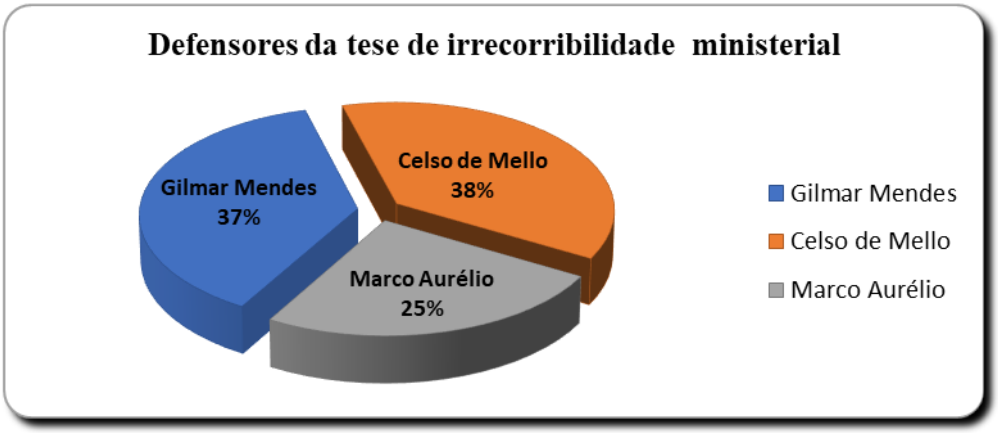
Quadro 1 – Decisões desfavoráveis à recorribilidade do Ministério Público

Nome do Ministro	Quantidade	nº dos Julgados
Gilmar Mendes	3	RHC 117076 AgR; HC 176933; HC 185068
Celso de Mello	3	HC 178856; HC 185068; HC 176933
Marco Aurélio	2	HC 178777; HC 175162
TOTAL	**8**	

Fonte: STF

O resultado deste quadro está representado no gráfico a seguir:

Figura 3 - Gráfico representativo do percentual de decisões por ministros



Fonte: Elaboração própria

Como cediço, a jurisprudência deve se manter íntegra, estável e coerente (art. 926 do CPC). Para a doutrina de Daniel Midiero, a vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que "impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos"[48].

O curioso é que o mesmo ministro (Gilmar Mendes) que reconhece os mandatos constitucionais de criminalização como fundamento para afastar a tese de atipicidade da arma desmuniciada, em razão do dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente, os ignora ao acolher a tese de irrecorribilidade ministerial da absolvição quesito genérico.

Malgrado a quantidade de decisões favoráveis a primeira tese seja bem superior, considerando a renovação da corte, diante da aposentadoria de alguns ministros, e ausência de posicionamento dos novos ministros, o resultado do julgamento ainda é bastante incerto.

6. Considerações finais

A questão da recorribilidade das decisões absolutórias do Tribunal do júri, necessariamente, precisa passar pelo filtro das normas internacionais de direitos humanos, das quais o Brasil é signatário, assim como pela leitura sistemática da Constitucional Federal.

A jurisprudência da corte IDH exige que processo penal dos Estados-partes devem oferecer mecanismos de salvaguarda contra as arbitrariedades e que nos permitiria compreender as razões do veredicto – não se limitando ao acusado, mas também à vítima ou à acusação.

Não há princípios absolutos e supremos, devendo haver composição entre todos, mormente os que possuem *status* constitucional. Por isso, a soberania dos veredictos e a prerrogativa da íntima convicção não podem se sobrepor ao direito à vida, sob pena de sua proteção converter-se em pura retórica vazia. Assim, são incapazes de tornar definitiva ou irrecorrível decisão absolutória arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de violação à tutela penal eficiente de bens jurídicos relevantes, à higidez do sistema

[48] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

processual penal e ao princípio do duplo grau de jurisdição (artigos 8, nº 2, 'h', e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A interpretação de regras processuais como a do artigo 483, III, do CPP, sob nenhuma circunstância, pode "transformar-se em um mecanismo de impunidade, o que acabaria erodindo o Estado de Direito, seria contrária à igualdade perante a lei e tornaria ilusório o acesso à justiça das pessoas prejudicadas"

Conforme sua atual formatação constitucional, o Tribunal do Júri possui tripla garantia: garantia de participação do povo na administração da justiça; garantia de o acusado ser julgado por seus pares; e garantia de defesa e proteção da fonte de todos os interesses, direitos e deveres humanos: a vida.

Há mais de um século, o polímata brasileiro Ruy Barbosa[49] afirmou que "há, em verdade, na questão do júri, duas classes de reformadores distintas: a dos seus adeptos, que, crentes na eficácia da instituição, se empenham em aperfeiçoá-la e a dos seus antagonistas, que, mediante providências inspiradas no pensamento oposto, buscam cercear e desnaturar progressivamente essa tradição, até que a eliminem".

Neste cenário, espera-se que o Supremo Tribunal Federal mantenha a sua jurisprudência de forma estável, firme e coerente, sem desnaturar o tribunal do júri e desproteger bens jurídicos relevantes, gerando a proteção deficiente do direito à vida, à saúde e à segurança.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2015.

Amaury. **O novo Tribunal do Júri**, São Paulo: J. H. Mizuno, 2009.

BARBOSA, Ruy. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1950.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. Tradução Paulo M. Oliveira.

[49] BARBOSA, Ruy. O júri sob todos os aspectos. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1950, p. 64.

BIANCHI, Alberto B. **El juicio por jurados. La participación popular en el processo**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC Agr nº 117076, Segunda Turma. Relator: Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 20 de outubro de 2020. **Dje**. Brasília, 17 nov. 2020. n. 274. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754405324. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 116254, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, Brasília, DF, em 25 de junho 2013, **DJe-158**. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410, Segunda Turma. Relator: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 06 de março de 2012. **Dje**. Brasília, 26 mar. 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 146672, Primeira Turma. Relator: MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX. Brasília, DF, 13 de agosto de 2019. **Dje 205**. Brasília, 17 ago. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753503049. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 32.271/SP, Rel. Min. LUIZ GALOTTI, Tribunal Pleno, **DJ**e. Brasília, DF, 24 de setembro de 1953.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 170.426/ES, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe. Brasília, DF, 24 de maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 142.621 AgR/PR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe. Brasília, DF, 29 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 134.412/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe. Brasília, DF, 16 de junho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 132.321/PE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe. Brasília, DF, 01 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 124.554/PE, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe. Brasília, DF, 02 de dezembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 118.197/ES, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe. Brasília, DF, 10 de abril de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 173.582 AgR/PR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe. Brasília, DF, 02 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 111.207/ES, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 113.314 AgR/SP, Rel. Min. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe. Brasília, DF, 11 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 100.693/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe. Brasília, DF, 13 de setembro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 104.285/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe. Brasília, DF, 29 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 170559, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2019, **DJe-263,** Brasília, DF, 04 de novembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 111207, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Brasília, DF, 04 de dezembro de 2012**, DJe-246**, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 146672, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, Brasília, DF, 13 de agosto de 2019, **DJe-205**, Brasília, DF, 18 de agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rhc Agr nº 117076, Segunda Turma. Relator: Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 20 de outubro de 2020. **Dje**. Brasília, 17 nov. 2020. n. 274. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754405324. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 1225185 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 07 de maio de 2020**, DJe-155**, Brasília, DF, 22 de junho de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 313.251/RJ, Terceira Seção, relator Ministro Joel Paciornik, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2018, **DJe**, 27 de março de 2018.

_____. **Reglas de Brasilia Sobre Acceso A La Justicia de Las Personas En Condición de Vulnerabilidad**: XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 2008. Brasília, DF. Disponível em: https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/reglas-de-brasilia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad/. Acesso em: 20 de abril de 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMPOS, Walfredo C. **Tribunal do Júri - Teoria e Prática, 6ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. 9788597017724. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017724/. Acesso em: 20 abr. 2022.

CERQUEIRA, Daniel Et. al (org.). **Atlas da Violência 2021**. Brasília, DF, 2021. Fórum de Segurança Pública. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf. Acesso em: 21 abr. 2022.

Corte IDH, **Caso Herzog e Outros vs. Brasil.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Serie C No. 353.

_____. **Caso de Azul Rojas Marín e outro v. Peru**, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de março de 2020. Serie C No. 402.

_____. **Caso Barbosa de Souza Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 7 de Setembro de 2021. Serie C No. 435.

_____. **Caso Bulacio v. Argentina**. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C nº 100.

_____. Caso Rio Apitz Barbera et al. ("Primeiro Tribunal Administrativo") v. Venezuela, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

_____. **Caso Roche Azaña y Otros vs. Nicarágua**. **Fundo e reparações.** Sentença de 3 de junho de 2020.

_____. **Caso De Rosadio Villavicencio vs. Peru. Objeções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos**. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C nº 388.

_____. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Objeções Preliminares, Sentença de 26 de junho de 1987. Serie C No. 1.

_____. **Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentença de 8 de março de 2018. Serie C No. 35

HUNGRIA, Nelson. *apud* ESPÍNOLA FILHO. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, 1ª ed., Vol. VI, Porto Alegre: Bookseller, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Código de Processo Penal Comentado**, 3ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2018.

_____. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, Volume Único, 6ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2018.

L.W. King, **The Code of Hamurabi. Yale Law School.** The Avalon Project. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp > Acesso em 20 de abril de 2022.

LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da Tutela da Vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Canito, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais. In Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento, p. 202. 9788502143869. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502143869/. Acesso em: 20 abr. 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco. **Curso de direito constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do estado social.** Tomo II, V. 2. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 494-495.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Júri**. Disponível em; http://promotordejustica.blogspot.com/2012/07/defesa-da-vida-no-juri.html. Acesso em: 19 de abril de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri, princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Tribunal do Júri**, 7ª ed., São Paulo: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm . Acesso em: 16 de abril de 2022.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel**. Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. 9786553620490. Pág. 130. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**, Ajuris, ano 32, n. 98, p. 107, jun./2005.

SÊNECA, Lucius Annaues. **Tratado sobre a clemência**. Tradução introdução e notas de Ingeborg Braren. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)"**. In: Boletim da Faculdade de Direito, v. 80, 2004.

_____. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Ajuris, ano 32, n. 97, p. 180, mar./2005

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas, *In*: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999.

VILHENA, Oscar V. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** Direitos humanos - normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.

A jurisprudência do superior tribunal de justiça em casos de prisão preventiva no ano de 2021: crimes econômicos e crimes comuns

The jurisprudence of the superior court of justice in cases of preventive detention in 2021: economic crimes and common crimes

Ananda França de Almeida[1]

Beatriz Daguer[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo objetivou a formulação de análise empírica a respeito da concessão de *habeas corpus* nas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2021, diferenciando as imputações de crimes econômicos e crimes comuns. Em um primeiro momento, procedeu-se à diferenciação dessas duas modalidades de criminalidade, traçando-se um panorama histórico pós-industrial e apresentando seus pontos convergentes e divergentes. Na sequência, foi debatido o instituto do *habeas corpus* e a sua utilização para coibir eventuais ilegalidades perpetradas por instâncias ordinárias. Por fim, a partir da pesquisa feita no sistema disponibilizado pela referida Corte, foram examinados 1.346 acórdãos julgados entre o dia 01/01/2021 e 31/12/2021 com o critério "habeas corpus prisão preventiva liberdade", por ambas as Turmas que tratam de matéria penal. A partir dos números levantados, foram estabelecidas algumas relações importantes entre o tratamento conferido aos crimes, foram indicados apontamentos significativos sobre o entendimento concedido pelas instâncias inferiores, bem como concluiu-se por um panorama geral acerca dos desafios e principais controvérsias acerca do tratamento conferido pelo STJ na concessão de *habeas corpus*, a depender do contexto delituoso em que foi decretada a prisão preventiva.

[1] Mestranda em Direito Penal (UERJ).
Especialista em Direito Penal e Processo Penal (IDP). Advogada criminalista.
E-mail: ananda@almeidacastro.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8889557538155788.
[2] Mestranda em Direito Penal (UERJ).
Professora de Direito Penal (FACCAR). Especialista em Direito Penal Econômico (PUCPR).
Especialista em Teoria Jurídica do Delito (USAL/ES). Advogada criminalista. E-mail: beatrizdaguer.adv@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4428577232570781.

Palavras-Chave: Superior Tribunal de Justiça; Habeas Corpus; Prisão Preventiva; Crime econômico; Crime comum.

Abstract: The present article intended to formulate an empirical analysis regarding the granting of the writ of habeas corpus in the 5th and 6th Chambers of the Superior Court of Justice in the year of 2021, differentiating the accusations of economic crimes and of common crimes. Initially, the study made the differentiation of these two types of criminality, indicating a post-industrial historical panorama and presenting their points of similarity and difference. Later, it was debated about the writ of habeas corpus and it's use to restrain illegalities perpetrated by the ordinary courts. Finally, based on the research made in the STJ's system, the article examined 1.346 decisions made in the period of time between 2021/01/01 and 2021/12/31 with the criteria of search "habeas corpus preventive detention freedom", by both Chambers that judge the criminal matters. Considering the numbers collected, important correlations were established regarding the treatment granted to the crimes, significant observations were noted about the decisions made by the ordinary courts and the article concluded about a panorama on the challenges and main controversies regarding the treatment established by the STJ in the granting of the writ of habeas corpus depending on the criminal context in which the preventive detention was ordered.

Keywords: Superior Court of Justice; Habeas Corpus; Preventive detention; Economic crime; Common crime.

1. Introdução

O Direito Penal Econômico como objeto de estudo adquire uma notável importância no contexto da globalização e da sociedade pós-industrial, que abarcam relações econômicas complexas, internacionalizadas e que contam com indivíduos indeterminados, de modo que as transformações ocorridas tornaram o cenário mais dinâmico e essencialmente complexo. Além disso, impuseram uma maior regulação do Estado na economia, objetivando a prevenção de abusos de toda ordem, de lesão e de ameaças a direitos difusos e que ultrapassam fronteiras.

Diante desse cenário, houve um nítido recrudescimento nas normas penais já existentes e também a criação de tipos penais que visam abarcar as novas formas de criminalidade, distanciando-se dos padrões de crimes que até então eram objeto de concentração do Direito Penal.

No Brasil, a expansão da persecução penal de crimes praticados por pessoas em posições de destaque na sociedade ganhou notoriedade com a deflagração do Caso Mensalão e da Operação Lava Jato, com a crescente demanda popular por medidas que cessem a sensação de impunidade.

Paralelamente, o aumento da sensação de insegurança decorrente da prática de crimes violentos, especialmente com o crescimento das desigualdades sociais, também tem motivado o recrudescimento das normas penais e da ampliação da utilização de medidas que busquem diminuir os crimes, ou ao menos dar uma aparente resposta à demanda social pela efetividade do sistema judicial.

Nesse contexto, é indiscutível o aumento do emprego de prisões preventivas e a consequente importância dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, no controle da legalidade dessa expansão, com o intuito de resguardar os direitos dos cidadãos submetidos à persecução penal.

Por outro lado, não obstante o notável aumento da decretação de prisões preventivas de modo geral, não se pode descartar os já antigos questionamentos formulados principalmente no campo da Criminologia Crítica acerca da possível diferença de tratamento concedida pelo sistema judicial aos agentes acusados do cometimento de diferentes tipos de crime.

Por isso, o presente artigo mostra-se relevante ao objetivar construir um panorama geral do tratamento ofertado pelo Superior Tribunal de Justiça na concessão de *habeas corpus* durante o ano de 2021, diferenciando a análise com base no contexto delituoso em que a prisão preventiva foi decretada, isto é, entre as prisões preventivas decorrentes de investigações de crimes econômicos e de crimes comuns.

O primeiro capítulo busca tratar das modificações ocorridas nas últimas décadas com relação à crise da dogmática penal em face do surgimento do Direito Penal Econômico e da mencionada necessidade de reestruturação estatal trazida pelo surgimento dos novos riscos, com enfoque na expansão das normas penais e na modificação social constante em que estamos inseridos. Pretende-se formular diferenciação entre os delitos comuns e os delitos econômicos, bem como uma análise a respeito dos bens jurídicos individuais e supraindividuais.

O segundo capítulo se debruça sobre os requisitos da prisão preventiva no Brasil e a utilização do *habeas corpus* como forma de sanar eventuais ilegalidades perpetradas contra pessoas acusadas no âmbito do processo penal, no âmbito dos Tribunais superiores, com destaque à atuação do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, no terceiro e último capítulo, objetiva-se unir a teoria e a prática, realizando assim a análise de 1.346 acórdãos prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2021, nos quais foi julgada a legalidade de prisões preventivas em *habeas corpus* e recursos correlatos, para constatar de que forma a legislação vigente é aplicada quando tratamos de restrição de liberdade, e quais são os reflexos do entendimento da jurisprudência firmada, notadamente no que toca à diferenciação entre o tratamento conferindo aos agentes acusados de crimes comuns e de crimes econômicos.

2. O fenômeno da criminalidade econômica e o direito penal clássico

Hodiernamente, a dogmática penal e a criminologia têm trabalhado com duas modalidades de crimes: a criminalidade comum, decorrente de preceitos iluministas, conferindo uma maior preocupação com o indivíduo em face do poder punitivo do Estado, e a criminalidade econômica, praticada por pessoas que possuem alto nível profissional e elevada posição social, ultrapassando o limite de normas e praticando ilícitos no exercício da administração de sociedades empresárias, contra o meio ambiente, em detrimento das finanças e administração pública, valendo-se do abuso de poder econômico e político[1].

A criminalidade comum, ou convencional, por sua vez, decorre do intitulado Direito Penal *clássico*, de tradição jus naturalística, que tem como premissa principal que o Direito Penal se presta a proteger bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, desde que os demais ramos do direito não obtenham sucesso na proteção de forma eficiente[2]. Na concepção clássica, esses bens jurídicos são aqueles de caráter individual, como a vida, a integridade física, a liberdade individual, o patrimônio etc[3].

Na linha dos ensinamentos de Claus Roxin, o primeiro pressuposto indispensável para se reconhecer a função de delimitação do Direito Penal associada ao pensamento do bem

[1] CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 62.
[2] *Ibidem*, p. 67.
[3] RIOS, Rodrigo Sanchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, vol. 2, p. 261-282, jul. 2011, p. 262.

jurídico consiste na afirmação da proteção de bens jurídicos como tarefa do direito penal[4] e, embora tal posicionamento não esteja consolidado, resulta da teoria do bem jurídico a conclusão de que sua tutela "enquanto garantia de liberdade, consiste na ilegitimidade da incriminação quando referida a comportamentos que não ponham em causa nem o livre desenvolvimento do indivíduo, nem as condições sociais necessárias a esse desenvolvimento"[5].

Nesse aspecto, destaca-se a importância da teoria do bem jurídico como objeto limitador do poder de punir do Estado, enquanto a Constituição Federal estabelece limites ao legislador e sua atividade. Portanto, como bem elucidado por Ana Elisa Bechara[6], o bem jurídico-penal deve ser considerado fundamentalmente como padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do Direito Penal no caso concreto.

Essa concepção clássica busca impor limites ao poder punitivo estatal, na medida em que estabelece critérios principiológicos aptos a impor sentido à esfera penal em um contexto de estado democrático de direito. A doutrina é assente no sentido de que os princípios de Direito Penal são: princípio da legalidade ou da reserva legal; princípio da intervenção mínima ou da fragmentariedade; princípio da lesividade ou da ofensividade; princípio da humanidade; e princípio da culpabilidade ou da pessoalidade da pena e da sua individualização[7].

Como visto, no âmbito da criminalidade comum, destacam-se aqueles delitos de bens jurídicos individuais (vida, honra, liberdade individual, liberdade sexual, patrimônio etc.), como o furto, o roubo, o estelionato, o homicídio, o estupro, os quais estão abarcados pelos institutos gerais de Direito Penal consagrados ao longo do tempo, como o dolo, a culpa, o erro de tipo, o erro de proibição, a tentativa, o concurso de agentes, entre outros.

Nas últimas décadas, as ciências criminais tiveram uma mudança em suas preocupações, na medida em que os delitos comuns passaram a ter novos atores e novas figuras delituosas, exigindo reformas legislativas e abordagens empíricas, como bem explicitado por Artur de Brito Gueiros Souza[8].

---

[4] ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 1, jan./mar. 2013, p. 10.

[5] *Idem*.

[6] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual.* Revista Liberdades. n. 1, 2009, p. 21.

[7] CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 158.

[8] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.*). Inovações no Direito Penal Econômico:* contribuições

A criminalidade econômica, ou, como é classicamente conhecida, a "criminalidade do colarinho banco" passou a ser estudada em meados do século XX, a partir da obra do sociólogo Edwin Sutherland, responsável por trazer à tona um dos problemas mais interessantes e discutidos na criminalidade moderna, que á a atuação do criminoso do colarinho branco, cujas práticas são empreendidas por indivíduos de *status* social privilegiado, no exercício de suas atividades.

O autor denunciou alguns erros da criminologia norte-americana e suas conclusões foram publicadas na obra *White Collar Crimes*, em 1949, a qual visou desconstituir a ideia convencional sobre o comportamento criminoso, uma vez que suas bases e estatísticas eram tendenciosas, conforme demonstrou sua pesquisa[9].

Propôs o autor que as pessoas da classe socioeconômica mais alta estão engajadas em muitos comportamentos criminosos, diferindo-se do comportamento da classe socioeconômica mais baixa por conta dos procedimentos administrativos usados para lidar com os infratores, e as variações nos procedimentos estatais não são significantes do ponto de vista da causação do crime.

Desse modo, crime de colarinho branco pode ser definido "aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade profissional"[10]. Segundo Sutherland[11], os crimes de colarinho branco violam a confiança e, consequentemente, criam desconfiança, diminuindo assim a moralidade social e produzindo desorganização em larga escala e, por outro lado, os crimes comuns produzem pouco efeito nas instituições e organizações sociais.

Os estudos desenvolvidos pelo sociólogo são objeto de larga análise até os dias de hoje, servindo de substrato para inúmeras pesquisas e contribuindo para a evolução da concepção de criminalidade econômica, em especial a teoria da associação diferencial[12].

---

criminológicas, político criminais e dogmáticas, p. 105-146, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 107.

[9] SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco:* versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, 1ª reimpressão, set./2016, p. 32.

[10] *Ibidem*, p. 33-34.

[11] *Ibidem*, p. 37-38.

[12] Nas palavras de Artur de Brito Gueiros Souza, segundo a hipótese da teoria, o comportamento criminal – como qualquer outro – seria consequência de um processo que se desenvolve em um grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação entre indivíduos reunidos em um determinado ambiente e, nessa interação, quando o peso das definições favoráveis à violação da lei exceder o peso das definições favoráveis à obediência da lei, o crime ocorrerá. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial:* critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021, p. 34.

Décadas depois, como efeito da globalização e da revolução pós-industrial, pode-se verificar o surgimento da denominada expansão do Direito Penal, tratada inicialmente pelo penalista espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez[13], e que pode ser definida como a ampliação do setor penal e a criação de normas que antes não eram seu objeto de tutela[14].

Este fenômeno conduziu ao que Ulrich Beck denominou de sociedade de risco, por ser intrinsecamente produtora de situações de perigo para um número indeterminado de pessoas e capaz de vulnerar bens juridicamente relevantes que são revestidos de caráter difuso e supraindividual[15]. Em congruência com o pensamento de Anabela Miranda Rodrigues, o seu diagnóstico não perdeu a atualidade e é hoje reforçado pela disrupção dos sistemas econômico e financeiro, a que se juntam a crise energética, as alterações climáticas, as pandemias ou a criminalidade grave organizada e o terrorismo global[16].

Como bem observa Silva Sánchez[17], os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica geram o aparecimento de uma nova concepção da criminalidade clássica, assim como a aparição de novas formas delitivas, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de fenômeno marginal, em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômica.

A criação e elaboração dos crimes econômicos encontra dificuldades dogmáticas em estabelecer critérios delimitadores das condutas passíveis de inserção nesta espécie delitiva[18], em especial no que diz respeito aos reflexos ocasionados na teoria do delito, como, por exemplo,

---

[13] Em sua obra, Silva Sánchez também indica algumas causas do expansionismo, como o surgimento de novos interesses, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, entre outros. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[14] Outrossim, Silva Sánchez também propõe a implementação do Direito Penal de Duas Velocidades, consistente em uma alternativa ao expansionismo, com a flexibilização controlada das regras de imputação e das garantias político-criminais no âmbito do Direito Penal Econômico, sem a imposição de penas de prisão e, uma manutenção do modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível de delitos comuns, aos quais se assinalaria uma pena de prisão. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 188-192.

[15] CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 27.

[16] RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico:* uma política criminal na era compliance. 2. ed. Editora Almedina, 2020, p. 28.

[17] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 65-78, out./dez. 1998, p. 69.

[18] RIOS, Rodrigo Sanchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, vol. 2, p. 261-282, jul. 2011, p. 262.

a imputação objetiva, ou as técnicas não usuais utilizadas pelo legislador, sendo comum a utilização de elementos normativos, incluindo-se os de valoração global do fato, bem como a remissão à normativa extrapenal e destacando-se a tipificação de condutas de perigo abstrato, as cláusulas de autorização e os denominados delitos de acumulação[19].

Tem-se como uma das principais características atribuídas ao Direito Penal Econômico a existência de bens jurídicos supraindividuais, que tutelam interesses difusos e coletivos, ou seja, não se vinculam, subjetivamente, a uma só pessoa ou a um único indivíduo, mas a grupos, categorias ou segmentos sociais[20].

Como bem salientado por Anabela Miranda Rodrigues[21], os bens jurídicos coletivos constituem o principal desafio do direito penal econômico, de modo que não pode sufragar uma expansão ilimitada do *jus puniendi* e tampouco permitir uma subversão dos princípios de imputação penal.

Diante do contexto clássico em que a dogmática penal se preocupava com bens jurídicos individuais, se debruçando exclusivamente aos critérios de imputação daí decorrentes, surge uma grande controvérsia quando há um expansionismo sob a justificativa de dar respostas à complexidade e aos perigos da sociedade atual, devendo ser aduzido que os critérios de imputação jurídico-penal não foram capazes de acompanhar esse desenvolvimento[22].

Nessa linha, a dogmática penal se volta ao estudo e criação de tipos penais que tutelam a saúde pública, a ordem econômica, o meio ambiente, o sistema previdenciário etc, enfrentando problemas como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, os delitos omissivos impróprios, entre outros. Sob essa ótica, pode-se dizer que, no sistema normativo brasileiro, a partir da segunda metade do século XX, começa a despontar a criminalização econômica, a qual se consagra nos anos 1990, aderindo à tendência internacional, mas sem qualquer sistematização[23].

---

[19] SILVA, Robson Antonio Galvão da. Direito penal econômico e teoria do crime. *Boletim do IBCCRIM*, n. 308, julho/2018, p. 8.

[20] CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 238.

[21] RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico:* uma política criminal na era compliance. 2. ed. Editora Almedina, 2020, p. 57.

[22] SILVA, Robson Antonio Galvão da. Direito penal econômico e teoria do crime. *Boletim do IBCCRIM*, n. 308, julho/2018, p. 8.

[23] SOUZA, Luciano Anderson de. Conteúdo do Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal Econômico:* leis penais especiais. Coord.: Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza. vol. 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35.

Desse modo, afirma-se que o crescimento do Direito Penal tem ocorrido de modo exponencial, tanto em sentido horizontal (por meio da tutela de novas situações, criminalizando-se cada vez mais condutas, antes atípicas, e pela proteção de bens jurídicos antes não protegidos), e vertical (por meio do recrudescimento de sanções penais já existentes, referentes a comportamentos já criminalizados)[24].

Há quem defenda que o Direito Penal Econômico deve ser dissociado do Direito Penal Clássico, constituindo assim uma matéria autônoma que deve ser regida por critérios dogmáticos e principiológicos próprios, uma vez que não se coadunaria com a concepção comum. Não é este o entendimento adotado por Artur de Brito Gueiros Souza, Anabela Rodrigues Miranda e outros autores, os quais compreendem ser legítimo o Direito Penal Econômico, entendido como uma forma de modernização do Direito Penal, e que não importaria em rebaixamento, mitigação ou violação de categorias dogmáticas ou garantias penais[25].

No entanto, não é difícil notar que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma série de decisões judiciais traz à tona graves problemas de compatibilidade dos delitos empresariais em relação às estruturas clássicas de Direito Penal, implicando muitas vezes na violação de princípios[26], em especial no que toca a critérios de imputação na seara da criminalidade penal empresarial e também com relação aos delitos cometidos contra a administração pública, os quais, via de regra, são praticados sem violência e grave ameaça e possuem uma vertente mais sutil e silenciosa.

Em suma, há grande dificuldade na apuração e identificação dos delitos econômicos, porquanto eles raramente deixam, no plano físico, sinais externos que facilmente os identificam como crimes e que são próprios da delinquência convencional[27].

Além dessa premissa, o tratamento jurídico-penal da ordem econômica apresenta ingente dificuldade de apreensão, resultante do acurado tecnicismo terminológico e da relatividade e fluidez conceitual que a envolvem, como, por exemplo, a instabilidade e a

[24] *Ibidem*, p. 57.

[25] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.*). Inovações no Direito Penal Econômico:* contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas, p. 105-146, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 138.

[26] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Critérios e limites para a responsabilização penal dos gestores empresariais. *Boletim do IBCCRIM*, n. 294, maio/2017.

[27] RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico:* uma política criminal na era compliance. 2. ed. Editora Almedina, 2020, p. 27.

relatividade de suas normas, em razão de variáveis político-econômicas, cedendo espaço a tipos penais altamente complexos e imprecisos[28]. De todo modo, Luiz Regis Prado ensina que, nesse setor, a tutela penal se endereça às atividades realizadas no âmbito econômico e, de certo modo, no empresarial, visto que ambas se imbricam mutuamente, abrangendo as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores[29], o que é corroborado por João Carlos Castellas, que afirma que, nesses delitos, o delinquente sempre almejará o lucro, seja agindo por impulso ou mediante estudo e planejamento de sua ação criminosa, além de muitas vezes acreditar que está agindo em conformidade com a lei[30].

Independentemente das posições aqui apresentadas, fato é que o fenômeno da criminalidade econômica é uma realidade pujante que deve ser enfrentada, na medida em que se constitui como matéria em constante ampliação por parte do legislador brasileiro, em particular nos últimos anos, impondo uma análise dos contornos do Direito Penal Econômico, para que sua evolução se desenvolva de acordo com os preceitos dogmáticos clássicos, como defendemos.

Com o advento do Mensalão e da Operação Lava-Jato, os quais reacenderam uma discussão a respeito da possível impunidade e diferença de tratamento pelo sistema judicial no caso de crimes cometidos no âmbito empresarial e de delitos praticados contra a administração pública, verificou-se um crescimento exponencial na elaboração de normas que objetivam tutelar este setor, bem como passaram a ser deflagradas pelo país diversas super operações policiais com o objetivo de conter a prática de crimes como corrupção, fraude à licitação, peculato, lavagem de dinheiro, organização criminosa, entre outros[31].

Além disso, instituições de investigação e controle (como a Polícia Civil, a Polícia Federal e o Ministério Público Estadual ou Federal) criaram divisões específicas para combate a delitos econômicos por todo o país, trazendo uma sensação social generalizada de que aqueles que supostamente praticam crimes econômicos não estariam impunes. De todo modo, ainda que sua incidência tenha sido vertiginosa nos últimos anos, as super operações trazem à tona grande

[28] REGIS PRADO, Luiz. *Direito Penal Econômico.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 32.
[29] REGIS PRADO, Luiz. *Direito Penal Econômico.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 32.
[30] CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 207.
[31] Disponível em: https://g1.globo.com/pr/parana/operacao-publicano/; https://comunicacao.mppr.mp.br/2020/12/23216/Gaeco-deflagra-operacao-contra-grupos-com-atuacao-no-PR-SP-e-SC.html.

discussão a respeito da eficácia das leis penais vigentes e também de sua interpretação e aplicação no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, torna-se relevante a elaboração de uma pesquisa com dados empíricos a respeito da restrição de liberdade cautelar imposta pela esfera penal e do posicionamento atual dos Tribunais superiores no tratamento conferido aos delitos considerados comuns e aos econômicos.

3. Da prisão preventiva e habeas corpus no âmbito dos Tribunais Superiores

Para além da discussão acerca dos critérios dogmáticos que buscam diferenciar os crimes econômicos dos demais, mostra-se imprescindível, antes de passar à análise dos dados colhidos, trazer breves ponderações acerca do instituto da prisão preventiva e do papel dos Tribunais Superiores na análise da legalidade, dos pressupostos e dos limites de tais prisões cautelares, notadamente por ocasião do julgamento de *habeas corpus*.

Apesar da recente controvérsia acerca da execução provisória da pena, a Constituição Federal deixa claro, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"[32], de modo que o indivíduo só poderá ser recolhido ao cárcere para o cumprimento de pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em respeito ao referido princípio constitucional da presunção de inocência.

Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de prisões cautelares, as quais, diferentemente da prisão em decorrência de sentença penal condenatória, não tem caráter de pena, mas servem tão somente à utilidade do processo. No ponto, Scarance Fernandes ensina que as medidas cautelares são justificadas pelo risco de ocorrerem eventos que possam comprometer o processo ou ainda prejudicar a eficácia ou a utilidade da persecução penal[33].

É certo que a problemática acerca da utilidade do processo, entendida como a proteção de seus meios e/ou resultados, torna-se particularmente delicada quando se trata do emprego de medida cautelar que restrinja o direito constitucional à liberdade, de modo que a ponderação

[32] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
[33] FERNANDES, Antônio Scarence. Medidas cautelares. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 224, 2018, p. 6-7.

entre esses valores deve ser feita com cautela. Ademais, deve também ser sopesado o mencionado princípio da presunção de inocência. No âmbito das medidas cautelares pessoais, o princípio da presunção de inocência, como norma de juízo, desdobra no *in dubio pro reo* e isso implica, como ensina Rodrigo Capez, que a existência de dúvida razoável a respeito do *fumus comissi delicti* ou do *periculum libertatis* impede a sua decretação[34].

A despeito das restrições constitucionais à aplicação de prisões cautelares, conforme reconhece Rogerio Schietti Cruz, "verifica-se, ao menos no Brasil, um uso crescente das medidas cautelares pessoais previstas em nosso ordenamento jurídico"[35], fenômeno que vai de encontro com o caráter de excepcionalidade de tais prisões, caráter esse expresso em lei e referendado pela doutrina, além de, como mencionado, decorrente do próprio texto constitucional.

Pode-se pensar que o referido fenômeno possa ser reflexo tanto da deflagração de grandes operações envolvendo investigações dos chamados crimes de colarinho branco e da sensação de impunidade que permeia a sociedade, quanto do anseio por um combate mais efetivo à criminalidade urbana e ao aumento da violência, de sorte que "o certo é que está havendo um cada vez mais frequente deslocamento da resposta penal para as prisões cautelares"[36].

O Código de Processo Penal prevê duas modalidades de prisões cautelares, quais sejam, a prisão provisória e a prisão preventiva, sendo que a segunda hipótese é a que interessa ao presente estudo. Apesar das dificuldades de se sedimentar um sistema processual penal cautelar, especialmente ao se considerar que o Direito Processual Penal, assim como a Cinderela, continua a utilizar as roupas de suas irmãs, no caso, o Direito Processual Civil[37], não se pode desconsiderar o marcante traço comum de todas essas medidas: a cautelaridade, a qual tem como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.*

Em relação especificamente à prisão preventiva, o CPP traz, em seu Capítulo III, os pressupostos e requisitos para sua decretação. Não se pretende, nesse trabalho, esgotar a previsão normativa da matéria, mas é importante observar os avanços legislativos no sentido de

[34] CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas:* A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 172-173.
[35] CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar.* Dramas, Princípios e Alternativas. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 19.
[36] *Ibidem*, p. 20.
[37] CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Processo Penal.* Buenos Aires: Libreria El Foro, 1950, p. 18.

restringir seu emprego, realizados com o intuito de deixar claro se tratar de *ultima ratio*, afinal, "a expecionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves"[38].

Especialmente a partir da promulgação da Lei nº 13.964, de 2019, nota-se o mencionado esforço do legislador ao alterar o CPP para: i) retirar a previsão de decreto de prisão preventiva de ofício pelo julgador (art. 311); ii) prever expressamente a necessidade de comprovação do *periculum libertatis* (art. 312, caput); iii) exigir a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida, bem como a motivação da decisão em razão disso (art. 312, §2º e art. 315, §1º); iv) vedar a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (art. 313, §2º); v) exigir que todas as decisões a respeito de prisão preventiva sejam sempre motivadas e fundamentadas (art. 315, caput e §2º); vi) exigir do órgão emissor do decreto prisional a revisão da necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, parágrafo único).

Essa preocupação com a restrição do alcance da prisão cautelar não é, porém, exclusiva do legislador interno. Como recorda Andrey Borges de Mendonça, ao tratar da Convenção de Direito Humanos, a liberdade deve ser sempre a regra, sendo que "o princípio fundamental da excecionalidade, que regula toda a prisão preventiva, deflui da própria Convenção e de todo o direito internacional dos Direitos Humanos e não pode ser desrespeitado no âmbito interno"[39].

Apesar dessa louvável iniciativa, são inúmeras as dificuldades enfrentadas para se garantir efetividade a tais normas. A título de exemplo, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já fixou a interpretação de que o desrespeito ao prazo para reanálise da prisão preventiva estipulado na mencionada nova redação do art. 316, parágrafo único, CPP, não implica, necessariamente, na obrigação de concessão de liberdade[40]. A Corte também tem decidido que

[38] LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares.* 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

[39] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na lei 12.403/2011:* análise de acordo com modelos estrangeiros e com a convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 181.

[40] STJ. AgRg no HC 649.586/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 19/11/2021.

tal regra não se aplica aos Tribunais em sede de recurso[41], de forma a relativizar ainda mais as garantias do jurisdicionado expressamente previstas na legislação.

Nessa linha, torna-se indispensável a discussão a respeito do papel exercido pelos Tribunais Superiores na efetivação, ou na (in)devida restrição, dos direitos e garantias assegurados por lei às pessoas submetidas à prisão preventiva.

Antonio Magalhães Gomes Filho esclarece que "outro princípio fundamental que se extrai do texto constitucional de 1988, em relação à prisão cautelar, é o da jurisdicionalidade"[42], tendo a Carta Magna fixado, em seu art. 5º, LIV, balizas para o exercício do exame das condições das prisões. Desse modo, a restrição à liberdade deve resultar de uma ordem judicial decorrente de um "procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e imparcialidade do juiz, o contraditório e ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo, nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação"[43].

Nos termos do art. LXVIII, da Constituição Federal[44], e do art. 647, CPP[45], o *habeas corpus* é o remédio constitucional para combater violência ou coação ilegal na liberdade de locomoção dos cidadãos. No ordenamento brasileiro, portanto, "o reexame das decisões tem sido possível através da previsão constitucional do *habeas corpus*, cujo procedimento célere e desprovido de maiores formalidades possibilita um efetivo controle sobre tais provimentos"[46].

Assim sendo, não se pode desconsiderar o papel do *writ* na consolidação das garantias constitucionais, em especial do direito à liberdade. Nas palavras de Alberto Toron, "a evolução do instituto do habeas corpus, ali e aqui, não é outra coisa senão um reclamo para se assegurar o respeito às garantias constantes na Magna Carta"[47]. A importância do *habeas corpus* é tamanha que, por ocasião do julgamento do HC n. 91.386, o Ministro Gilmar Mendes consignou

---

[41] STJ. AgRg no RHC 155.263/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021.

[42] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. *in: Medidas Cautelares no Processo Penal.* Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Coord. Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

[43] *Idem*.

[44] Constituição Federal. Art. 5º. LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

[45] CPP. Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

[46] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 82.

[47] TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus:* controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 25.

que a aplicação das garantias constitucionais "é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie"[48].

Tem-se, portanto, o julgamento de *habeas corpus* como o principal meio de atuação dos Tribunais no combate aos abusos de poder cometidos em detrimento da liberdade de ir e vir dos cidadãos submetidos à persecução penal. A despeito da relevância histórica do remédio heroico em comento, inclusive na garantia do devido processo legal e das demais garantais penais e processuais penais não imediatamente ligadas à liberdade de locomoção, é possível se observar o crescimento de uma jurisprudência defensiva[49], a qual, nesse particular, busca restringir o conhecimento do *writ.*

De toda sorte, mesmo com os controversos posicionamentos que acabam por mitigar a análise de *habeas corpus* pelas Cortes Superiores, é inegável a contribuição da jurisprudência consolidada em tais julgamentos. Ainda mais ao se considerar que a jurisprudência em matéria penal do STF e do STJ vem sendo sedimentada, em sua maioria, com os denominados precedentes *a posteriori*¸ aqueles julgamentos que pela sua densidade jurídica passam a ser respeitado em casos posteriores, ainda que decididos em processos que não tem legalmente força vinculante, ou ainda pela fixação expressa de teses em sede de processos que igualmente não ostentem o caráter legal de obrigatoriedade[50], tal como se observa de julgamentos de *habeas corpus.*

A exemplificação disso pode se dar com a observação de que a tese possivelmente mais emblemática fixada pelo STF acerca de garantias constitucionais penais foi a controvérsia acerca da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em que se analisou os limites do mais caro princípio fundamental do acusado, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF, bem como o princípio constitucional da ampla defesa.

---

[48] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 91386, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-04 PP-00672 RTJ VOL-00205-01 PP-00322 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 410-437.

[49] TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. A valorização dos precedentes pelos tribunais superiores e a jurisprudência defensiva. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

[50] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores. Precedentes no direito brasileiro.* 5ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018, p. 276.

Em 2009, a Suprema Corte avaliou a matéria no histórico julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG[51], de Relatoria do Ministro Eros Grau. Nota-se que não é novidade a utilização de procedimentos sem efeito vinculante para fixar importantes teses em matéria penal pelos Tribunais Superiores. A Corte sedimentou, no julgamento em questão, a celebrada jurisprudência que reconheceu a impossibilidade da execução provisória, a partir da interpretação da Lei de Execução Penal, tendo sido consignado que essa interpretação melhor atenderia o texto do art. 5º, LVII, da CF, o qual, ao estabelecer o princípio da presunção de inocência, prevê expressamente o trânsito em julgado.

Com a posterior descoberta de esquemas nacionais de corrupção – os quais devem ser rigorosamente combatidos dentro dos limites constitucionais –, e do crescente protagonismo do Poder Judiciário, com a consequente tendência ao ativismo judicial como resposta a pressões populares e midiáticas, o Supremo Tribunal Federal rediscutiu a possibilidade da execução provisória da pena ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP[52], em 2016.

Da mesma forma, são crescentes os precedentes *a posteriori* formulados pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*, os quais acabam por sedimentar, em âmbito nacional, a interpretação das normas penais e processuais penais infraconstitucionais, especialmente no tocante aos pressupostos e limites da decretação de prisões preventivas.

Tendo em perspectiva a importância da jurisprudência fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamentos de *habeas corpus* a respeito da interpretação da legislação concernente à decretação de prisão preventiva, a qual frequentemente delimita aos demais Tribunais os contornos aplicáveis a tais normais, mostra-se fundamental proceder à análise jurisprudencial da concessão de *habeas corpus* pelo STJ, com a finalidade de averiguar se há a possibilidade de tratamento diferenciado entre as prisões preventivas decorrentes de investigações de crimes econômicos e as prisões decretadas em investigações de crimes comuns.

[51] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

[52] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

4. Análise jurisprudencial da concessão de habeas corpus no STJ em 2021

Conforme mencionado, buscou-se proceder à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante à concessão da ordem de *habeas corpus* para revogar prisões preventivas, durante todo o ano de 2021, com o intuito de verificar a possível diferença de tratamento dada à prisão preventiva em razão do tipo de criminalidade investigada.

Optou-se por realizar a pesquisa empírica no âmbito do STJ, no período delimitado, em razão do seu papel uniformizador da jurisprudência nacional, ainda que em precedentes *a posteriori*[53], bem como em razão da sua função de sedimentar a interpretação das normas infraconstitucionais.

Para possibilitar a exploração dos acórdãos, utilizou-se do sistema eletrônico do Superior Tribunal de Justiça[54], em "Pesquisa de Jurisprudência" e "Pesquisa Avançada". Elegeu-se, tendo em vista o foco da pesquisa, como critério de pesquisa o termo "habeas corpus prisão preventiva liberdade", selecionando como "Órgão Julgador" a 5ª e a 6ª Turma (responsáveis pelos julgamentos na seara criminal), e incluindo como data de início 01/01/2021 e data de término 31/12/2021, contabilizando, assim, tudo o que fora julgado durante o referido período, pelos órgãos colegiados, totalizando 1.320 acórdãos analisados. A pesquisa foi consultada até a data de 25/03/2022, de modo que é possível que outros acórdãos julgados durante o ano de 2021 tenham sido publicados posteriormente, o que impossibilitou sua inclusão nesta análise.

Foram analisados tão somente os acórdãos julgados pelos órgãos colegiados, sendo certo que foram julgados um grande número de pedidos monocraticamente, sem a posterior interposição de recurso ao colegiado, de modo que tais pedidos não foram incluídos na presente pesquisa. O regimento interno do STJ prevê que a decisão monocrática em tais casos pode se dar nas seguintes hipóteses:

> Art. 34. São atribuições do relator:
>
> XX - decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de

[53] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores. Precedentes no direito brasileiro.* 5ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018, p. 276.

[54] Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio.

> competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar;

As decisões monocráticas devem refletir, portanto, o posicionamento dos órgãos colegiados, de forma que se entendeu como suficiente para os objetivos da pesquisa o exame apenas dos acórdãos de tais órgãos.

Inicialmente, é necessário mencionar que a busca não resultou exclusivamente em casos de prisão preventiva, uma vez que o sistema apresentou julgados que tratavam de execução penal ou revogação de medidas cautelares alternativas impostas pelas instâncias ordinárias. Desse modo, os acórdãos que tratam de outras matérias – que não a legalidade da decretação de prisões preventivas – foram desconsiderados para fins de contagem na presente pesquisa.

De todos os acórdãos, foi elaborada uma tabela com os critérios "Classe e número do processo", "Ministro Relator", "Imputações", "Fundamentos da prisão preventiva", "Resultado do Julgamento" e "Data do Julgamento" e, assim, delimitada a pesquisa, passou-se a efetuar o processo de avaliação dos fundamentos utilizados para concessão ou denegação de cada um dos julgados.

Dentre as classes processuais avaliadas, tem-se: *habeas corpus*, recurso ordinário em *habeas corpus*, agravo regimental em *habeas corpus*, agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*, agravo regimental em embargos de declaração em *habeas corpus* etc, além de recurso especial e agravo em recurso especial, quando, nesses últimos, tenham sido concedidos *habeas corpus* de ofício.

Após a coleta desses dados, foi feita a divisão entre: *i)* acórdãos que tratam de prisões preventivas decretas em investigações de crimes comuns, menos tráfico de drogas; *ii)* acórdãos que tratam de prisões preventivas decretas em investigações crimes econômicos; *iii)* acórdãos que tratam de prisões preventivas decretas em investigações de tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas ou organização criminosa com o objetivo de cometer crimes de tráfico de drogas.

Como já mencionado no tópico pertinente, considerou-se como crimes econômicos tanto os crimes econômicos propriamente ditos, quanto os denominados crimes de colarinho branco. Nesse sentido, abrangeu-se crimes de acordo com a seguinte definição de Juarez Cirino dos Santos:

> O que se pode chamar de Direito Penal Econômico brasileiro se concentra em leis especiais e algumas disposições do Código Penal: os crimes (a) contra a economia

> popular; (b) falimentares; (c) societários, (d) contra a propriedade imaterial, e (e) de sonegação fiscal.
>
> [...]
>
> A moderna criminologia (crítica ou radical) define o crime econômico como a principal subespécie dos chamados crimes de colarinho branco, caracterizados pela posição de classe dominante dos autos (elites dirigentes, econômicas e políticas, da formação social), através do aparelho econômico (empresas) ou político (Estado)[55].

Tendo em perspectiva que o objetivo do presente artigo era verificar a possível diferença de tratamento dada à prisão preventiva em razão do tipo de crime imputado, parece desarrazoado fazer um recorte de apenas parte dos crimes de colarinho branco, notadamente no atual contexto social e político brasileiro, em que há grande destaque os crimes cometidos por agentes estatais.

Nesse sentido, buscou-se trazer questionamentos sobre a hipótese de influência da reação social (*labeling approach)* no julgamento da manutenção das segregações preventivas, levando em consideração as preocupações da referida teoria sobre a criminalidade de colarinho branco, como a "expressão do prestígio social do autor e da ausência de estereótipo para orientar a repressão, e (ii) sobre a cifra oculta da criminalidade, como distribuição social desigual da criminalidade pela atuação seletiva dos órgãos oficiais e da opinião pública"[56].

Por outro lado, entendeu-se necessário também fazer uma diferenciação entre crimes comuns em geral e tráfico de drogas e outros crimes a ele relacionados, como, por exemplo, a associação para o tráfico. Isso porque, além de representarem a grande maioria das investigações em que foram decretadas prisões preventivas combatidas no âmbito do STJ, não se pode desconsiderar a especial estigmatizarão em face dos autores desses crimes, motivada sobretudo pelas "novas estratégias de controle social por repressão policial orientadas por práticas de tolerância zero em guerras contra o crime, em especial contra as drogas"[57].

Foi observada então a quantidade de concessões e denegações em cada um desses grupos pelo Superior Tribunal de Justiça como um todo, bem como pela Quinta e Sexta Turmas separadamente. Considerou-se como concessão da ordem todos os julgados em que se revogou

[55] SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia.* Disponível em: https://bit.ly/3LZOAYB. Acesso em: 07 abr. 2022.
[56] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia:* Contribuição para a crítica da economia da punição. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 172
[57] *Ibidem*, p. 317.

a prisão preventiva ou que a prisão preventiva foi substituída por medidas cautelares alternativas.

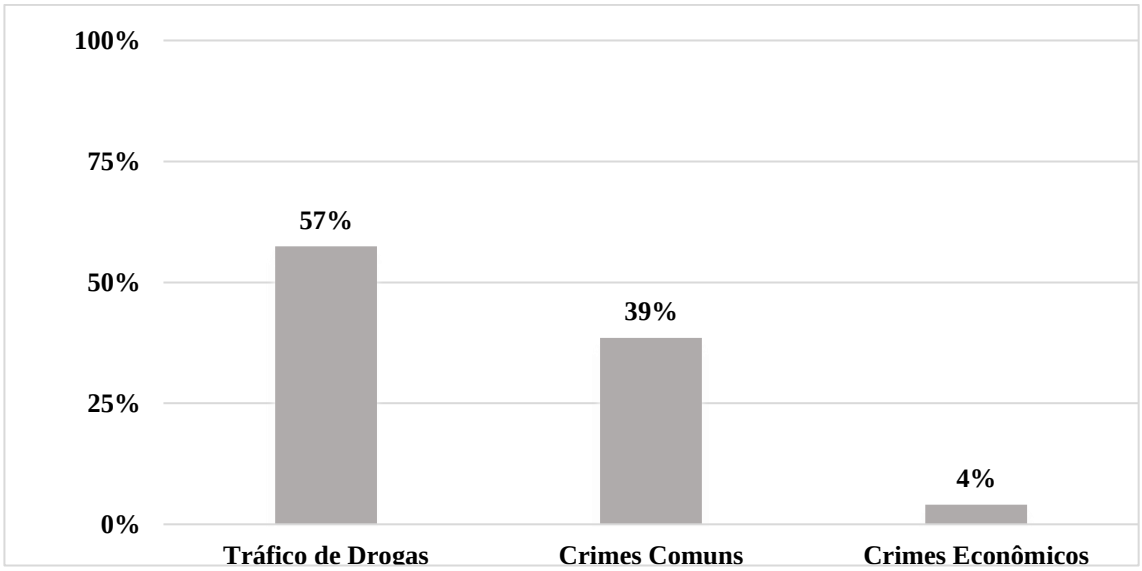
Enumerado os mencionados julgados na divisão proposta, passou-se a examinar os resultados a partir de operações estatísticas, com a finalidade de organizar tais dados de modo significativo e pertinente ao propósito da pesquisa, o que gerou as informações a seguir descritas.

4.1 Descrição dos resultados

O resultado da pesquisa no campo de jurisprudência do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça resultou em 1.320 (mil trezentos e vinte) acórdãos para *"habeas corpus prisão preventiva liberdade"*. Após a análise dos argumentos discutidos em todos os acórdãos, apenas 1.285 (mil duzentos e oitenta e cinco) foram considerados como relevantes para o objeto da presente pesquisa, desconsiderando-se, portanto, os que tratavam de outras matérias.

No ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em sede de órgãos colegiados, 1.285 (mil duzentos e oitenta e cinco) processos em que foram analisados pedidos de revogação de prisões preventiva. Foram 52 (cinquenta e duas) impetrações contra prisões decretadas em investigações de crimes econômicos, 738 (setecentas e trinta e oito) impetrações contra prisões decretadas em investigações de tráfico de drogas e 495 (quatrocentas e noventa e cinco) impetrações contra prisões decretadas em investigações de outros crimes.

Gráfico 1 – Relação de acórdãos por natureza jurídica do crime



Dos 1.285 casos julgados, foram concedidos 298 (duzentos e noventa e oito) *habeas corpus* ou recursos ordinários em *habeas corpus.* O percentual de concessão da liberdade foi então de 23,19%, considerando todos os julgados de ambas as Turmas Criminais do STJ. Por outro lado, é interessante observar que o percentual de concessão pela Quinta Turma foi de 8.84%, enquanto tal percentual pela Sexta Turma foi de 39,83%.

Tabela 1 – Relação de acórdãos pelo STJ, como um todo, e por cada uma das Turmas, individualmente

Órgão julgador	N° acórdãos julgados	N° acórdãos concedidos	Percentual de concessão
Superior Tribunal de Justiça (ambas as Turmas)	1.285	298	23,19%
Quinta Turma	690	61	8,84%
Sexta Turma	595	237	39,83%

Já se observa, desde logo, uma notável disparidade quanto ao número de acórdãos concedidos por cada uma das Turmas. Importante observar, em seguida, a diferenciação desses números com a divisão pelos crimes investigados.

Quanto aos crimes comuns, o Superior Tribunal de Justiça concedeu 79 (setenta e nove) *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus*, tendo sido 13 (treze) acórdãos concedidos pela Quinta Turma e 66 (sessenta e seis) concedidos pela Sexta Turma.

Tabela 3 - Relação de acórdãos pelo STJ, como um todo, e por cada uma das Turmas, individualmente, a respeito de prisões decretadas em investigações de crimes comuns

Órgão julgador	N° acórdãos julgados	N° acórdãos concedidos	Percentual de concessão
Superior Tribunal de Justiça (ambas as Turmas)	495	79	15,95%
Quinta Turma	284	13	4,57%
Sexta Turma	211	66	31,27%

Quanto aos crimes econômicos, o Superior Tribunal de Justiça concedeu 21 (vinte e um) *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus*, tendo sido 5 (cinco) acórdãos concedidos pela Quinta Turma e 16 (dezesseis) concedidos pela Sexta Turma.

Tabela 4 - Relação de acórdãos pelo STJ, como um todo, e por cada uma das Turmas, individualmente, a respeito de prisões decretadas em investigações de crimes econômicos

Órgão julgador	N° acórdãos julgados	N° acórdãos concedidos	Percentual de concessão
Superior Tribunal de Justiça (ambas as Turmas)	52	21	40,38%
Quinta Turma	20	5	25%
Sexta Turma	32	16	50%

Quantos aos crimes de tráfico de drogas e a ele relacionados, o Superior Tribunal de Justiça concedeu 198 *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus*, tendo sido 43

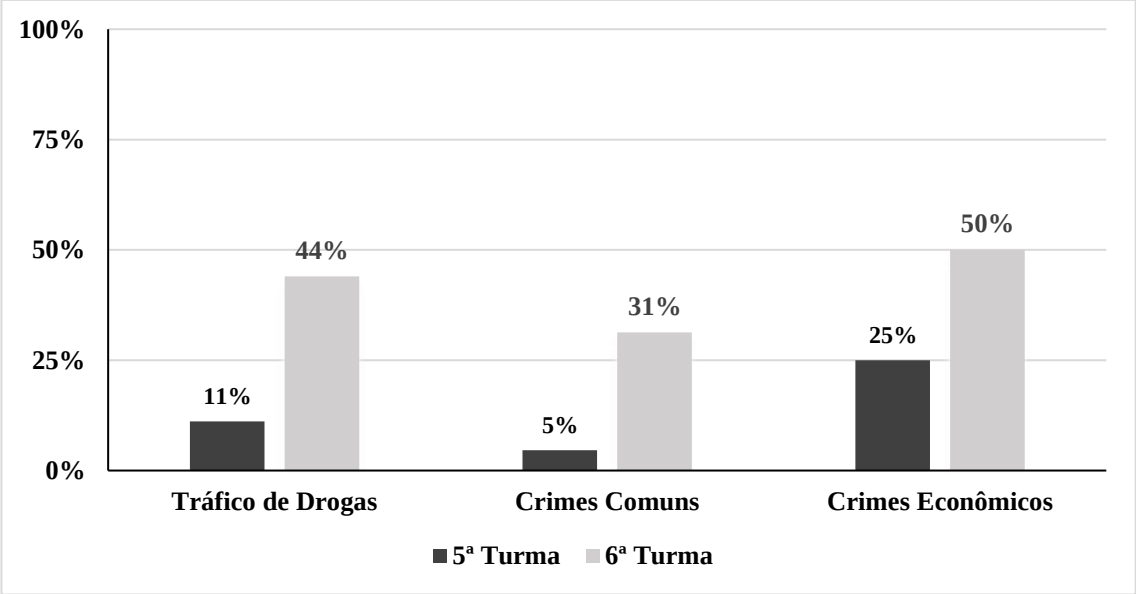
acórdãos concedidos pela Quinta Turma e 155 (cento e cinquenta e cinco) concedidos pela Sexta Turma.

Tabela 5 - Relação de acórdãos pelo STJ, como um todo, e por cada uma das Turmas, individualmente, a respeito de prisões decretadas em investigações de tráfico de drogas

Órgão julgador	N° acórdãos julgados	N° acórdãos concedidos	Percentual de concessão
Superior Tribunal de Justiça (ambas as Turmas)	738	198	26,82%
Quinta Turma	386	43	11,13%
Sexta Turma	352	155	44,03%

Após a análise individualizada dos julgamentos de cada grupo de crimes, mostrou-se relevante fazer uma comparação gráfica dos acórdãos concedidos pela Quinta e Sexta Turmas a respeito da possibilidade de revogação da prisão preventiva em todos esses grupos de crimes.

Gráfico 2 - Relação de percentual de concessão de acórdãos por natureza jurídica do crime, pela Quinta e Sexta Turmas do STJ



A partir da referida comparação quantitativa dos dados coletados, passaremos à análise das informações obtidas.

5. Conclusões empíricas

A despeito do aumento significativo, na última década, das investigações envolvendo crimes de colarinho branco e os esforços legislativos para ampliar e tornar mais efetivas tais investigações, em especial com as deflagrações do caso Mensalão e Lava Jato, observa-se que a maioria das prisões preventivas que chegam à análise do Superior Tribunal de Justiça são decretadas no âmbito de investigação acerca do tráfico de drogas e de crime correlatos, correspondendo, como visto, a 57,43% das impetrações.

Apesar da grande quantidade de prisões decretadas no curso de persecuções de tais crimes, o que indica que ainda há, no sistema judicial brasileiro, uma política de particular severidade no tratamento de acusado da prática de tráfico de drogas, observa-se um movimento da jurisprudência do STJ, principalmente capitaneada pela Sexta Turma, para fazer um contraponto ao rigor exacerbado aplicado nessas investigações.

É interessante notar que, em ambas as Turmas, a concessão de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus* é significantemente maior no tocante a prisões preventivas decretadas em investigações de tráfico de drogas do que de crimes comuns. A Quinta Turma teve, no lapso temporal analisado, o percentual de 11% em relação às prisões de tráfico de drogas, o que corresponde a quase o dobro do seu percentual de concessão nos crimes comuns, qual seja, de 5%. Já a Sexta Turma apresentou o percentual de concessão de 44% em tráfico de drogas e 31% em relação aos crimes comuns.

Verifica-se que argumentos muito utilizados para se constatar a ausência do *periculum libertatis* nesses casos foi a quantidade de droga apreendida, destacada na maioria dos acórdãos, bem como o não envolvimento em organizações criminosas. A primariedade também figura como um dos fatores mais determinantes para embasar a concessão da liberdade.

No tocante aos crimes comuns, destaca-se que estão incluídos também todos aqueles praticados com violência, notadamente os crimes contra a vida e os crimes contra a dignidade sexual, o que certamente influi no menor percentual de concessão de liberdade aos agentes que tiveram suas prisões decretadas.

Recente pesquisa publicada no Anuário do Ministério Público Brasil 2022 aponta que inquéritos de roubo e violência doméstica lideram a pauta dos MPs Estaduais, destacando o

aumento de casos de violência contra a mulher, em razão do confinamento durante a pandemia[58]. Crimes patrimoniais representam 36% (trinta e seis por cento), crimes de violência doméstica 12,6% (doze vírgula seis por cento) e crimes contra a liberdade pessoal 11,5% (onze vírgula seis por cento) entre temas mais recorrentes em matéria criminal na esfera de atuação judicial[59]. Os crimes contra a administração pública representam tão somente 2% (dois por cento) dos inquéritos.

O dado é interessante, no entanto, não reflete o resultado obtido a partir dos dados aqui coletados relativo aos processos que chegam no STJ. Na apuração, vê-se que discussão de prisão preventiva nos crimes de violência doméstica são minoria vertiginosa. Isso pode se dar por diversas razões, desde a pouca quantidade de pessoas presas por incorrer na Lei nº 11.340/06, pela demora das vítimas em obter tutela judicial, a lentidão do trâmite dos inquéritos, tendo em vista a alta demanda destes casos, ou até mesmo pela pena baixa atribuída a esses crimes.

Os resultados apontam que julgamentos discutindo a legalidade de prisão preventiva relacionados aos crimes econômicos e aos crimes de colarinho branco são menores do que a quantidade de crimes comuns e de tráfico de drogas apreciados pela Corte. Isso não quer dizer necessariamente que eles ocorrem em menor proporção, mas sabemos que sua prática pode demorar para chegar ao conhecimento das autoridades competentes, além de se ter uma grande dificuldade na investigação, visto que alguns dos delitos dificilmente deixam rastros.

Nesse sentido, como bem pontuado por João Carlos Castellar, a dificuldade de obtenção de prova em matéria de ilícitos penais dessa natureza reside na necessidade de conhecimentos específicos na área da economia, notadamente no tocante ao funcionamento dos mercados financeiro e de capitais, assim como às regras de contabilidade, da administração de grandes conglomerados empresariais e, até mesmo, de gestão governamental[60].

Por outro lado, nota-se que há um percentual maior de revogação de prisões decretadas em investigações de crimes econômicos. No entanto, a diferença de tratamento não é tão significativa como se poderia imaginar, especialmente considerando-se que são crimes

[58] CREPALDI, Thiago. *Inquéritos de roubo e violência doméstica lideram a pauta dos MPs Estaduais.* Disponível em: https://bit.ly/3juWUmK. Acesso em: 11 abr. 2022.
[59] REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Anuário do Ministério Público Brasil. Disponível em: https://bit.ly/3LZqayu. Acesso em: 11 abr. 2022.
[60] CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 207.

praticados sem violência ou grave ameaça, bem como, por seu caráter econômico e por serem praticados por indivíduos em cargos específicos, pode-se repelir o comum fundamento de perigo de reiteração delitiva com a aplicação de medidas cautelares diversas à prisão.

6. Considerações finais

Diante de todas as ponderações doutrinárias realizadas, efetuou-se a diferenciação entre crimes comuns e crimes econômicos, traçando um panorama histórico e legislativo a respeito de cada um deles, em especial a sua evolução no contexto jurídico brasileiro. Ademais, buscou-se compreender a importância do *habeas corpus* para coibir abusos de poder cometidos em detrimento da liberdade de ir e vir de cidadãos, bem como o papel determinante do Superior Tribunal de Justiça na uniformização da jurisprudência nacional no tocante aos requisitos e limites da aplicação da prisão preventiva.

Por fim, foram analisados todos os acórdãos do STJ que discutiam a legalidade da prisão preventiva no ano de 2021, por parte da 5ª e 6ª Turma da Corte, visando apurar qual o tratamento conferido aos crimes comuns e aos crimes econômicos, sendo possível concluir que, embora tenhamos um grande movimento punitivista relativo aos crimes econômicos, subsiste uma menor incidência desses crimes nos Tribunais superiores em termos de restrição de liberdade, não sendo possível aferir com precisão a justificativa para tanto.

Verificou-se um pequeno número de acórdãos tratando de crimes econômicos em comparação aos crimes comuns e de tráfico de drogas, no entanto, constatou-se um alto percentual de concessão de *habeas corpus* para estes crimes, notadamente em razão dos argumentos de que o seu cometimento é sem violência e grave ameaça, de que as medidas cautelares alternativas se mostram suficientes, bem como da falta dos requisitos para manutenção de prisão preventiva, de um modo geral.

No entanto, conclui-se que a diferença de tratamento não é tão significativa como se poderia imaginar e não revela necessariamente um tratamento diferenciado em razão do *status* social do agente que o cometeu, especialmente considerando-se que são crimes praticados sem violência ou grave ameaça, assim como, por seu caráter econômico e por serem praticados por indivíduos em cargos específicos, pode-se repelir o comum fundamento de perigo de reiteração delitiva com a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.

Por sua vez, a porcentagem de concessão para crimes relacionados a tráfico de drogas é a segunda maior, o que denota uma mudança jurisprudencial, especialmente da Sexta Turma,

acerca da necessidade de se frear o desmedido uso da prisão cautelar na tentativa indiscriminada de combater esse tipo de criminalidade.

Já os demais crimes, pontuados como crimes comuns, apresentaram a menor porcentagem de concessão de *habeas corpus*. Observou-se que os acórdãos que analisaram as prisões decretadas nesse tipo de investigação deram particular ênfase ao fato de os crimes terem sido praticados com violência ou grave ameaça, bem como analisaram aspectos que indicariam a possibilidade de reiteração delitiva.

Por fim, restou evidente a disparidade entre os posicionamentos adotados por ambas as Turmas, em especial quando se trata da natureza do crime a ser discutido, distanciando-se do objetivo de uniformização da jurisprudência e ocasionando decisionismo a partir do órgão julgador responsável por cada um dos processos. Isso remonta à necessidade de criar novos mecanismos em busca de uma jurisprudência uniforme e pautada nas garantias individuais e processuais inerentes ao devido processo legal e em observância aos preceitos constitucionais, sob pena de incorrer em inequívoca arbitrariedade e abusos.

7. Referências bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores.* Precedentes no direito brasileiro. 5ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: https://bit.ly/37l3x93. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://bit.ly/3MeNwA5. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.* Lei Maria da Penha. Disponível em: https://bit.ly/361dB6b. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.* Lei de drogas. Disponível em: https://bit.ly/3M8x6sW. Acesso em: 18 abr. 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual.* Revista Liberdades. n. 1, 2009.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas:* A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Processo Penal.* Buenos Aires: Libreria El Foro, 1950.

CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional:* a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Critérios e limites para a responsabilização penal dos gestores empresariais. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 294, p. 10-12, maio/2017.

CREPALDI, Thiago. *Inquéritos de roubo e violência doméstica lideram a pauta dos MPs Estaduais.* Disponível em: https://bit.ly/3juWUmK. Acesso em: 11 abr. 2022.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar.* Dramas, Princípios e Alternativas. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarence. Medidas cautelares. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 224, 2018.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: *Temas de direito penal econômico.* Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. *in: Medidas Cautelares no Processo Penal.* Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Coord. Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares.* 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na lei 12.403/2011:* análise de acordo com modelos estrangeiros e com a convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito Penal Econômico.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Anuário do Ministério Público Brasil. Disponível em: https://bit.ly/3LZqayu. Acesso em: 11 abr. 2022.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, vol. 2, p. 261-282, jul. 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico:* uma política criminal na era compliance. 2. ed. Editora Almedina, 2020.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 1, jan./mar. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia.* Disponível em: https://bit.ly/3LZOAYB. Acesso em: 07 abr. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia: Contribuição para a crítica da economia da punição. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 65-78, out./dez. 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Robson Antonio Galvão da. Direito penal econômico e teoria do crime. *Boletim do IBCCRIM*, n. 308, julho/2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico:* contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 105-146.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial:* critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. Conteúdo do Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal Econômico:* leis penais especiais. Coord.: Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza. vol. 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco:* versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, 1ª reimpressão, set./2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 91386, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT

VOL-02319-04 PP-00672 RTJ VOL-00205-01 PP-00322 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 410-437.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. A valorização dos precedentes pelos tribunais superiores e a jurisprudência defensiva. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus:* controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Instituição legislativa da teoria do crime da pessoa jurídica

Brazilian corporate criminal law bill proposition

Fernando A. N. Galvão da Rocha[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo discorre sobre a pertinência da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos sistemas jurídicos contemporâneos, analisando o seu enquadramento normativo no direito brasileiro. Elabora-se, ainda, proposta legislativa que venha a dispor sobre a teoria do crime dos entes morais.

Palavras-chave: pessoa jurídica – imputação objetiva – imputação subjetiva – culpabilidade corporativa – proposta de lei.

Abstract: The article discusses the relevance of legal entities criminal liability in contemporary legal systems, analyzing its normative framework in Brazilian law. It also prepares a legislative proposal that will attend corporate criminal law

Keywords: legal entity - actus reus – mens rea - corporate culpability – bill of law**.**

1. Introdução

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas passou a ser um importante instrumento de combate à criminalidade transnacional, em especial, à criminalidade econômica. Pode-se até dizer que tal responsabilidade expressa uma parte relevante do "núcleo duro da política criminal internacional, procedente da UE, OCDE, Nações Unidas, o Conselho da Europa ou a OEA."[1]

[1] Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

[1] MARTÍN, Adán Nieto e MORENO, Beatriz García. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado. In MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo e GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 635-636.

A opção política por responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica, nos dias atuais, é uma realidade em diversos ordenamentos jurídicos do mundo.[2] Os dois grandes sistemas de direito, o *common law*[3] e o *civil law*[4], passaram a admitir tal responsabilidade em disposições cada vez mais semelhantes.[5] A aproximação dos dois sistemas parece seguir uma tendência natural nas sociedade contemporâneas. Mas, neste aspecto específico, a aproximação se justifica porque a comunidade internacional reconhece que, sem a responsabilidade das pessoas jurídicas, os governos enfrentariam uma batalha perdida na luta contra a corrupção e outros crimes econômicos complexos.[6]

Segundo relatório de acompanhamento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a instituição de responsabilização para as pessoas jurídicas, de 2016, dentre os 41 países signatários da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais[7], 29 instituíram em seus ordenamentos jurídicos a responsabilidade penal da pessoa jurídica[8]. O Relatório foi elaborado antes da entrada em vigor da Lei 27.401, de 2017, que instituiu a

---

[2] BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 269-327; FREITAS, Vladmir Passos e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66-67 e SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 27-63.

[3] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Tradução de Hermínio A. Carvalho. Coimbra: Meridiano, 1978, p. 327-352 e 385-386. O sistema da *common law* teve sua formação na Inglaterra, por meio da atuação dos Tribunais Reais de Justiça, e influenciou fortemente o direito de sua colônia americana. A racionalidade que orientou a construção do direito inglês é prática, formulada e aplicada para os casos concretos. Em sua origem, a jurisprudência (com a sua regra do precedente) constituiu a principal fonte do direito. Nos dias atuais, a lei já não mais desempenha função secundária no sistema do *common law*.

[4] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo,* p. 55-170. O sistema do *civil law* se formou no continente europeu, com base na tradição romano-germânica, e tendo como fonte principal do direito a lei. Nos dias atuais, os juristas do *civil law* ainda consideram a lei como a estrutura central do ordenamento jurídico, mas também consideram outros fatores para compreender o direito em sua plenitude.

[5] TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, 1995, p. 21.

[6] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report. The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report.* 2016, p. 03. Disponível em http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Liability-Legal-Persons-Foreign-Bribery-Stocktaking.pdf. Acesso em 06 de julho de 2019.

[7] BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em 21 de novembro de 2018.

[8] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report*, p. 23-26. Segundo o relatório, instituíram responsabilidade penal de pessoas jurídicas: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, República Eslovaca, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos da América.

responsabilidade penal da pessoa jurídica na república argentina. Posteriormente ao relatório também surgiu a proposta legislativa que institui a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Alemanha[9], país que constituiu forte referencia para os que são contrários à responsabilização.

Nesse contexto de expansão dos países que preveem responsabilidade penal para pessoas jurídicas, cabe observar que as empresas podem sofrer processos criminais não somente no país de sua sede como também em países estrangeiros. Como referências da possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas em países diversos daqueles em que se situa a sua sede, importa destacar as previsões normativas de extraterritorialidade da responsabilização americana e da responsabilização britânica. Nos Estados Unidos da América, a Lei de Suborno Transnacional - o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA -, e, no Reino Unido, a Lei de Suborno – *United Kingdom Bribery Act* estabelecem extraterritorialidade para as suas jurisdições visando ao combate aos atos de corrupção.

O FCPA[10] foi editado em 1977, proibindo a corrupção de funcionários estrangeiros e exigindo das empresas o cumprimento de regras contábeis que garantam a transparência dos negócios realizados. Segundo o FCPA, a jurisdição norte-americana incide sobre as empresas que emitam valores mobiliários na *Securities and Exchange Commission – SEC –*, que é a Comissão de Valores Mobiliários americana; as empresas que sejam obrigadas a arquivar relatórios contábeis, nos termos do *Securities Exchange Act* de 1934; ou as empresas que sejam organizadas conforme as leis americanas ou em território americano, de modo que os atos de corrupção praticados no contexto de suas atividades sejam apurados por processo criminal. A responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser estabelecida em razão de suborno de funcionário público estrangeiro, se o ato for praticado no território dos Estados Unidos da América ou se o mesmo for praticado por meio de quaisquer instrumentos próprios do comércio transnacional

[9] ALEMANHA. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor. Projeto de lei para fortalecer a integridade empresarial. Disponível em <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html>. Último acesso em 23 de outubro de 2020.

[10] UNITED STATES OF AMERICA. *The Foreign Corrupt Practices Act*. Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998) United States Code. Title 15. Commerce and trade chapter 2B--Securities exchanges. Disponível em https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf. Acesso em 18 de abril de 2019. No Brasil, o capitulo 15 do FCPA foi publicado em português por: CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial: Lei 12.846/2013*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 275-296. Estabelecendo orientação para a aplicação do The Foreign Corrupt Practices Act em condenações à pessoas jurídicas: UNITED STATES OF AMERICA. Sentencing commissiom. *Guidelines manual*. (Nov. 2018). Chapter Eight. Sentencing of Organizations. §8.C.2.5.(f)(g), p. 531-535. Disponível em https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf. Acesso em 22 de julho de 2019.

que passem pelo território americano.[11] Assim, uma empresa pode ser responsabilizada criminalmente com base no FCPA se, por exemplo, utilizar na transação comercial um *e-mail* armazenado em um servidor americano. A maior sanção aplicada para uma empresa com base no FCPA, no valor de US $ 1.104.113.797, foi imposta à Petróleo Brasileiro SA (Petrobras).[12]

Também vale observar que, muito embora a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE preveja, em seu art. 43, a possibilidade de os signatários acordarem para determinar a jurisdição mais adequada, evitando-se múltiplas punições pelo mesmo fato, os Estados Unidos da América não reconhecem obstáculos às punições simultâneas. Como exemplos de incidência conjunta de jurisdições, pode-se citar o caso da empresa francesa Total S.A. de petróleo e gás[13], bem como o caso envolvendo a Siemens[14].

No Reino Unido, em 2010, foi aprovado o *UK Bribery Act*[15] para combater o suborno no exercício de uma função pública, por servidores públicos ingleses ou estrangeiros, bem como o suborno entre particulares, seja no ambiente das relações empregatícias ou em nome de corporações ou coletividade de pessoas. [16] Especificamente sobre a responsabilidade penal da

[11] UNITED STATES OF AMERICA. *The Foreign Corrupt Practices Act*. § 78m. e § 78dd-3. Para maiores esclarecimentos sobre a aplicação do FCPA às empresas estrangeiras: UNITED STATES OF AMERICA. *A resource guide to the guide U. S. Foreign Corrupt Pratices Act.* Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. Disponível em https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf. Acesso em 14 de junho de 2019.

[12] STANFORD LAW SCHOOL. Foreing Corrupt Pratices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Largest U.S. Monetary Sanctions By Entity Group. Disponível em http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html. Acesso em 16 de agosto de 2019.

[13] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Release: *French Oil and Gas Company, Total, S.A, Charged. In the United State and France in Connection with an International Bribery Scheme*. 29 de maio de 2013. Disponível em https://www.justice.gov/opa/pr/french-oil-and-gas-company-total-sa-charged-united-states-and-france-connection-international. Acesso em 16 de agosto de 2019. Neste *release*, as autoridades norte-americanas informam que a empresa francesa Total S. A. de petróleo e gás, que negocia na Bolsa de Valores de Nova Iorque, foi sentenciada pela prática de corrupção tanto nos Estados Unidos quanto na França. Em razão da atuação das autoridades norte-americanas a empresa concordou em pagar uma multa de US$ 245,2 milhões.

[14] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Release: *Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay $450 Million in Combined Criminal Fines*. 15 de dezembro de 2008. Disponível em https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html. Acesso em 16 de agosto de 2019. Neste *release*, as autoridades norte-americanas informam que ações coordenadas entre autoridades americanas e alemãs resultaram em multas de US 1,6 bilhão.

[15] UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. Disponível em https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents. Acesso em 14 de junho de 2019. No Brasil, o *UK Bribery Act* foi publicado em português por: CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial: Lei 12.846/2013*, p. 297-310.

[16] BEAN, Bruce W. e MACGUIDWIN, EMMA H. Expansive Reach–Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010. ILSA *Journal of International & Comparative Law*, vol. 18:2, 2012. Forthcoming;

pessoa jurídica, o *Bribery Act* estabelece o crime, próprio para a pessoa jurídica (organização comercial relevante), de falhar na prevenção de que pessoas a ela vinculadas pratiquem atos de suborno em seu nome.[17] O *UK Bribery Act* estende a jurisdição britânica para além do território do Reino Unido, alcançando todas as empresas (independente do lugar em que estejam estabelecidas) que estabeleçam parcerias comerciais ou realizem negócios em qualquer parte do Reino Unido.[18] Apesar da previsão para um crime próprio para a pessoa jurídica, o *UK Bribery Act* não institui uma teoria do crime que se aplique especificamente às pessoas jurídicas.

A extraterritorialidade da aplicação das normas americanas e britânicas às transações comerciais realizadas em países de cultura muito diferente da cultura jurídica do *common law* tem sido interpretada como manifestação de *imperialismo cultural*.[19]

Considerando que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve se fundamentar em uma infração normativa que lhe é própria, na oportunidade, pretende-se resolver o problema que diz respeito a saber: como instituir normativamente referenciais para o crime próprio da pessoa jurídica?

MSU Legal Studies Reserch Paper nº 10-07. p. 07. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2037200. Acesso em 14 de junho de 2019.

[17] UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. Seção 7, subseção 1. Na tradução constante de CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial: Lei 12.846/2013*, p. 301-302: "Uma organização Comercial Relevante ("C") é culpada de crime, nos termos dessa seção, se uma pessoa ("A") associada a C corrompe outra pessoa, com intenção: (a) De obter ou manter negócio para C, ou; (b) Para obter ou manter vantagem no exercício de negócio em face de C.". Sobre a interpretação do dispositivo: MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010:* Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010), p. 15. Disponível em https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em 14 de junho de 2019. O parágrafo 34 esclarece que: "Only a 'relevant commercial organisation' can commit an offence under section 7 of the Bribery Act. A 'relevant commercial organisation' is de ned at section 7(5)(a) as a body or partnership incorporated or formed in the UK irrespective of where it carries on a business, or an incorporated body or partnership which carries on a business or part of a business in the UK irrespective of the place of incorporation or formation. The key concept here is that of an organisation which 'carries on a business'. The courts will be the nal arbiter as to whether an organisation 'carries on a business' in the UK taking into account the particular facts in individual cases." Disponível em https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em 14 de junho de 2019; e BEAN, Bruce W. e MACGUIDWIN, EMMA H. *Expansive Reach–Useless Guidance*: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010, p. 19-21.

[18] UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. Seção 7, subseção 7 (5) (b) e (d) .82. e BEAN, Bruce W. e MACGUIDWIN, EMMA H. *Expansive Reach–Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*, p. 19. Nos termos da Seção 12 do *Bribery Act* , deve-se entender por Reino Unido a Inglaterra, País de Galés, Escócia e Irlanda do Norte. Nos termos da referida seção, não se inclui no conceito de Reino Unido os territórios ultramarinos britânicos, como Bermuda, Ilhas Falkland ou ilhas exóticas do Atlântico Sul.

[19] BEAN, Bruce W. e MACGUIDWIN, EMMA H. *Expansive Reach–Useless Guidance:* An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010, p. 05.

2. Responsabilidade por crime próprio

A possibilidade de construir normativamente o crime da pessoa jurídica decorre do reconhecimento de que a pessoa jurídica não possui existência no mundo naturalístico, mas apenas no mundo abstrato concebido pela ordem jurídica. A pessoa jurídica é uma construção normativa que confere sentido a uma organização de pessoas.[20] O crime, da mesma forma, não é um dado objetivo da realidade naturalística, mas, sim, uma construção normativa que decorre de uma opção político-criminal.[21]

Normativamente, é possível conceber o crime da pessoa jurídica. O desafio é encontrar a melhor forma de constituir um modelo de autorresponsabilidade penal para a pessoa jurídica.

A experiência já acumulada com a delimitação normativa da responsabilidade penal da pessoa física indica que é necessário estabelecer parâmetros para aos exames distintos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade.

A referência para tais exames é a noção de ação penal, cujo conceito deve ser ampliado, para incluir a atividade da pessoa jurídica. Entre as previsões constitucionais para a responsabilização penal das pessoas jurídicas, o art. 225, § 3º, da Constituição da República do Brasil refere-se expressamente à atividade da pessoa jurídica como violadora da norma jurídica de proteção ambiental.

Cabe observar que o referencial para a teoria do crime da pessoa física, a conduta humana ou a ação penal, não encontra definição em lei. A "ação" de que trata o art. 100 do Código Penal brasileiro é referente à ação processual penal, ou seja, o "instrumento pelo qual o autor exerce o direito de invocar a prestação jurisdicional." [22] A noção jurídica da ação penal que constitui referência para os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade é dada pela doutrina e serve de norte interpretativo para aplicação do direito positivo.

No estágio atual de desenvolvimento da teoria do crime da pessoa física, a noção de ação penal que mais facilmente viabiliza a compreensão da ação penal da pessoa jurídica é fornecida pelo modelo da ação significativa. Vale lembrar que, segundo a concepção significativa da ação, a ação que interessa ao Direito Penal é, essencialmente, um sentido que,

---

[20] LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, p.156; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*, p. 207 e GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 55-57.

[21] PELAEZ, Michelangelo. *Introdução ao estudo da criminologia.* Tradução de Fernando de Miranda. 2 ed., Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 38; CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social.* Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 97.

[22] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 711.

nos termos do direito positivo, pode atribuir-se a determinadas referências (substratos).[23] Nestes termos, a noção de ação penal relega a um segundo plano o suporte físico da ação penal. A perspectiva significativa ressalta que, nos crimes omissivos, o sentido que fundamenta o crime sequer encontra suporte físico. [24]

O uso da linguagem comum, que se apresenta amparado em práticas socialmente estáveis, permite conceber uma noção ampliada de ação penal para incluir a atividade da pessoa jurídica.[25] Nesse contexto, também é possível falar-se em uma ação institucional, como defendeu David Baigún.[26]

De qualquer forma, a definição de ação penal, como referência aos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, não precisa estar na lei. A lei não define a ação penal para o crime da pessoa física. Pode-se afirmar que é até melhor que o conceito de ação não esteja definido na lei, pois a ausência de definição legal permite a aplicação sempre atualizada de seu conceito doutrinário.

Para instituir de maneira clara um modelo de autorresponsabilização da pessoa jurídica, como determina a Constituição brasileira, é necessário que a previsão legal regulamentadora fundamente a responsabilidade em atuação da própria pessoa jurídica, sem fazer qualquer referencia às condutas de pessoas físicas. Também se apresenta importante restringir os crimes que permitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas àqueles cujos danos possam ser potencializados pela atividade da organização. Seguindo a linha estabelecida no Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, pode-se formular proposta restrita aos crimes contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e ao meio ambiente.

A construção normativa básica a instituir tal modelo não apresenta maiores desafios criativos, podendo-se materializar na seguinte proposta:

> *Art. 1º. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pela realização de crime contra a administração pública, a ordem econômico-financeira ou o meio ambiente que lhe possa ser diretamente atribuída.*

---

[23] VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*: acción significativa y derechos constitucionales, p. 221.

[24] MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol, p. 47. A conclusão se fundamenta na posição de Vives Antón, segundo a qual o movimento corpóreo é irrelevante para definir a ação penal: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal penal*: acción significativa y derechos constitucionales, p. 133.

[25] BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidade de personas jurídicas*, p. 95-96.

[26] BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 28 e segs.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade das pessoas físicas.

A proposta é capaz de deixar clara a adoção de um modelo de autorresponsabilidade penal para a pessoa jurídica, fundado em infração que é por ela diretamente realizada, autônoma em relação à infração e à responsabilidade penal da pessoa física.

3. Atividade típica

Um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, fundado em uma teoria do crime da pessoa jurídica, deve resolver incialmente o problema da subsunção da atividade empresarial a um tipo penal incriminador.

A necessidade de subsunção da atividade empresarial a um tipo penal incriminador decorre da garantia fundamental da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República brasileira). Não é possível responsabilizar a pessoa jurídica em razão de um crime que lhe seja diretamente atribuído sem a definição legal do crime da pessoa jurídica.

A teoria do crime da pessoa jurídica, assim, deve conceber a forma mais adequada de relacionar a atividade da pessoa jurídica a cada uma das previsões incriminadoras. Ampliar a interpretação da descrição típica referenciada à conduta humana para alcançar a atividade da pessoa jurídica, sem previsão legal, não é juridicamente possível. A interpretação da previsão incriminadora deve sempre ser restritiva.

3.1 Imputação objetiva

Para resolver o problema da subsunção, incialmente no plano das exigências de natureza objetiva, a primeira alternativa que se apresenta é conceber tipos penais diretamente referidos à atividade da pessoa jurídica. No momento, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer tipo penal incriminador especialmente referido à atividade da pessoa jurídica. As previsões incriminadoras que constavam da Lei 8.974/95[27] e referiam-se à atividade da pessoa jurídica

[27]BRASIL. Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8974.htm. Acesso em 08 de julho de 2019.

(art. 13[28]) foram revogadas pela Lei 11.105/05[29]. Para a teoria do crime que se pode extrair do ordenamento jurídico em vigor no Brasil, o conceito jurídico de pessoa se refere sempre a um ser humano[30], e os tipos penais incriminadores em vigor são sempre referidos à conduta humana.

Para viabilizar a pretendida responsabilidade penal da pessoa jurídica, seria, então, necessário construir novos tipos penais incriminadores ou reformular os que já estão em vigor. A reformulação dos tipos é por demais onerosa e o Projeto de Lei do Senado nº 236/12 que pretende instituir um novo Código Penal não se propõe a realizar tal tarefa.

Outra alternativa, que se apresenta mais viável, é instituir uma norma de extensão típica que estabelecesse a tipicidade da atividade da pessoa jurídica, nos casos já previstos nos tipos penais incriminadores referidos à conduta de pessoas físicas. Cabe lembrar que a proposta do Projeto de Lei do Senado nº 236 pretende responsabilizar pessoas jurídicas por crimes contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente que encontram correspondência com as previsões típicas que já estão em vigor.

A instituição de uma norma de extensão típica não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A concepção do concurso de pessoas está ancorada na norma de extensão subjacente ao art. 29 do Código Penal. Estabelecendo que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas", a previsão normativa estendeu a previsão legal descritiva da conduta proibida em cada um dos tipos incriminadores do ordenamento jurídico para alcançar condutas que lhe prestam apoio e não encontram previsão típica expressa. A mesma

[28] A Lei nº 8.974/95 estabeleceu tipos incriminadores referidos à atividade nos incisos de seu art. 13: I - a manipulação genética de células germinais humanas; II - a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio; III - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível; IV - a intervenção in vivo em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio; V - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

[29] BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42. Acesso em 08 de julho de 2019.

[30] ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Nicarágua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2016, p. 81-83.

técnica legislativa é utilizada no art. 53 do Código Penal Militar.[31] A extensão típica não causa qualquer polêmica, pois estabelecida em lei.

No entanto, esta alternativa não se mostra adequada para resolver o problema, pois permitiria discutir, em sede doutrinaria, quanto à necessidade da dupla imputação. Se a previsão normativa mencionasse que a pessoa jurídica "concorre" para o crime, a disposição legal permitiria sustentar que a responsabilidade da pessoa jurídica somente teria lugar quando houvesse concurso de pessoas, com a realização direta do crime por uma pessoa física. E um modelo de autorresponsabilidade deve fundamentar-se na atuação da própria pessoa jurídica.

Esta alternativa ainda desafia trabalhar com a noção de culpabilidade da pessoa jurídica. A previsão constante do art. 29 do Código Penal estabelece que, no concurso de pessoas, cada um dos concorrentes responde "na medida de sua culpabilidade". Com acerto, a referência legal indica a necessidade de o juízo de reprovação fazer a distinção entre a contribuição de cada um dos participantes do crime. Mas, é necessário conceber a responsabilidade da pessoa jurídica independentemente da responsabilidade da pessoa física.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro existe outra importante norma de extensão típica, mais sofisticada, que se presta a resolver o problema de subsunção ora em exame. Trata-se da norma de extensão que determina considerar como se fosse uma conduta comissiva a conduta omissiva juridicamente relevante, constante do parágrafo 2º do art. 13 do Código Penal e do parágrafo 2º do art. 29 do Código Penal Militar. As referidas disposições legais cumprem a função de atribuir a violação de uma norma incriminadora subjacente a um tipo descritivo cujo verbo nuclear refere-se a uma conduta comissiva. Esta construção evidencia todo o potencial criador da norma jurídica.

A experiência de conformação normativa da omissão imprópria e a consequente caraterização dos crimes comissivos por omissão pode auxiliar na conformação de uma proposta adequada para resolver o problema da reserva legal.

No entanto, não se pode sucumbir à tentação de caracterizar a pessoa jurídica como garantidora em relação às ofensas realizadas pelas pessoas físicas a ela vinculadas. O argumento da posição de garantidor da pessoa jurídica, bastante difundido na doutrina do Direito Penal

[31] O art. 53 e seu parágrafo 1º do Código Penal Militar dispõe que: "Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas. § 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime."

Econômico[32], conduz à formatação de um modelo de responsabilidade que se mostra dependente da realização material da conduta típica por uma pessoa física. Nestes termos, não se pode superar a crítica de que a responsabilidade da pessoa jurídica é formatada como responsabilidade indireta ou por fato de outrem.[33] Pode-se constatar que, na teoria do crime da pessoa física, a doutrina não vê problemas na construção que concebe uma culpa própria, por não ter impedido a atuação ilícita de outrem.

De qualquer forma, a concepção de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica deve fundamentar-se argumentativa e normativamente na violação de um dever que lhe é próprio, em razão de sua própria atuação. No horizonte de sentido da responsabilidade penal da pessoa jurídica por atuação própria, as pessoas jurídicas que intervêm para a realização dos objetivos da pessoa jurídica são fungíveis. Se as pessoas físicas realizarem condutas penalmente relevantes, deverão ser autonomamente responsabilizadas.

Para realizar a caracterização típica da atividade da pessoa jurídica, em um modelo de autorresponsabilidade, também é necessário excluir da previsão normativa qualquer referência à atuação de pessoas físicas. A violação normativa que caracteriza a pessoa jurídica como "infratora" da norma jurídica, nos termos da previsão constitucional brasileira, deve ser violação de dever que é dirigido à própria pessoa jurídica. A responsabilidade da pessoa jurídica não pode fundar-se na violação de dever dirigido a uma pessoa física. A atividade da pessoa jurídica, do mesmo modo, deve orientar-se por decisão institucional, decisão que é tomada conforme os termos da organização institucional, mas que não se confunde com a vontade das pessoas físicas que integram ou administram a pessoa jurídica.

O art. 3º da Lei nº 9.605/95[34], que estabelece os parâmetros para a responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, exige para a responsabilidade da pessoa jurídica, que a infração tenha sido cometida "no interesse ou benefício da sua entidade". Tal exigência evidencia a acolhida dos fundamentos da teoria civilista da responsabilidade objetiva pelo desenvolvimento de atividade de risco, segundo os quais, se a pessoa jurídica recebe os

[32] Por todos, veja-se: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidade criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidade y de sus directivos*: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, p. 59-60 e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*: teoria do crime para pessoas jurídicas, p. 28 e 51.

[33] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 134; e BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidade de personas jurídicas*, p. 87-89.

[34] BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 21 de novembro de 2018.

benefícios da atividade de risco que exerce, quando o risco se transforma em dano, deve ser responsabilizada objetivamente pelo dano produzido.[35] Para os fins de construção de uma teoria do crime da pessoa jurídica também é importante considerar a orientação finalística da atividade empresarial. Embora a pessoa jurídica não apresente o elemento psicológico que orienta a conduta humana, a atividade empresarial é orientada finalisticamente para a realização de determinado objetivo.

O objetivo de obter resultados financeiros positivos não é ilícito e, por isso, não pode fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica. O fundamento da responsabilidade é a violação normativa, que se realiza por meio de atividade empresarial que vise o interesse ou benefício da entidade. A orientação que visa o interesse ou benefício da entidade confere relevância penal à atividade por se sobrepor ao comando normativo.

Nestes termos, pode-se formular a seguinte proposta para uma disposição legal:

> *Art. 2º. A atividade da pessoa jurídica é penalmente relevante quando violar dever que lhe é diretamente dirigido e a decisão institucional que a determinar for motivada pelo interesse ou benefício da entidade.*

A proposta de redação para o dispositivo legal centra atenções exclusivamente na pessoa jurídica. A fórmula que confere tipicidade à atividade da pessoa jurídica é sofisticada, mas consolidada no trato dos crimes omissivos impróprios. A expressão "é penalmente relevante" é utilizada na teoria do crime da pessoa física para atribuir à omissão o significado, a relevância normativa, de uma conduta comissiva típica. A construção normativa é sofisticada porque não diz claramente que determina considerar-se a omissão como se fosse uma ação. Inobstante a sutileza da construção, no Brasil, todos os operadores do direito entendem que o parágrafo 2º do art. 13 do Código Penal e o parágrafo 2º do art. 29 do Código Penal Militar determinam tal consideração. No caso, a proposta teria o condão de determinar que a atividade da pessoa jurídica seja considerada como se fosse a conduta descrita no tipo, para fins de viabilizar a subsunção, sem abrir mão de todas as exigências objetivas estabelecidas no tipo penal incriminador.

[35] BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 316-323; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66-67; MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 427-429; e ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 252-253.

3.2 Imputação subjetiva

A imputação dos elementos subjetivos do tipo à pessoa jurídica, a princípio, parece uma tarefa impossível. A pessoa jurídica não possui os elementos psicológicos que caracterizam a pessoa física.

No entanto, para a superação da dificuldade, deve-se reconhecer que a imputação normativa à pessoa jurídica não difere da que é realizada em relação à pessoa física. Em ambos os casos, a tarefa não diz respeito a constatar a existência de um dado da realidade naturalística. Trata-se de atribuir normativamente classes de crimes, sendo que a natureza da atribuição não difere em razão de ser a pessoa física ou jurídica. A doutrina penal já reconhece que a imputação dos elementos subjetivos do tipo à pessoa física não decorre de constatação sobre o que se passa na cabeça do indivíduo, mas de identificação de um compromisso da conduta com a realização de determinado sentido.[36]

Também importa notar que é a lei que define os critérios de atribuição dos elementos subjetivos do tipo penal incriminador. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal, nos incisos de seu artigo 18, e o Código Penal Militar, nos incisos de seu art. 33, estabelecem critérios de imputação subjetiva. Para a imputação subjetiva em relação à atividade da pessoa jurídica, a lei pode estabelecer critérios que sejam compatíveis com a sua natureza peculiar. E a possibilidade de uma conformação jurídica tanto pode viabilizar a atribuição de tipos incriminadores dolosos como culposos.

A atividade empresarial é tão direcionada finalisticamente quanto a conduta humana. O direcionamento da conduta humana é determinado pelo sistema autopoiético psíquico. O direcionamento da atividade da pessoa jurídica, por sua vez, é determinado pelo sistema autopoiético social. Com base em tais sistemas de direcionamento, é possível estabelecer distintos critérios de imputação subjetiva.[37]

Para a atribuição de tipos dolosos, a referência tradicional à vontade e ao assentimento da pessoa física pode ser adequadamente substituída pela referência à decisão institucional da pessoa jurídica que determina a realização da atividade violadora do comando normativo que

---

[36] VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal:* acción significativa y derechos constitucionales, p. 248-256. No mesmo sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo, p. 304-305; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, p. 227; PUPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 67-68; e BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*, p. 396-410 e *Dolo e significado*, p. 72-77.

[37] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 19-21 e 32-36.

fundamenta a instituição da figura típica ou aceita a sua violação. A tomada de uma decisão institucional se verifica no contexto de consideração das informações disponíveis sobre os aspectos específicos da atividade determinada e os seus possíveis efeitos. O conhecimento institucional[38] acumulado permite a tomada de decisão institucional que considere as consequências diretas e indiretas da atividade determinada.

Da mesma forma como ocorre com a teoria do crime para a pessoa física adotada em nosso ordenamento positivo, a perspectiva subjetiva que basta para caracterizar o tipo doloso realizado pela pessoa jurídica diz respeito à decisão por realizar a atividade violadora da norma. A questão relativa à compreensão sobre a ilicitude da atividade determinada, em razão da mesma conveniência metodológica acolhida para situar a questão na teoria do crime da pessoa jurídica, deve ser examinada no juízo de culpabilidade.

Para a atribuição de tipos culposos, a referência tradicional à desatenção aos deveres objetivos de cuidado pode ser adequadamente substituída pela referência ao defeito de organização. A inobservância dos cuidados pertinentes à realização da atividade empresarial, quando não há deliberação institucional por violar a norma, provem de um defeito de organização da pessoa jurídica.

A noção de defeito de organização é originalmente atribuída[39] a Klaus Tiedemann, que sustentou a possibilidade de conceber uma culpabilidade própria da pessoa jurídica que, embora constitua um conceito jurídico novo, pode ser concebido paralelamente à culpabilidade individual.[40] O argumento da culpabilidade por defeito de organização se tornou importante, muito embora não tenha sido capaz de identificar o defeito concreto que fundamenta a reprovação da pessoa jurídica, tampouco de explicar adequadamente os casos em que as pessoas físicas deliberadamente constituem a pessoa jurídica para o fim específico de dificultar a apuração dos crimes que por meio dela são realizados. Neste último caso, se os crimes não são

[38] BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, p. 79-85.

[39] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general, p. 601; e MATEU, Juan Carlos Carbonell. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. Tradução de Paulo César Busato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

[40] TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In ZAPATERO, Luis Arroyo e MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 39. No mesmo sentido: MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, p. 83-87; ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 172-222; BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p. 106 e SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 108-109.

descobertos ou ficam impunes, não se pode denominar adequadamente a *irresponsabilidade penal organizada*[41] de defeito de organização. Para os fins que realmente orientaram a organização da pessoa jurídica, trata-se de um "acerto", e não de um "defeito". Por isso, o *defeito de organização* não pode constituir fundamento para o juízo de reprovação da culpabilidade. Deve ser identificado como causa da inobservância aos deveres objetivos de cuidado.

O referencial argumentativo do defeito de organização se presta a fundamentar adequadamente o nexo de causalidade típico[42] mas, unicamente no que diz respeito aos tipos culposos. Os tipos culposos se fundamentam na inobservância ao dever objetivo de cuidado. Os tipos dolosos, não.

O significado consolidado pelo uso do termo "defeito" no jogo da linguagem comum indica o melhor aproveitamento do referencial na teoria do crime. Em sua aplicação à organização empresarial, o defeito indica a incorreção, a imperfeição, o desarranjo, a falha do trabalho organizativo.[43] Estas noções se mostram absolutamente incompatíveis com a decisão institucional da pessoa jurídica que determina a realização da atividade violadora do comando normativo que fundamenta a instituição da figura típica ou aceita a sua violação. Não se pode falar em defeito quando a pessoa jurídica determina a realização da atividade considerando as informações que possui e aponta para a violação normativa. Certamente, a decisão institucional por violar a norma não pode ser atribuída a um defeito de organização.

No injusto da pessoa jurídica, o defeito de organização constitui o equivalente teórico-funcional da referência – constante do inciso II do art. 33 do Código Penal Militar – à omissão no emprego da cautela, da atenção, ou da diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, que expressa o critério essencial da atribuição de tipo culposo: a inobservância a dever objetivo de cuidado. No âmbito do injusto culposo, o defeito de organização constitui a falha ou o descuido que dá causa ao resultado jurídico não pretendido.

---

[41] FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J. . Cuestiones basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de outras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, no 27, jul./set. 1999, p. 22.

[42] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas, p. 28 e 51; e SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 191-192 e 199.

[43] DEFEITO. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 685; DEFEITO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 527.

Situar o defeito de organização no âmbito da tipicidade culposa determina, por sua vez, os limites de incidência dos efeitos que um programa de integridade (*compliance programs*) pode produzir. A organização empresarial adequada, que pode ser estabelecida por um programa de integridade (mas, não necessariamente), somente pode constituir medida apta a impedir a inobservância pela pessoa jurídica de seus deveres objetivos de cuidado. Um programa de integridade, por mais bem elaborado e implantado que seja, não é capaz de impedir uma decisão institucional por realizar atividade violadora da norma jurídica. Um programa eficaz impede a inobservância aos deveres objetivos de cuidado. Um programa ineficaz, por outro lado, possibilita a inobservância.

Tratando apenas da imputação dos elementos subjetivos do tipo penal incriminador, pode-se propor dispositivo com a seguinte redação:

> *Art. 3º. Atribui-se o crime:*
>
> *I – doloso, quando a decisão institucional determinar a realização de atividade que viola a norma proibitiva ou aceitar a ocorrência de sua violação; e*
>
> *II – culposo, quando a violação da norma proibitiva decorrer do defeito de organização da entidade.*

A proposta deixa claro que a caracterização dos aspectos subjetivos do tipo penal incriminador decorre de atribuição jurídica, bem como estabelece quais são os critérios a serem observados. A proposta ainda reconhece, no plano normativo, que a atividade desenvolvida por uma pessoa jurídica é sempre orientada por uma decisão institucional, o que já é reconhecido no jogo comum da linguagem. A proposta ainda insere o defeito de organização no âmbito dos crimes culposos, permitindo que a doutrina desenvolva o conceito jurídico que permita a melhor compreensão da relação que se estabelece entre a inobservância dos deveres objetivos de cuidado organizativo e a produção do resultado jurídico. Neste particular, a redação proposta deixa claro que a inobservância ao dever de cuidado organizativo é causa do resultado jurídico e não do resultado naturalístico. Embora ordinariamente, o crime culposo se caracterize pela produção de um resultado naturalístico, há previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, para crime culposo sem resultado naturalístico. Na Lei 9.605/98, o parágrafo único do art. 67, o parágrafo único do art. 68 e o parágrafo 1º do art. 69-A descrevem crimes culposos que não exigem a produção de um resultado naturalístico.

Atendendo a tais parâmetros, a proposta ora concebida permite caracterizar a tipicidade da atividade da pessoa jurídica.

Cabe observar que o Projeto de Lei de Senado 236 inova em relação ao que dispõe o atual Código Penal, deixando de aplicar para as descriminantes putativas a solução oferecida pela teoria limitada da culpabilidade[44]. Nos termos do parágrafo 3º do art. 32 que o Projeto apresenta, o erro sobre o pressuposto fático de uma causa de justificação será tratado como erro de proibição. O dispositivo apresenta a seguinte redação:

> *Erro sobre a ilicitude do fato*
>
> *Art. 32. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a culpabilidade.*
>
> *§ 1º. Se o erro sobre a ilicitude for evitável, o agente responderá pelo crime, devendo a pena ser reduzida de um sexto a um terço.*
>
> *§ 2º. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.*
>
> *§ 3º. Aplica-se o disposto neste artigo às hipóteses em que o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.*

Como o objetivo do presente trabalho se restringe a propor redação para instituir um sistema de autorresponsabilidade penal para a pessoa jurídica, a construção da presente proposta observará a premissa estabelecida no Projeto de Lei para a questão. Contudo, também é possível estabelecer para a pessoa jurídica solução que impeça à atribuição do crime doloso e viabilize a atribuição de crime culposo, se previsto em lei, nos casos em que a decisão institucional considerar equivocadamente situação de fato.

4. Justificação da atividade típica

Um modelo de autorresponsabilidade penal para a pessoa jurídica deve instituir espaço para o exame da ilicitude da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica. Não é possível presumir que, em todas as situações fáticas, a atividade seja ilícita. Como ocorre na teoria do crime da pessoa física, a previsão legal que oportuniza o exame da ilicitude deve centrar-se nas causas de justificação da atividade típica realizada pela empresa.

Com razão, David Baigún concebeu a possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas das causas de justificação consolidadas na doutrina, incluindo a causa supralegal do consentimento do ofendido.[45] O apelo que Baigún nós faz para "*agudizar la imaginación*" perde

[44] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 542.
[45] BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, p. 101-105.

a razão de ser quando a possibilidade de justificar a atividade empresarial encontrar previsão no direito positivo.

O modelo de Baigún não concebeu elementos subjetivos para os tipos permissivos.[46] A dificuldade de reconhecer a existência de uma decisão empresarial compatível com a realização de atividade justificada, no entanto, pode ser superada normativamente. Se é possível atribuir normativamente uma decisão institucional que se concilie com as exigências subjetivas de um tipo incriminador doloso (3.2 supra), também é possível atribuir à pessoa jurídica uma decisão institucional que se concilie com as exigências específicas de cada hipótese permissiva.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer dispositivo relativo ao elemento subjetivo da conduta justificada realizada por uma pessoa física. A exigência doutrinária[47] e jurisprudencial[48] prescinde de qualquer referência normativa. A possibilidade de atribuir à pessoa jurídica uma decisão institucional compatível com a realização da atividade justificada, de mesma forma, prescinde de previsão legal.

Para formalizar a justificação da atividade da pessoa jurídica, é necessário instituir outra norma de extensão, desta vez, para ampliar o alcance dos tipos permissivos. Assim, é possível propor mais um dispositivo, com a seguinte redação:

> *Art. 4º. A atividade da pessoa jurídica pode se justificar nas situações estado de necessidade, legitima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.*

A referência às situações de justificação previstas no ordenamento jurídico para a justificação também indica a necessidade de observar os requisitos estabelecidos para cada uma das situações excepcionais. Viabiliza, ainda, ampliar o alcance da disposição legislativa quanto ao sujeito do fato justificado. Nos tipos permissivos (que definem o estado de necessidade e a legítima defesa), o significado do termo "quem" será ampliado, para incluir a pessoa jurídica como possível sujeito do fato justificado.

---

[46] BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, p. 114-117.
[47] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 425-429.
[48] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0261.11.009.240-8/001. Relatora: Desembargadora Kárin Emmerich. Julgado em 29 de janeiro de 2019.

Guardando coerência com a teoria do crime formulada para a pessoa física, a aplicação de causas supralegais de justificação também é possível diante da compreensão da ilicitude material[49] que fundamenta a caracterização do crime.

5. Culpabilidade corporativa

A partir da noção inicial lançada por Klaus Tiedemann[50] muitos esforços foram desenvolvidos pela doutrina para conceber uma culpabilidade da pessoa jurídica ou uma culpabilidade corporativa.[51] [52]

No contexto da teoria do crime para a pessoa física, pode-se constatar que o conceito jurídico de culpabilidade não encontra definição legal no ordenamento jurídico brasileiro. Com base nas referências legais à culpabilidade (arts. 29 e 59 do Código Penal), os operadores do direito argumentam com as diversas construções doutrinárias, para realizar o juízo individualizado de reprovação das pessoas físicas. Com a responsabilidade da pessoa jurídica, não há necessidade de ser diferente.

Mesmo sem definir o conceito de culpabilidade, o ordenamento jurídico estabelece as premissas básicas para o juízo de reprovação da pessoa física. Nesse sentido, tanto o Código Penal comum (arts. 21, 26 a 28) como o Código Penal Militar (arts. 48 a 50) brasileiros estabelecem expressamente as premissas da imputabilidade e da consciência da ilicitude que devem ser observadas para a responsabilização das pessoas físicas.

---

[49] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 413-416.

[50] TIEDEMANN, Klaus. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*, p. 39.

[51] MATEU, Juan Carlos Carbonell. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol, p. 53-57; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general, p. 605-607; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 61-62. No mesmo sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidade criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidade y de sus directivos*: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, p. 61; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 194-203; MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, p. 83-87; ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 172-222; BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p. 106 e SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 108-109.

[52] Muito esforços também foram desenvolvidos para negar a possibilidade jurídica de conformar uma culpabilidade penal para a pessoa jurídica; Nesse sentido: BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, p. 119 e CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidade colectiva en el Derecho pena*l: critica y proposta de uma responsabilidad estructura de la empresa. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 37-151.

Para estabelecer normativamente um modelo de autorresponsabilidade penal para a pessoa jurídica, é necessário que a lei, igualmente, estabeleça as premissas para o juízo de reprovação.

A primeira premissa diz respeito à imputabilidade da pessoa jurídica. Não se podendo adotar o critério biopsicológico utilizado para a pessoa física e considerando que, a princípio, todas as pessoas jurídicas de direito privado instituídas nos termos da lei poderão ser responsabilizadas, pode-se instituir um critério de imputação referenciado ao início da existência formal da pessoa jurídica.

Nos termos do art. 45 do Código Civil brasileiro, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado tem início com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo.

Também é necessário considerar a possibilidade de a extinção da pessoa jurídica constituir manobra para impedir a sua responsabilização penal. Considerando pertinente impedir a irresponsabilidade em tais casos, pode-se propor dispositivo legal com a seguinte redação:

> *Art. 5º. A pessoa jurídica é imputável desde a sua constituição formal.*
>
> *Parágrafo único. Extinta a pessoa jurídica posteriormente ao fato criminoso, com a finalidade de evitar ou mitigar os efeitos da aplicação da lei penal, o juiz poderá determinar que as penas sejam aplicadas à pessoa jurídica que a suceder.*

Contudo, a imputabilidade não constitui o único problema que se apresenta necessário enfrentar para responsabilizar a pessoa jurídica por meio de um modelo de autorresponsabilidade. Também é necessário considerar a possibilidade de a decisão institucional, diante do exame jurídico que realiza, com base no conhecimento institucional acumulado[53], errar quanto à ilicitude da atividade empresarial que determina. O juízo de conciliação/confronto que a pessoa jurídica realiza entre a atividade que decidiu realizar e o ordenamento jurídico pode ser tão equivocado quanto pode ser o juízo de conciliação/confronto que a pessoa física realiza.

Quanto à possibilidade de a pessoa jurídica evitar o erro de proibição, com os recursos humanos e tecnológicos de que dispõe, o problema não difere do que se apresenta em relação à pessoa física. Nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código Penal brasileiro, "considera-

[53] BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, p. 79-85.

se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.” A mesma orientação pode ser utilizada para tratar da questão em relação ao erro da pessoa jurídica. Considerando que, mesmo no jogo da linguagem comum, é mais difícil conceber uma *consciência* da pessoa jurídica, pode-se utilizar a palavra *compreensão* para referir à informação institucional indicativa da ilicitude da atividade empresarial.

Para que a pessoa jurídica possa bem compreender o significado jurídico das atividades que realiza, é necessária uma boa organização no trato das informações e na estruturação de uma equipe jurídica. Estas questões podem e devem ser equacionadas em um programa de integridade que vise evitar a prática de crimes pela pessoa jurídica e a sua consequente responsabilização. Certamente, quanto melhor a organização empresarial, maior as chances de a pessoa jurídica *compreender* a ilicitude da atividade empresarial desenvolvida. Nesta perspectiva, a existência de um programa de integridade adequado tanto pode impedir a ocorrência do crime pela pessoa jurídica quanto inviabilizar a defesa com base na alegação de erro.

A inserção de uma atenuante da responsabilidade penal da pessoa jurídica em razão da existência de um programa de integridade constitui opção política do legislador. A opção parece conveniente. Por um lado, estimula as medidas de prevenção empresarial; por outro, possibilita a constituição de material probatório sobre os esforços da pessoa jurídica, para evitar a prática criminosa.

A possibilidade de instituir a atenuação de pena da pessoa jurídica em razão da existência de um programa de integridade não se relaciona, necessariamente, com a instituição de um modelo de autorresponsabilidade. Caso acolhida a opção pela atenuação, sua regulamentação deverá ocorrer pela inserção de mais um dispositivo legal que trate das circunstâncias atenuantes.

Com base em tais reflexões, para instituir um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica adequado, torna-se necessário conceber disposição normativa específica para tratar do problema relativo à compreensão pela pessoa quanto à ilicitude da atividade que realiza. Assim, pode-se propor um dispositivo com a seguinte redação:

> *Art. 6º. O desconhecimento institucional sobre a regulamentação da atividade é inescusável. O erro sobre a ilicitude da atividade, se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, o juiz poderá diminuir proporcionalmente a pena a ser imposta.*

> *Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se a pessoa jurídica decide por realizar a atividade sem a compreensão de sua ilicitude, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa compreensão.*

No dispositivo proposto consta expressamente que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade. A fórmula é tecnicamente mais adequada do que a que consta do Código Penal brasileiro em vigor, segundo a qual erro de proibição inevitável isenta de pena (art. 21).

Os parâmetros propostos para a redução de pena não estão definidos, pois as penas concebidas para a pessoa jurídica não permitem utilizar os mesmos parâmetros que são utilizados para o erro de proibição evitável da pessoa física. Registrando que o juiz poderá diminuir proporcionalmente a pena a ser imposta, pretende-se deixar claro que haverá imposição de pena à pessoa jurídica.

6. Concurso de pessoas

A preocupação com a questão do concurso de pessoas envolvendo uma pessoa jurídica já existe diante do que dispõe o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.605/98, segundo o qual "a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato." Na doutrina relevante, há quem sustente a possibilidade (necessidade) do concurso de pessoas entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física[54], bem como quem sustente a impossibilidade de reconhecer-se juridicamente uma unidade de contexto que possa reunir as diversas contribuições para a ocorrência do crime[55].

A previsão normativa constante da Lei 9.605/98 é dúbia, e o problema se repete no Projeto de Lei do Senado 236. O parágrafo 1º do art. 39 do Projeto dispõe que "a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas." Na doutrina, pode-se constatar opinião no sentido de que esta referência indica a possibilidade do concurso entre pessoas físicas e jurídicas, o que sinalizaria para um modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.[56]

[54] SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 166-173.
[55] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 208-209.
[56] BUSTATO, Paulo César. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto de novo Código Penal Brasileiro*, p. 113-116.

Uma interpretação contextualizada dos dispositivos, *data venia*, leva a concluir pela impossibilidade do concurso. Cabe lembrar que a previsão constante da Lei 9.605/98, bem como a que consta do Projeto de Lei, deve ser interpretada no contexto de um modelo de heterorresponsabilidade atualmente em vigor no qual apenas a pessoa física comete crime. O concurso de pessoas em tal modelo é impossível, porque a pessoa jurídica não comete o crime, sendo responsabilizada pelo crime cometido pela pessoa física. Nestes termos, a única interpretação que se apresenta adequada (coerente) para o disposto no parágrafo 1º do art. 39 do Projeto sinaliza para o tratamento do concurso de pessoas que se estabelece somente entre as pessoas físicas que concorrem para o crime. Se o *caput* do art. 39 estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica por fato realizado por pessoa(s) física(s), não é possível entender pela possibilidade de coautoria ou participação de uma pessoa jurídica na realização do crime. Deve-se entender que o dispositivo esclarece que a responsabilidade das pessoas jurídicas é independente e não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, sejam elas autoras, coautoras ou partícipes, entre si, do fato que materializou a infração normativa.

No contexto de um modelo de autorresponsabilidade, contudo, a perspectiva é outra. Se há previsão normativa para um crime realizado pela própria pessoa jurídica, é possível conformar um concurso entre pessoas jurídicas, bem como entre pessoas jurídicas e pessoas físicas.

O concurso entre pessoas jurídicas que concorrem para a realização de um mesmo crime é uma consequência natural da concepção normativa que institui o crime da pessoa jurídica e concilia-se com a dinâmica de interação entre os entes coletivos para o melhor desempenho de suas atividades. É aconselhável que a previsão legal deixe claro que a contribuição conjunta de pessoas jurídicas para a realização de objetivos comuns leva à caracterização de um único crime (nos termos de uma teoria monista[57]), bem como que a reprovação de cada uma das pessoas jurídicas obedece ao mandamento constitucional de individualização da pena.

A convergência de contribuições entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física também deve ser considerada como uma consequência natural da impossibilidade de a pessoa jurídica realizar materialmente a atividade empresarial. Sempre haverá uma relação funcional entre a pessoa jurídica que decide por realizar uma determinada atividade e a pessoa física que lhe é subordinada e realiza materialmente a atividade.

[57] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 564-565.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser autônoma em relação à responsabilidade penal da pessoa física, sendo decorrente da satisfação de requisitos diversos. Mesmo estando a conduta da pessoa física vinculada à atividade da pessoa jurídica e o ordenamento jurídico admitindo que ambas cometem crime, a conformação jurídica do concurso de pessoas constitui uma opção política. A questão não comporta uma solução jurídica necessária, obrigatória, mas, sim, decorrente de opção política.

Se a opção política acolhida for no sentido de estabelecer o concurso entre a pessoa jurídica e a pessoa física, é juridicamente possível ampliar a noção do instituto para incluir a hipótese. Tal encaminhamento exigiria maior esforço criativo para superar as dificuldades de conciliação entre as peculiaridades que distinguem a atividade da pessoa jurídica e a conduta da pessoa física. E não parece, *data venia*, que a opção política seja conveniente.

O parágrafo único do art. 2º da Lei 9.605/98, como também o parágrafo 1º do art. 39 do Projeto, ressalta a independência da responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação à responsabilidade da pessoa física. E esta é a questão que se coloca importante.

Muito embora exista na doutrina uma concepção de concorrência mista, reunindo no concurso de pessoas a convergência das contribuições de pessoas jurídicas e físicas [58] , o interesse prático da construção é viabilizar, por meio da comparação da importância de cada contribuição, a individualização da reprimenda penal. No que diz respeito à individualização da pena em relação aos sujeitos que concorrem para um mesmo crime, convém estabelecer comparação entre situações que se mostrem essencialmente semelhantes. Em outras palavras, pode-se fundamentar adequadamente a individualização da reprovação com base na comparação de condutas distintas, realizadas por pessoas físicas individualmente consideradas em seu contexto. Da mesma forma, pode-se fundamentar adequadamente a individualização da reprovação com base na comparação de atividades distintas, realizadas por pessoas jurídicas distintas, cada uma considerada em seu contexto. Não parece possível estabelecer uma comparação adequada entre a atividade da pessoa jurídica e a conduta da pessoa física.

A possibilidade de estabelecer uma comparação adequada entre as atividades das pessoas jurídicas, como já ocorre na comparação entre as condutas das pessoas físicas, indica a conveniência de conceber um concurso de pessoas apenas entre pessoas jurídicas e outro apenas entre pessoas físicas.

[58] BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, p. 208-218.

Para que tal situação fique clara na legislação, é possível sugerir dispositivo com a seguinte redação:

> Art. 7º. A pessoa jurídica que, de qualquer modo, concorre para o crime de outra pessoa jurídica incide nas penas a este cominadas, na medida de sua própria culpabilidade.
>
> Parágrafo único. Se a participação pessoa jurídica for de menor importância, o juiz poderá diminuir, proporcionalmente, a pena a ser imposta.

As disposições propostas permitem a caracterização do concurso entre pessoas jurídicas, bem como, com base na comparação entre a contribuição da cada uma delas para a realização conjunta do crime, a redução da pena para a pessoa jurídica cuja contribuição seja considerada de menor importância. Considerando que a pessoa jurídica não pode sofrer privação da liberdade, a previsão permite ao juiz individualizar a pena em qualquer das hipóteses de apenação para a pessoa jurídica.

A proposta não repercute efeitos nas regras existentes para o concurso de pessoas físicas, que pode ocorrer paralelamente ao concurso de pessoas jurídicas.

7. Dosimetria da pena

A culpabilidade é o elemento da teoria do crime que estabelece transição para a teoria da aplicação da pena.[59] Por isso, os arts. 29 e 59 do Código Penal comum e o parágrafo 1º do art. 53 do Código Penal Militar brasileiros vinculam a dosimetria da pena à culpabilidade. Com relação à pessoa jurídica, é necessário estabelecer as referências fundamentais da culpabilidade que se prestem a orientar a aplicação da pena. Em razão da natureza peculiar da pessoa jurídica, os critérios de reprovação deverão ser objetivos. Desta forma, para tratar do tema, pode-se propor dispositivos com a seguinte redação:

> *Art. 8º. A pena-base a ser aplicada à pessoa jurídica será fixada atendendo-se à gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*
>
> *Parágrafo único. Para a imposição e gradação da pena de multa, o juiz observará a situação econômica do infrator.*

[59] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 735-742.

Nestes termos, ficam estabelecidos os parâmetros de avaliação da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena e indicadas as demais circunstâncias previstas no Código Penal para a avaliação das fases subsequentes. [60]

8. Aplicação subsidiária das normas relativas à pessoa física

Para inserir completamente o modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto regulamentador constante da parte geral do Código Penal, de modo a permitir expressamente a aplicação dos demais institutos conformadores da responsabilidade penal, como os institutos da tentativa, do concurso formal, do crime continuado e da prescrição, por exemplo, é necessário inserir uma outra previsão específica.

A elaboração de um dispositivo que cumpra tal função não apresenta maior complexidade, de modo que pode apresentar a seguinte redação:

> *Art. 9º. As regras gerais Código Penal aplicam-se à pessoa jurídica, salvo quando houver incompatibilidade em razão de sua natureza peculiar.*

A proposta encontra inspiração no disposto no art. 12 do Código Penal brasileiro e no art. 13 proposto pelo Projeto de Lei do Senado 236.

9. Proposta de construção legislativa

A reflexão desenvolvida teve como objetivo construir uma proposta legislativa que possa instituir um modelo de autorresponsabilidade penal para a pessoa jurídica compatível com a previsão constante do parágrafo 3º do art. 225 da Constituição da Republica Federativa do Brasil. Pode ser utilizada no contexto de qualquer outro ordenamento jurídico que preveja a responsabilização penal da pessoa jurídica, sem estabelecer os parâmetros para o crime da própria pessoa jurídica.

Consolidando as proposições anteriormente apresentadas, apresenta-se a seguinte proposta para a instituição das referências normativas para o crime da pessoa jurídica:

Responsabilidade da pessoa jurídica

[60] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 726-730. No registro, sustenta-se que a culpabilidade orienta o juízo de reprovação penal nas três fases da dosimetria da pena, com a ressalva das hipóteses de diminuição em razão da tentativa e aumento em razão do concurso formal e do crime continuado.

> *Art. 1º. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pela realização de crime contra a administração pública, a ordem econômico-financeira ou o meio ambiente que lhe possa ser diretamente atribuído.*
>
> *Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade das pessoas físicas.*
>
> *Art. 2º. A atividade da pessoa jurídica é penalmente relevante quando violar dever que lhe é diretamente dirigido e a decisão institucional que a determinar for motivada pelo interesse ou benefício da entidade.*
>
> *Art. 3º. Atribui-se o crime:*
>
> *I – doloso, quando a decisão institucional visar a realização de atividade que viole a norma incriminadora ou aceitar a ocorrência de sua violação; e*
>
> *II – culposo, quando a violação da norma proibitiva decorrer do defeito de organização da entidade.*
>
> *Art. 4º. A atividade da pessoa jurídica pode se justificar nas situações estado de necessidade, legitima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.*
>
> *Art. 5º. A pessoa jurídica é imputável desde a sua constituição formal.*
>
> *Parágrafo único. Extinta a pessoa jurídica posteriormente ao fato criminoso, com a finalidade de evitar ou mitigar os efeitos da aplicação da lei penal, o juiz poderá determinar que as penas sejam aplicadas à pessoa jurídica que a suceder.*
>
> *Art. 6º. O desconhecimento institucional sobre a regulamentação da atividade é inescusável. O erro sobre a ilicitude da atividade, se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, o juiz poderá diminuir proporcionalmente a pena a ser imposta.*
>
> *Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se a pessoa jurídica decide por realizar a atividade sem a compreensão de sua ilicitude, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa compreensão.*
>
> *Art. 7º. A pessoa jurídica que, de qualquer modo, concorre para o crime de outra pessoa jurídica incide nas penas a este cominadas, na medida de sua própria culpabilidade.*
>
> *Parágrafo único. Se a participação da pessoa jurídica for de menor importância, o juiz poderá diminuir, proporcionalmente, a pena a ser imposta.*
>
> *Art. 8º. A pena-base a ser aplicada à pessoa jurídica será fixada atendendo-se à gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*
>
> *Parágrafo único. Para a imposição e gradação da pena de multa, o juiz observará a situação econômica do infrator.*
>
> *Art. 9º. As regras gerais do Código Penal aplicam-se à pessoa jurídica, salvo quando houver incompatibilidade em razão de sua natureza peculiar.*

A proposta pode ser materializada em uma lei específica que disponha sobre a teoria do crime para a pessoa jurídica ou por inclusão de dispositivos no Código Penal. Neste último caso, os dispositivos poderiam ser inseridos com letras maiúsculas crescentes em ordem

alfabética no contexto do art. 12, de modo a termos o primeiro dos artigos propostos como artigo 12-A, seguindo-se dos demais até a inclusão do nono dispositivo proposto (art. 12-I).

Com a presente proposta, pretende-se obter o resultado prático de contribuir para a consolidação de um sistema jurídico seguro para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por infração a dever jurídico que lhe seja diretamente dirigido, no cenário de enfrentamento dos crimes mais complexos de nossa sociedade contemporânea.

10. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ALEMANHA. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor. Projeto de lei para fortalecer a integridade empresarial. Disponível em: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html>. Acesso em 06 jan. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BAIGÚN, David. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico).* Buenos Aires: Depalma, 2000.

BALCARCE, Fabián I.; BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Montevidéo/Buenos Aires: BdeF, 2016.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BEAN, Bruce W.; MACGUIDWIN, Emma H. Expansive Reach–Useless Guidance: an introduction to the U.K. Bribery Act 2010. ILSA *Journal of International & Comparative Law*,

vol. 18:2, 2012. Forthcoming; MSU Legal Studies Reserch Paper nº 10-07. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2037200. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 21 nov. 2018.

___. *Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8974.htm. Acesso em: 8 jul. 2019.

___. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 21 nov. 2018.

___. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42. Acesso em: 8 jul. 2019.

___. Projeto de Lei do Senado nº 236. Atual Relator: Senador Rodrigo Pacheco. Segunda emenda substitutiva do Senador Vital do Rego. Versão final apresentada em 17 de dezembro de 2014 disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518180&ts=1560373276323&disposition=inline. Último acesso em 03 de agosto de 2019.

BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidade de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

___. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

___. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial*: Lei 12.846/2013. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Coimbra: Meridiano, 1978.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de política criminal*. n. 65, Madri: Edersa, 1998. (p. 269-364)

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FREITAS, Vladmir Passos; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 13. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
___. 4ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*: teoria do crime para pessoas jurídicas. Tradução de Carolina de Freitas Paladino, Cristina Reindolff da Motta e Natália de Campos Grey. Seção Paulo: Atlas, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Francisco Nuñoz Conde e Luís Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance*, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61/122.

MARTIN, Adán Nieto e MORENO, Beatriz García. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado. In: MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo e GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 635-662.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014. 709 p.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. Tradução de Paulo César Busato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 1.0261.11.009.240-8/001*. Relatora: Des. Kárin Emmerich. Julgado em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=820643CBEC906AFB059083C639A0DE9E.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0261.11.009240-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 2 dez. 2019.

MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010:* Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from

bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). Disponível em: https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery*: A Stocktaking Report. 2016. Tabela 1, p. 23-26. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Liability-Legal-Persons-Foreign-Bribery-Stocktaking.pdf . Acesso em: 06 jul. 2019.

PELAEZ, Michelangelo. *Introdução ao estudo da criminologia.* Tradução de Fernando de Miranda. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

PUPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Manole, 2002. 152 p.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. 258 p.

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

STANFORD LAW SCHOOL. Foreing Corrupt Pratices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. *Largest U.S. Monetary Sanctions By Entity Group*. Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html. Acesso em: 16 ago. 2019.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 11, 1995. p. 21-35.

___. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 31-42.

UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010.* Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents. Acesso em: 14 jun. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. *A resource guide to the guide U. S. Foreign Corrupt Pratices Act.* Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. Disponível em: https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

___. Department of Justice. Release: *French Oil and Gas Company, Total, S.A, Charged. In the United State and France in Connection with an International Bribery Scheme*. 29 de maio de 2013. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/pr/french-oil-and-gas-company-total-sa-charged-united-states-and-france-connection-international. Acesso em: 16 ago. 2019.

___. Department of Justice. Release: *Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay $450 Million in Combined Criminal Fines*. 15 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html. Acesso em: 16 ago. 2019.

____. Sentencing Commission. *Guidelines Manual*. (Nov. 2018). Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf . Acesso em: 22 jul. 2019.

__. *The Foreign Corrupt Practices Act*. Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998) United States Code. Title 15. Commerce and trade chapter 2B–Securities exchanges. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Nicarágua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidade criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidade y de sus directivos:* análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Novo projeto de lei alemão de transposição da diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União (*whistleblowers*)

New german bill to transpose the directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting violations of Union law (whistleblowers)

Dr.a Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Whistleblowers desempenham papel de importância na sociedade quando denunciam irregularidades ocorridas em seu local de trabalho. É responsabilidade do Estado cuidar para que aqueles que desempenham um dever cívico sejam protegidos ao arriscarem bens constitucionalmente protegidos, como a liberdade de expressão e a vida, sua própria e de suas famílias. Através da transposição da Diretiva Européia de Proteção a Pessoas que Denunciam Violações aos Direitos da União, o novo Projeto de Lei alemão objetiva melhorar a proteção de denunciantes de forma efetiva e sustentável na República Federal da Alemanha. O artigo ilustra os principais aspectos do projeto, sem pretender exaurir seu conteúdo.

Palavras-Chave: Projeto de Lei, Alemanha, Transposição, *Whistleblower*, Proteção, Sustentabilidade.

Abstract: Whistleblowers play an important role in society when they report misconducts in their workplace. It is the state's responsibility to make sure that those who perform a civic duty are protected when they risk constitutionally protected goods such as freedom of expression and life, their own and their families' lives. By transposing the European Directive on the

[1] A autora é *Director Compliance* na *Infineon Technologies AG* em Munique, Alemanha e pode ser encontrada no endereço de e-mail: internationalcompliance.contact@gmail.com.
Esse artigo reflete exclusivamente a opinião pessoal da autora e não necessariamente a da empresa em que trabalha ou de terceiros por ela representados.

Protection of Whistleblowers, the new German bill aims to improve the protection of whistleblowers in an effective and sustainable manner in the Federal Republic of Germany. The article illustrates the main aspects of the bill, without claiming to exhaust its content.

Key Words: Federal Bill, Germany, Transposition, Whistleblower, Protection, Sustainability.

1. Introdução

A Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de Proteção a Pessoas (*whistleblowers*)[1] que Denunciam Violações ao Direito da União[2] foi publicada em 26 de novembro de 2019 e entrou em vigor no mês de dezembro do mesmo ano[3]. Os legisladores europeus contaram no âmbito nacional com dois anos[4] para transpor as disposições desta diretiva para as regulamentações nacionais de proteção aos denunciantes.[5]

Em atraso há quase 6 meses, o projeto de lei alemão de transposição da Diretiva Européia de Proteção à Whistleblowers em lei nacional objetiva melhorar a proteção de denunciantes de forma efetiva e sustentável na República Federal da Alemanha.

De acordo com a exposição de motivos do Ministério da Justiça, a proteção de denunciantes é atualmente incompleta e inadequada.[6] Embora denunciantes ocupem um papel pivotal na contribuição e punição de delitos, não há como negar a existência de repetidos casos em que os mesmos foram prejudicados como resultado de denúncias ou divulgação de irregularidades. O objetivo do Projeto de Lei é, dessa forma, excluir essas desvantagens e dar segurança jurídica aos denunciantes. Assim, o mesmo visa conciliar o objetivo de melhorar a proteção dos denunciantes com os interesses das empresas e da administração pública, que são

[1] Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União.

[2] Direito da União entendido como Direito da União Européia.

[3] A Diretriz Europeia entrou em vigor no dia 16 de dezembro de 2019.

[4] Até o dia 17 de dezembro de 2021, todos os países da União Européia teriam que haver transposto as disposições da Diretiva em seus ordenamentos jurídicos nacionais.

[5] Resolution 2300, 2019, Improving the protection of whistleblowers all over Europe: All EU member countries will be legally required to transpose this directive into their national law within two years from its entry into force. However, the member States of the Council of Europe that are not, or not yet, members of the EU also have a strong interest in drawing on the draft directive with a view to adopting or updating legislation in accordance with the new European standards.

[6] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 1, 2022.

obrigadas a tomar medidas de proteção a whistleblowers, de tal forma que a carga burocrática permaneça administrável.[7]

2. Requisitos legais atuais

Até o presente momento, empregados e funcionários que relatam violações reais ou alegadas da lei às autoridades competentes estão sujeitos à regras gerais. Entre elas destaca-se em particular, o comportamento ancorado no Direito das Obrigações, § 241 (2) do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), segundo o qual a obrigação pode, de acordo com o seu conteúdo, obrigar cada parte a ter em consideração os direitos, interesses legais e interesses da outra parte, dando prioridade aos esclarecimentos internos, para que a empresa em questão não seja prejudicada por denúncias ou divulgações prematuras feitas a terceiros.[8]

De acordo com a lei do funcionalismo público, a denúncia interna só é permitida no exercício adequado do direito de queixa do servidor público e no exercício do dever de consulta e do direito de manifestação ou do dever de repreensão.[9] Entretanto, as disposições legais não regulamentam explicitamente quando o exercício de deveres cívicos supera o dever de confidencialidade e lealdade para com o empregador ou o Estado e, portanto, justifica a revelação de delitos.

A Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) tratou da proteção dos denunciantes e em decisão histórica no caso *Heinisch*, estabeleceu conclusões sobre o equilíbrio entre os interesses de empregadores e empregados.[10]

Em 2003, uma enfermeira em um lar de idosos havia relatado repetidamente a falta de pessoal, além de condições insustentáveis de atendimento, primeiro a seu empregador, depois à autoridade supervisora do lar de nível superior.[11] A autoridade supervisora encontrou sérias deficiências nos cuidados prestados. Como o empregador não tomou nenhuma medida para remediar as irregularidades, a enfermeira apresentou uma queixa criminal por fraude contra os

[7] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 1, 2022.
[8] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[9] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[10] EGMR, Decisão de 21.07.2011 - 28274/08 (*Heinisch/Deutschland*), NZA 2011, S. 1269, Rn. 61 ff.
[11] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.

responsáveis.[12] O Ministério Público desistiu do oferecimento da ação e a enfermeira foi demitida por seu empregador.[13] O despedimento resistiu ao escrutínio do tribunal do trabalho.[14] Em julho de 2011, a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu que houve uma violação do Artigo 10 (liberdade de expressão) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos.[15] A CEDH confirmou o dever de lealdade, à restrição e à confidencialidade da funcionária para com seu empregador e descreveu a divulgação da irregularidade como "último recurso".[16] No contexto do teste da proporcionalidade, foram levados em conta o interesse público na informação, sua veracidade, os cursos alternativos de ação da funcionária e também as razões para a atuação da mesma.[17]

As circunstâncias deste caso, os relatórios internos anteriores mal sucedidos apresentados pela denunciante, a reação do empregador, assim como a duração do trâmite processual exemplificam a necessidade de regulamentos legais claros para os denunciantes.[18] Para os últimos, os atuais critérios difusos existentes para o oferecimento de "denúncia" permissível, continuam sendo um risco considerável quando eles denunciam uma violação legal a organismos externos.[19]

[12] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[13] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[14] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[15] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[16] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 30, 2022.
[17] EGMR, Decisão de 21.07.2011 - 28274/08 (*Heinisch/Deutschland*), NZA 2011, S. 1269, Rn. 61 ff.
[18] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.
[19] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

Desde então, os tribunais alemães de jurisdição civil e trabalhista têm se orientado repetidamente no parâmetro estabelecido pela Corte Européia de Direitos Humanos.[20] É sabido, no entanto, que decisões isoladas não trazem segurança jurídica para whistleblowers.[21]

Ao transpor a Diretiva Européia de Proteção a Whistleblowers e codificar os princípios estabelecidos pela jurisprudência, o Projeto de Lei de Proteção a Denunciantes visa trazer clareza jurídica sobre quando e por quais disposições denunciantes estão protegidos ao revelar violações. Isto é, ao mesmo tempo, útil e importante para os órgãos empresariais e administrativos que têm que lidar com denúncias sobre infrações e tomar medidas certas no dia-a-dia.

Mesmo quando amparados por impecável acessoria jurídica, possíveis denunciantes não têm condições de avaliar antecipadamente na Alemanha e de forma confiável, ou seja, no momento em que têm de decidir se devem ou não chamar a atenção para uma má prática observada, se estão ou não agindo conforme à lei, informando as autoridades competentes.[22] Isto gera um risco considerável para whistleblowers, que desejam revelar más condutas ou até mesmo crimes cometidos.[23]

Entretanto, observa-se que a situação legal vem mudando no que toca à implementação de requisitos legais europeus para setores individuais e especificamente na área de serviços financeiros. Em alguns casos, os regulamentos e diretrizes relevantes da União Européia contêm disposições sobre a proteção dos denunciantes ou sobre mecanismos de denúncia de violações, que foram transpostas para a legislação nacional de acordo com isso. De particular importância neste contexto podem ser elencados os regulamentos para empresas supervisionadas por

[20] Compare BAG, de 31.07.2014, NZA 2015, P. 245, Rn. 63; BAG de 21.09.2011, NZA 2012, P. 317, Rn. 33; BAG de 14.12.2011, AP BGB § 667 Nr. 2, Rn. 23; LAG Düsseldorf de 04.03.2016, BeckRS 2016, P. 68431, Rn. 49; LAG Köln de 05.07.2012, BeckRS 2012, P. 75713; LAG Schiewig-Holstein de 20.03.2012, BeckRS 2012, P. 68879; LAG Berlin-Brandenburg de 07.11.2013, BeckRS 2014, P. 74315, LAG Rheinland-Pfalz de 17.11.2016, BeckRS 2016, P. 11264o, Rn. 37; LAG Rheinland-Pfalz de 15.05.2014, BeckRS 2014, P. 70644; LAG Hamm de 15.03.2013, BeckRS 2013, P. 69437; LAG Rheinland-Pfalz de 15.04.2019, BeckRS 2019, 20971, Rn. 57; LAG München de 29.07.2020, juris Rn. 122; OLG Frankfurt de 08.05.2014, NZA-RR 2014, 437.

[21] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[22] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[23] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

controladores de serviços financeiros, de acordo com a lei de supervisão desses serviços (*Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz* - FinDAG).[24]

Internacionalmente a proteção à whistleblowers vem sendo debatida com maior intensidade ao longo dos anos, sobretudo no que diz respeito à proteção garantida para que a corrupção possa ser impedida ou ao menos mitigada.[25]

Em 1999, a Convenção Civil sobre Corrupção, concluída no Conselho da Europa, estabeleceu pela primeira vez regras internacionais gerais no campo do Direito Civil e da corrupção.[26] A Convenção entrou em vigor em 2003 e sua implementação é monitorada pelo chamado Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO).[27] O artigo 9 da Convenção estabelece que "funcionários" que, de boa fé, denunciam uma suspeita razoável de corrupção às pessoas ou autoridades competentes, devem ser adequadamente protegidos contra danos injustificados.[28] A República Federal da Alemanha, ao contrário de quase todos os outros Estados Membros da União Européia, não ratificou a Convenção, já que tal proteção abrangente não existe sob à luz do direito alemão.[29]

A Convenção Civil sobre Corrupção, acompanhada por uma convenção correspondente no campo do Direito Penal, previu em seu artigo 22 a proteção eficaz e adequada das pessoas que cooperam com as autoridades responsáveis durante a investigação e acusação ou que prestam depoimento como testemunhas em relação a delitos de corrupção. [30]Esta Convenção foi ratificada pela Alemanha.

---

[24] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[25] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[26] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[27] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[28] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 31, 2022.

[29] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[30] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

Outras iniciativas internacionais de proteção à *whistleblowers* surgiram após a ocorrência do aludido: A nível internacional, além das iniciativas do Conselho Europeu, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 31 de outubro de 2003 foi ratificada pela Alemanha em 2014.[31] O artigo 33 da Convenção visa proteger as pessoas que fornecem informações sobre delitos às autoridades competentes "de boa fé e com fundamentos razoáveis".[32] Os Estados signatários são chamados a "considerar" a tomada de medidas apropriadas.[33] Assim, a Convenção obriga os mesmos a examinar sistematicamente o assunto, mas não a estabelecer normas concretas.[34]

Em sua cúpula de 2019 em Osaka, os líderes do G20[35] adotaram Princípios de Alto Nível para a Proteção Efetiva de Denunciantes, cujo objetivo foi proporcionar proteção de longo alcance.[36] Os líderes do G20 exigiram uma legislação de proteção aos denunciantes com um amplo mas claramente definido escopo factual, um largo escopo pessoal, proteção abrangente da confidencialidade da identidade dos denunciantes e sanções eficazes para os casos em que os denunciantes estão sujeitos a represálias.[37]

---

[31] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[32] Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, 2006:
Artikel 33 Schutz von Personen, die Angaben machen
Jeder Vertragsstaat erwägt, in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung geeignete Maßnahmen vorzusehen, um Personen, die den zuständigen Behörden in redlicher Absicht und mit hinreichender Begründung Sachverhalte betreffend in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten mitteilen, vor ungerechtfertigter Behandlung zu schützen.

[33] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[34] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[35] O G20 é um grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias mundiais, além da União Européia. Ele visa favorecer a negociação internacional, integrando o princípio de um diálogo ampliado, levando em conta o peso econômico crescente de alguns países, que, juntos, representam 90% do PIB mundial, 80% do comércio mundial (incluindo o comércio intra-UE) e dois terços da população mundial. O peso econômico e a representatividade do G-20 conferem-lhe significativa influência sobre a gestão do sistema financeiro e da economia global.

[36] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[37] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

O Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE[38] recomendou em seu Relatório de Avaliação da Fase 4 sobre o Combate ao Suborno Estrangeiro através da Alemanha em 2018, que esse país alterasse urgentemente a lei para incluir proteções claras e abrangentes para denunciantes, tais como uma lei específica de proteção aos mesmos aplicável a todos os segmentos dos setores público e privado.[39]

Também no Relatório Ambiental de 2014 e 2017, as Declarações Ministeriais das Conferências das Partes da Convenção de Aarhus da UNECE[40] exigiam uma melhor proteção aos denunciantes.[41]

Além das iniciativas na arena internacional, nos últimos anos tem havido apelos no Parlamento Europeu para um regime horizontal abrangente de proteção aos denunciantes.[42] As atividades recentes incluem em particular a Resolução do Parlamento Europeu de 4 de fevereiro de 2017 sobre o papel dos denunciantes na proteção dos interesses financeiros da União Européia.[43] Em seu parecer sobre a Resolução (2016/2224 INI99), a Comissão de Emprego e Assuntos Sociais não apenas apontou os requisitos decorrentes do direito internacional, mas também declarou insatisfatória a diferença da proteção conferida aos denunciantes nos Estados Membros.[44]

---

[38] A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização econômica intergovernamental com 38 países membros, fundada em 1961 para estimular o progresso econômico e o comércio mundial.

[39] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[40] A Comissão Econômica para as Nações Unidas da Europa (*United Nations Economic Commission for Europe* - UNECE) foi estabelecida em 1947 e busca promover a cooperação econômica entre os Estados Membros. Ela é uma das cinco comissões regionais sob a direção administrativa das Nações Unidas.

[41] A Convenção de Aarhus é a Convenção da Comissão Econômica para a Europa (*United Nations Economic Commission for Europe* - UNECE) sobre o acesso à informação, participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça em matéria ambiental, assinada em 25 de junho de 1998 na cidade dinamarquesa de Aarhus e que entrou em vigor em 30 de outubro de 2001. 47 estados - incluindo todos os membros da UE - e a União Europeia ratificaram o tratado. Além disso, Mônaco e Liechtenstein assinaram mas ainda não ratificaram o mesmo. A Convenção é o primeiro tratado de direito internacional a conceder a todas as pessoas direitos de proteção ambiental.

[42] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 32, 2022.

[43] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 33, 2022.

[44] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 33, 2022. A versão em português da Resolução 2016/2224 INI99 está disponível no link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0295_PT.html

Impulsionada pela vontade de criar uma estrutura política para fortalecer a proteção dos denunciantes a nível da UE, a Comissão publicou sua "Proposta de Diretiva sobre a Proteção de Pessoas que Relatam Infrações ao Direito da União" em 23 de abril de 2018.[45] A proposta visava uma harmonização mínima da proteção dos denunciantes através de uma diretiva horizontal com um amplo escopo de aplicação (COM (2018) 218 - versão final).[46] O objetivo foi o de alcançar uma melhor aplicação da lei na União Européia e um nível uniformemente elevado de proteção para denunciantes em toda a Europa por meio de uma concepção legislativa da proteção dos direitos fundamentais elaborada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.[47]

Conforme aludido acima, a Diretriz Européia de Proteção à *Whistleblowers* entrou em vigor no dia 16 de dezembro de 2019.[48]

3. Conteúdos Principais do Projeto de Lei Alemão de Proteção à Whistleblowers

Esse capítulo não pretende discorrer detalhes relativos ao conteúdo do novo Projeto de Lei alemão de Proteção à *Whistleblowers*, mas elencar de forma sucinta e sem intenção de exaustão do assunto, os pontos considerados de maior relevância.

Para maior compreensão do tema, faz-se necessária a leitura e estudo comparativo da Diretiva Européia de Proteção à Denunciantes.[49]

3.1 Âmbito de Aplicação

O âmbito de aplicação do projeto de lei está regulamentado em seu § 2.

---

[45] Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União.

[46] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 33, 2022. A versão original pode ser acessada através do link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0214&from=LV

[47] Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 33, 2022. Para maiores informações sobre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acesse o link: https://www.coe.int/de/web/portal/gerichtshof-fur-menschenrechte

[48] Para mais detalhes sobre o conteúdo normativo da Diretriz Européia de Proteção à Whistleblowers, veja a Revista Científica do CPJM - vol. 01, n°. 1, 2021. Artigo disponível no link: https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/24

[49] Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União.

A lei se aplica, *inter alia*, à denúncia e divulgação de violações puníveis por lei, bem como violações puníveis com multa, na medida em que a disposição violada sirva para proteger a vida, a integridade física ou a saúde ou para proteger os direitos dos funcionários ou de seus órgãos representativos.

Além disso, outras violações de leis federais e estaduais, bem como atos legais mais diretamente aplicáveis da União Européia, como por exemplo, sobre a proteção de dados pessoais, estão cobertas pelo escopo de aplicação da *German Data Protection Regulation* (GDPR).

Especificamente, a inclusão de áreas regulamentares correspondentes ao escopo de aplicação material de acordo com o § 2 serve, entre outras coisas, para:

* A proteção da saúde (Meta 3, "Garantir vidas saudáveis e promover o bem-estar para todos em todas as idades", em particular a Meta 3.6 "Reduzir pela metade, até 2020, o número de mortos e feridos por acidentes de trânsito em todo o mundo" e a Meta 3.9 "Reduzir substancialmente, até 2030, o número de mortes e doenças causadas por produtos químicos perigosos e pela poluição e contaminação do ar, água e solo", assim como a Meta 3.a "Reforçar a implementação da Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco em todos os países, conforme necessário");[50]

* Trabalho e proteção social (Metas de Desenvolvimento Sustentável 1, "Acabar com a pobreza em todas as suas formas e em todos os lugares;“ 8, "Promover o crescimento econômico, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos" e 10, "Reduzir a desigualdade dentro e entre países", em particular as sub-metas 1. 3, "Implementar sistemas e políticas de proteção social adequados às circunstâncias nacionais para todos, incluindo proteção básica, e alcançar uma ampla cobertura dos pobres e vulneráveis até 2030;“ 8.5, "Alcançar emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, incluindo jovens e pessoas com deficiência e salário igual para

[50] As metas se referem à agenda 2030 alemã para um desenvolvimento sustentável. Maiores informações podem ser encontradas no link: https://www.bmuv.de/themen/nachhaltigkeit-digitalisierung/nachhaltigkeit/die-2030-agenda-fuer-nachhaltige-entwicklung; Projeto de Lei do Ministério da Justiça alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 39, 2022.

trabalho de igual valor até 2030;“ 8.8, "Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres trabalhadoras migrantes, e aqueles em empregos precários;“ 10. 3, "Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir a desigualdade de resultados, nomeadamente eliminando leis, políticas e práticas discriminatórias e promovendo legislação, políticas e outras medidas apropriadas a este respeito" e 10.4, "Adotar políticas, em particular políticas fiscais, salariais e de proteção social, e alcançar maior igualdade por escrito");[51]

* Meio ambiente e mudança climática (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 6, "Garantir a disponibilidade e o manejo sustentável da água e saneamento para todos;“ 13, "Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos;“ 14, "Conservar e utilizar de forma sustentável os oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável" e 15, "Proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerenciar as florestas de forma sustentável, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade");[52]

* Combate ao crime organizado, a corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo (Meta de Desenvolvimento Sustentável 16 "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis", em particular as sub-metas 16.4 "Até 2030, reduzir significativamente os fluxos ilícitos financeiros e de armas, fortalecer a recuperação e a restituição de bens roubados e

[51] As metas se referem à agenda 2030 alemã para um desenvolvimento sustentável. Maiores informações podem ser encontradas no link: https://www.bmuv.de/themen/nachhaltigkeit-digitalisierung/nachhaltigkeit/die-2030-agenda-fuer-nachhaltige-entwicklung; Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 39, 2022.

[52] As metas se referem à agenda 2030 alemã para um desenvolvimento sustentável. Maiores informações podem ser encontradas no link: https://www.bmuv.de/themen/nachhaltigkeit-digitalisierung/nachhaltigkeit/die-2030-agenda-fuer-nachhaltige-entwicklung; Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 39, 2022.

combater todas as formas de crime organizado" e 16.5 "Reduzir significativamente a corrupção e o suborno em todas as suas formas").[53]

3.2 Obrigação do Estabelecimento de Canais de Denúncia

Empregadores contando com pelo menos 50 funcionários devem ser obrigados a montar e operar uma unidade interna de canais de denúncia.

Para empregadores privados com normalmente 50 a 249 empregados, esta obrigação só se aplicará a partir de 17 de dezembro de 2023, de acordo com o previsto no § 42 da Diretriz Européia de Proteção à Whistleblowers, a não ser que estejam sujeitos ao § 12 (3) da aludida diretriz (e.g. empresas de serviços de investimento, empresas de gestão de capital, etc.).

3.3 Escolha de Uso do Canal de Denúncia Interno ou Externo

Previsto no § 7 do projeto de lei, as pessoas que pretendam relatar informações sobre uma violação devem poder escolher entre o uso do canal de denúncia interno ou externo.

Essencial para a boa aceitação do sistema de proteção do denunciante é uma proteção eficaz da sua identidade e de todas as pessoas afetadas pela denúncia.[54] Em princípio, a identidade só pode ser conhecida pelas pessoas responsáveis pelo processamento da denúncia.[55] Informações sobre a identidade do denunciante ou de uma pessoa que é objeto da denúncia só devem ser divulgadas em casos excepcionais, como em processos criminais a pedido de autoridades judiciárias.[56]

A fim de evitar o perigo de sobrecarregar o novo sistema de proteção à whistleblowers e de aguardar as primeiras experiências advindas de denúncias processadas por canais de denúncia internos e externos, não está prevista a obrigação de processar denúncias anônimas.[57] De acordo com o Ministério de Justiça alemão, isso acarretaria custos adicionais consideráveis para o equipamento técnico necessário de administração das mesmas.[58] No entanto, os denunciantes anônimos ficam resguardados sob as disposições de proteção no novo Projeto de

---

[53] As metas se referem à agenda 2030 alemã para um desenvolvimento sustentável. Maiores informações podem ser encontradas no link: https://www.bmuv.de/themen/nachhaltigkeit-digitalisierung/nachhaltigkeit/die-2030-agenda-fuer-nachhaltige-entwicklung; Projeto de Lei do Ministério da Justiça Alemão para melhor proteção dos denunciantes e para a implementação da Diretiva Européia sobre a Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União, p. 39, 2022.

[54] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.

[55] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.

[56] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.

[57] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.

[58] Artigo *Besserer Schutz für Hinweisgeber*, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.

Lei, se sua identidade inicialmente ocultada se tornar conhecida.[59] É alvo de crítica após tantos anos de falta de proteção à whistleblowers, que o novo projeto de lei não preveja a obrigatoriedade de se investigar fatos denunciados anonimamente.

Em seu § 14, o projeto de lei prevê um regulamento sobre as formas de organização de canais internos. A exposição de motivos do projeto de lei declara: "De acordo com o princípio de separação sob a lei do grupo, um canal independente e confidencial também pode ser estabelecido em outra empresa do grupo (por exemplo, matriz, empresa irmã ou subsidiária) como um "terceiro" no sentido do Art. 8 (5) do Projeto de Lei, que também pode operar para várias empresas independentes do grupo. Na prática observa-se que, embora disponível em todo o grupo empresarial, a administração de canais de denúncia é normalmente feita na holding.[60]

Quanto à possibilidade de compartilhamento de violações ao público, os denunciantes só podem revelar infrações e crimes sob condições estritas.[61] Isto se aplica, por exemplo, nos casos em que há risco de danos irreversíveis ou nos casos em que os responsáveis pela administração do canal de denúncia externo não tomaram as medidas necessárias.[62]

3.4 Estabelecimento e Responsabilidade de um Departamento para a Apresentação e Processamento de Denúncias Públicas

A União estabelecerá um Departamento para a apresentação de denúncias externas no Ministério da Justiça, que é organicamente separado da área remanescente de responsabilidade do Ministério da Justiça Federal.

A regra está prevista no § 19 do Projeto de Lei.

3.5 Proibição de Represálias e Inversão do Ônus da Prova

As represálias contra os denunciantes estão reguladas no § 36 do projeto de lei e devem ser proibidas. Se um denunciante for prejudicado após a divulgação de crime, deve ser presumido que esta desvantagem é uma represália. Neste caso, a pessoa que está prejudicando o denunciante deve provar que a desvantagem foi baseada em razões suficientemente justificadas ou que a desvantagem não foi baseada na denúncia oferecida pelo whistleblower.

[59] Artigo *Besserer Schutz für Hinweisgeber*, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.
[60] Há países em que a informação objeto da denúncia não pode deixar o mesmo, como o que ocorre na Suíça.
[61] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.
[62] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.

No que toca a pedidos de indenização por danos, o Projeto de Lei de Proteção à Whistleblowers contém duas disposições especiais sobre danos: Por um lado, o denunciante deve ser compensado pelos danos resultantes no caso de violação da proibição de represálias, caso essas aconteçam.[63] Em segundo lugar, no caso de uma denúncia falsa deliberada ou gravemente negligente, a pessoa que fornece as informações é obrigada a reembolsar os danos incorridos.[64]

4. Conclusão

O Projeto de Lei de Proteção à Whistleblowers está de acordo com os princípios orientadores do Governo Federal Alemão para o desenvolvimento sustentável no sentido da Estratégia de Sustentabilidade alemã, que serve para implementar a Agenda das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável de 2030.[65] Ela contribui em particular para a dimensão social e econômica da sustentabilidade.

O Projeto regulamenta a proteção eficaz e abrangente dos denunciantes contra a discriminação em várias áreas. Assim, ele contribui em particular para a realização do objetivo de desenvolvimento sustentável 16, "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis".[66] Em particular, o Projeto contribui para promover o Estado de Direito em nível nacional e internacional (Meta 16.3) e para construir instituições eficazes, responsáveis e transparentes (Meta 16.6).[67]

O Projeto de Lei promove a realização destes objetivos, concedendo aos denunciantes uma proteção abrangente contra represálias e garantindo segurança jurídica.

Ao estabelecer sistemas internos de denúncia em empresas e entidades públicas, os denunciantes obtêm a oportunidade de denunciar violações onde geralmente podem ser investigadas e remediadas mais rapidamente. É preciso que seja facilitado para as empresas e

[63] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.
[64] Artigo Besserer Schutz für Hinweisgeber, publicado no site do Ministério da Justiça (BMJ), 2022.
[65] Estratégia de Sustentabilidade Alemã para Implementação da Agenda das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável de 2030.
[66] Estratégia de Sustentabilidade Alemã para Implementação da Agenda das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável de 2030.
[67] Estratégia de Sustentabilidade Alemã para Implementação da Agenda das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável de 2030.

autoridades envolvidas o conhecimento de tais infrações, o acompanhamento dos mesmos e, se necessário, a tomada de medidas necessárias.[68]

A criação de canais de denúncia externos também serve para desvendar violações e amparar a persecução de infrações fora da empresa. Ambos os sistemas de denúncia se complementam no que toca à investigação de má-condutas ou ilícitos praticados, sendo as chances de sucesso via de regra superiores no uso do canal interno.

Além disso, o Projeto de Lei contribui para a realização de outras metas de sustentabilidade que dizem respeito ao escopo material de aplicação da lei, conforme regulamentado no § 2. Ao proporcionar a proteção dos denunciantes, o Projeto aumenta a probabilidade de que as queixas que impedem a realização dos objetivos de sustentabilidade relevantes sejam descobertas e remediadas.

Alvo de crítica do Projeto de Lei é a inexistência da obrigatoriedade da investigação em casos em que o denunciante prefere se manter anônimo. Se deseja, ainda assim, que o novo Projeto de Lei alemão de Transposição da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à Proteção das Pessoas que Denunciam Violações do Direito da União (*whistleblowers*) se transforme em lei.

[68] Estratégia de Sustentabilidade Alemã para Implementação da Agenda das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável de 2030.

DIÁLOGOS SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS: Avanços científicos, teorias explicativas do desvio corporativo, efeitos criminógenos das oscilações econômicas, impactos dos programas de compliance e a superação do *non-compliance* empresarial

CONVERSATIONS ABOUT WHITE-COLLAR AND CORPORATE CRIMES: Scientific advances and explanatory theories of corporate deviation; criminogenic effects of economic fluctuations; impact of compliance programs and overcoming corporate noncompliance

MELISSA RORIE – ENTREVISTA

Melissa Rorie[1]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Entrevista concedida ao Coordenador Científico do CPJM, Prof. Artur Gueiros, onde são abordadas questões relativas à sua trajetória acadêmica, seu interesse e estudos acerca da compreensão dos crimes econômicos e empresariais, o estado atual dos avanços científicos nessa temática, as teorias criminológicas mais adequadas à explicação dos crimes empresariais, notadamente diante as oscilações econômicas, os impactos dos programas de compliance na

[1] **Breve currículo:** Dra. Melissa Rorie é Professora Associada de Justiça Criminal, bem como Presidente do Departamento de Justiça Criminal da Universidade de Nevada – Las Vegas (UNLV). Suas pesquisas científicas examinam predominantemente o impacto dos controles formais e informais em infrações econômicas e empresariais, bem como as teorias explicativas dos crimes das elites e do *non-compliance* corporativo. Ela recebeu três prêmios por seus esforços acadêmicos, incluindo o prêmio "*Young Career*" de 2018, conferido pela Divisão de Crimes Econômicos e Empresariais da Sociedade Americana de Criminologia. Desde 2009, a Professora Melissa Rorie publicou 25 artigos revisados por pares, além de ter sido a única editora do *Wiley Handbook of White-Collar Crime* (2019) e coeditora do livro publicado pela *Cambridge University Press*, em 2022, intitulado *Measuring Compliance: Assessing Corporate Crime and Misconduct Prevention*.

Bio Blurb: Dr. Melissa Rorie is an Associate Professor of Criminal Justice as well as Department Chair of Criminal Justice at the University of Nevada-Las Vegas (UNLV). Her research predominantly examines the impact of formal and informal controls on corporate and white-collar offending as well as theoretical explanations for elite crime and corporate noncompliance. She has received three awards for her scholarly efforts, including the 2018 "Young Career" award from the American Society of Criminology's Division of White-Collar and Corporate Crime. Since 2009, she has published 25 peer-reviewed manuscripts as well as serving as the sole editor for the 2019 *Wiley Handbook of White-Collar Crime* and co-editor for the 2022 Cambridge University Press book titled *Measuring Compliance: Assessing Corporate Crime and Misconduct Prevention.*

prevenção do desvio corporativo e as estratégias para a superação das situações de *non-compliance.*

Palavras-chave: Crime empresarial – lealdades superiores – crises econômicas – Método Monte Carlo – Informante – Eficácia do compliance.

Abstract: Interview given to CPJM Coordinator Prof. Artur Gueiros, where questions related to his academic trajectory, his interest and studies on the understanding of White-Collar and Corporate Crimes are addressed, also the current state of scientific advances in this fields, the best criminological theories about economic crimes, especially in cases of oscillations economic, the impacts of compliance programs in the prevention of corporate deviance and the strategies for overcoming non-compliance situations.

Keywords: Corporate crime – higher loyalties – economic crises – Monte Carlo Simulations – Whistleblower – Compliance effectiveness**.**

Responses to questions:

· Could you tell us about your academic career and your interest in Criminology?

I knew from a very young age that I wanted to do something in the criminal justice field – I'm a fairly empathetic person (or so I'd like to think) and I never understood how people could hurt each other on purpose. As an undergraduate, I pursued a major in psychology because I thought I would end up in a career as a forensic psychologist, working within correctional institutions to help rehabilitate incarcerated persons.

After I obtained my bachelor's, I worked in the Probation and Parole field for a bit as an educator. This was a great experience, and I have nothing but the highest admiration for people who work in corrections with the goal of rehabilitating people as well as keeping our communities safe – but, ultimately, I came to realize that working directly in the correctional setting was not the best fit for me.

After my stint in probation and parole, I took a job in a private research firm conducting criminal justice research, and knew that I had found my passion and calling. I spent a lot of time while in that job looking at the sorts of graduate degrees my coworkers had, which ultimately led me to pursue a Ph.D. in Criminology and Criminal Justice at the University of Maryland (UMD).

When I began at UMD, I thought my research interests would be focused on terrorism. However, I took a "Corporate Crime" class with Sally Simpson and it was like being struck by a lightning bolt (in a good way). I've always been somewhat critical/wary of corporate power, I would consider myself a life-long environmentalist, and the class presented a more formal framework for examining those feelings and confirmed that corporate malfeasance is a far more serious problem than most people would believe. Doing research on corporate crime makes me feel as though I am having an important impact on the world.

· How do you see the current stage of White-Collar and Corporate Crime studies?

This is difficult, given the breadth of research being conducted in the field! I think that the current research in the white-collar and corporate crime domain is, in many ways, very diverse. For one, we have scholars using a lot of different methods, and we increasingly recognize that certain methods for collection information are not necessarily "better" or "worse" – different methods are, simply, useful for different research questions. We also have scholars engaging with many different topics and questions within this very broad field, and doing incredible work in building knowledge that both demonstrates the uniqueness of these types of crimes as well as similarities between traditional crimes and white-collar crimes.

I do think, however, that diversity in terms of international perspectives remains limited – most white-collar and corporate crime scholarship is generated by scholars in Western, English-Speaking countries. Underrepresented are scholars from South American countries, African countries, Asian countries – especially southeast Asian countries, Middle Eastern countries, and Eastern European countries. I have noticed that

journals such as *Crime, Law, and Social Control* seem to be making an effort to include more diverse perspectives, but much more could be done to support scholarship in those parts of the world.

· In your study "Economic Fluctuation and Crises", written with Prof. Sally S. Simpson, you analyze the connection between crime rates and economic fluctuation, with an emphasis on corporate crime. *Could you tell us about this correlation?*

In that book chapter (published in the excellent handbook *The Oxford Handbook of White-Collar Crime* edited by Shanna van Slyke, Michael L. Benson, and Francis T. Cullen), Sally and I reviewed the literature on economic crises and economic "boom" periods and how corporate offending frequency may change during those transitional periods. In essence, the literature we reviewed indicates that corporate crime may not just increase during times of financial recessions (which would be expected due to the strain on corporate profits and increased motivations of corporate executives to offend to enhance those profits artificially), but that corporate crimes also increase during times of economic prosperity. We articulate that both recessions and "booms" are times of instability for corporations, and corporate crime may simply be an attempt to control profits in times of uncertainty. However, we also discuss how corporate crime during both good and bad economic times can be attributable to stockholder expectations and monitoring, as well as by the monitoring of regulatory agencies. In times of recession, corporate decisionmakers likely commit crime to increase profit in order to keep as many investors as possible, while those investors may not look as closely at corporate records during times of financial strain (perhaps if they don't see it, it isn't actually happening). In addition, regulators may not want to "kick 'em when they're down" and may be a bit more lax in monitoring during times of struggle for corporations. During times of economic booms, investors may become overly optimistic and expect even better returns than what they are seeing (which puts pressures on corporations to engage in crime), and may be less likely to scrutinize positive company information. Also, during booms, opportunities for corporate offending may increase, which may overwhelm enforcement and regulatory resources for monitoring.

· In your understanding, what would be the most appropriate criminological theories to explain Corporate Crime in both economic boom and depression?

In that book chapter, we examined three "traditional" criminological theories for corporate crime that could apply to unstable economic times – anomie-strain, rational choice, and routine activity (opportunity) theory. While anomie-strain theory does a good job of explaining the increase in corporate crime during times of recession (i.e., because corporations' legitimate opportunities for profit maximization may be limited), we argue that rational choice and routine activity theories – in conjunction – are better supported for explaining crimes in both types of cycles. In crises, rational choice theory would point to offenders' enhanced motivations for profiting while routine activity theory would attribute offending to a decrease in guardianship (e.g., because of unemployment and because regulators may be more forgiving). In financial booms, rational choice theory would point to the increase in criminal opportunities that lure offenders (including gatekeepers who otherwise would be preventing such crimes) while routine activity theory would argue that guardianship is reduced as enforcement gets overwhelmed. Ultimately, though, we pointed to Finney and Lesieur's (1982) contingency model as a framework that incorporates aspects all three of the aforementioned theories and could account for offending well overall.

· Were your conclusions regarding the relationship between these phenomena (corporate crime and economic swings) corroborated by the economic crisis triggered by the Covid-19 pandemic?

It's difficult to say, simply because longitudinal analyses of corporate crime – to my knowledge – have yet to be published that incorporate the 2019 – 2021 crime period. So, I don't have the empirical evidence to determine whether this relationship has been confirmed more recently.

· What is the importance of compliance programs in the prevention or/and detection of corporate and occupational crime? Is there empirical evidence of the compliance effectiveness in the prevention of corporate deviance?

I don't think there is any doubt that corporate compliance programs can be impactful – some of my research (Rorie and West, 2022, Journal of White-Collar and Corporate Crime) demonstrates that simply having an ethics code in place reduces offending regardless of content. However, there have been concerns about whether compliance programs are truly accomplishing all that they are supposed to accomplish, or whether corporations are using them as a means to *appear* to be in compliance without assuring that they are truly effective. As Benjamin van Rooij and I articulate in the first chapter of our new book called *Measuring Compliance: Assessing Corporate Crime and Misconduct Prevention* available from Cambridge University Press, much of the current emphasis on assessing the effectiveness of these programs is misguided. Evaluations focus on whether the program is being delivered as intended (e.g., the number of trainings, the number of people involved) without examining whether the program is actually having a meaningful impact on the desired outcome (e.g., Is pollution actually being reduced? Are workplace injuries being reduced?). Focusing attention on the *actual* impact of programs – not just their delivery – is of utmost importance for the prevention and detection of white-collar crime. We know how difficult it is for external monitors (e.g., regulators, non-governmental organizations, etc.) to get the information needed to understand compliance within corporations and within industries, so providing the corporations with the tools they need to ensure compliance within their walls is critical.

· Could you tell us what is "Monte Carlo Simulations"?

Monte Carlo Simulations are, essentially, a statistical technique that allows for the examination of data in a way that can assess whether one's conclusions are valid under different assumptions being made about the data or under different patterns of behavior that might show up in the data. Collecting data at one point in time – or applying one set of assumptions to one's analyses – might result in a unique pattern that doesn't hold true in other data collection efforts. Monte Carlo Simulations allow us to use statistical probabilities to examine what variability may arise in data collection and then account for possible variation in one's results that would arise from that variability.

· In your article "Admitting noncompliance: Interview strategies for assessing undetected legal deviance", written with Prof. Benjamin van Rooij, you address the problem of measuring the compliance programs effectiveness. Could you tell us about this subject?

In that chapter – again, in the book *Measuring Compliance: Assessing Corporate Crime and Misconduct Prevention* – we detail how the "dark figure" of crime problem also applies to studies of corporate compliance. In essence, a lot of crime and noncompliance goes unreported to law enforcement because, naturally, people fear getting themselves or someone else into trouble. When it comes to researchers studying the effectiveness of compliance programs, this problem remains – people are not likely to admit to offending when they are talking to a relative stranger about undesirable behaviors occurring within their corporation. This chapter was one that I found particularly interesting – especially as a quantitative researcher who doesn't do a lot of interviewing – because we highlight many ways that researchers can build trust and rapport with powerful subjects in an effort to obtain information that otherwise would remain concealed. Simple techniques like working with two interviewers in the room, conducting a pilot study, thinking through the proper sequencing of interviews over multiple sessions, etc. can have a major impact on the type of information gleaned from conversations.

· One of the well-known neutralization techniques, the appeal to higher loyalties, would often be used for not reporting violations to a corporation's whistleblower channel. How to overcome this problem?

Assuming that the "higher loyalty" being used as justification for nonreporting is the corporation itself or their coworkers, one key component would be to educate potential whistleblowers about how much harm is done when victimizations are allowed to continue unabated. As Tracy Sohoni and I describe in our 2019 article "The whiteness of white-collar crime in the United States: Examining the role of race in a culture of white-collar offending", white-collar and corporate crimes are unique in the distance between the offender and the victim. When the offender doesn't have to see the harm, they are causing directly, it can be much easier to justify the behavior with such appeals to higher loyalties

and other excuses. So, education about the harms of white-collar and corporate crimes are incredibly important.

Another "higher loyalty" may be to the potential whistleblower's family who would be hurt if the whistleblower lost their job. To overcome this, strong legal and corporate protections for whistleblowers, a corporate culture that encourages reporting, and mechanisms for anonymous reporting would go a long way towards alleviating fears of retaliation.

· What are the main techniques or strategies to detect non-compliance situations in organizations? *How to avoid their occurrence?*

I'm not sure that there is one "best" technique or strategy for detecting or preventing corporate crime – a lot of it depends on the type of crime, the type of company, and myriad other factors. For example, a company that is not well-known will be far less deterred by potential reputational damage than would a company with a household name. Companies that can afford to pay fines easily will be less deterred than companies facing huge damages as a result of a civil action. Regulatory agencies with fewer inspectors will be less likely to detect crimes than those with more inspectors.

As Sally Simpson, Natalie Schell-Busey, Mariel Alper and I found in our meta-analysis of corporate crime deterrence (see the 2016 article in *Criminology and Public Policy*) a "pulling levers" approach in which different types of preventions and interventions are engaged in a cohesive effort will likely be most effective.

· In your opinion, which are the main challenges of the "science" of compliance and Corporate Ethics today?

Lack of access. It's very difficult – at least in the United States – to gain access to corporations and their data. But it's also the most important part of doing this research – these are the people who can tell you about actual misconduct, can participate in compliance programs geared towards preventing corporate crime, and can explain to you

how they define compliance in their everyday lives. Unfortunately, it seems rare to have compliance/academic partnerships that would facilitate such access at less cost.

As part of the *Measuring Compliance* book, Benjamin and I encourage practitioners and scholars to think about ways that they can collaborate. We – of course – recognize that there will be concerns about "conflicts of interest" and the ability of a researcher to produce uncensored reports. There is also the question of legal liability and what should happen if the researcher uncovers major forms of corporate crime. That said, we know that scholars and compliance practitioners within corporations have the same goal – they want to gain knowledge about how to improve compliance and protect people from harm. We believe that if both parties agree on what the outcome of interest is and how to handle noncompliance in a transparent/ethical manner (and often an IRB[1*] can help navigate these sorts of discussions) then adversarial relationships don't have to be a given in this research domain.

Melissa Rorie, Ph.D.
Chair, Department of Criminal Justice
University of Nevada - Las Vegas
4505 S. Maryland Parkway, Box 5009
Las Vegas, NV 89154
Phone: 702-895-0014
Fax: 702-895-0252

[1*] Institutional Review Board (*Comitê de Ética em Pesquisas*) is an administrative body established to protect the rights and welfare of human research subjects recruited to participate in research activities conducted under the auspices of the institution with which it is affiliated. The IRB is charged with the responsibility of reviewing, prior to its initiation, all research (whether funded or not) involving human participants. The IRB is concerned with protecting the welfare, rights, and privacy of human subjects. The IRB has the authority to approve, disapprove, monitor, and require modifications in all research activities that fall within its jurisdiction as specified by both the federal regulations and institutional policy. The IRB shall have at least five members of varying backgrounds in order to provide complete and adequate review of human research and its institutional, legal, scientific, and social implications. The Board will also include at least one member who is not affiliated with the institution and one member who is not a scientist. The IRB has several consultants who advise the Board and are periodically involved in protocol review (In https://research.oregonstate.edu/irb/frequently-asked-questions/what-institutional-review-board-irb). (Nota do Editor).