



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

MARCOS CAMILO DA SILVA SOUZA RIOS

**LEI 9.613/98 E O DUPLO SANCIONAMENTO DAS PESSOAS
FÍSICAS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE *CRIMINAL
COMPLIANCE*: REFLEXOS SOBRE O PRINCÍPIO DO *NEMO
TENETUR SE DETEGERE*.**

Salvador
2018

MARCOS CAMILO DA SILVA SOUZA RIOS

**LEI 9.613/98 E O DUPLO SANCIONAMENTO DAS PESSOAS
FÍSICAS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE *CRIMINAL
COMPLIANCE*: REFLEXOS SOBRE O PRINCÍPIO DO *NEMO
TENETUR SE DETEGERE*.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Doutor Gamil Föppel El Hireche.

Salvador
2018

da Silva Souza Rios, Marcos Camilo

Lei 9.613/98 e o duplo sancionamento das pessoas físicas pelo descumprimento dos deveres de Criminal Compliance: reflexos sobre o princípio do Nemo tenetur se detegere / Marcos Camilo da Silva Souza Rios. -- Salvador, 2018.

193 f.

Orientador: Gamil Föppel El Hireche.

Dissertação (Mestrado - Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Direito Penal. 2. Criminal Compliance. 3. Nemo tenetur se detegere. 4. Direito Sancionador. 5. Lei 9.613/98. I. El Hireche, Gamil Föppel. II. Título.

MARCOS CAMILO DA SILVA SOUZA RIOS

**LEI 9.613/98 E O DUPLO SANCIONAMENTO DAS PESSOAS
FÍSICAS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE *CRIMINAL
COMPLIANCE*: REFLEXOS SOBRE O PRINCÍPIO DO *NEMO
TENETUR SE DETEGERE*.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Gamil Föppel El Hireche – Orientador
Doutor em Direito
Universidade Federal da Bahia

Selma Pereira de Santana
Doutora em Direito
Universidade Federal da Bahia

Eduardo Viana Portela Neves
Doutor em Direito
Universidade Estadual de Santa Cruz

AGRADECIMENTOS

A caminhada foi exaustiva, contudo, recompensadora. São inúmeras as pessoas que se unem, direta e indiretamente, aos esforços e trabalhos desenvolvidos no deslinde de um desafio tão importante na vida de um estudante. A todos vocês, inicialmente quero externar minha gratidão.

Fui presenteado ao longo do curso com o nascimento da maior dádiva que um homem poderia receber em vida, meu filho, meu Bernardo. Como toda benção é acompanhada de responsabilidade, minhas noites em claro, seja por ele ou pelos estudos, agregaram estruturas de amadurecimento.

De início, agradeço a Jesus Cristo, Senhor e autor da vida, por me permitir caminhar até aqui e me proporcionar participar de um tão relevante Programa de Pós Graduação em Direito, que é o desenvolvido pela Universidade Federal da Bahia. Ao meu orientador, Professor Doutor Gamil Föppel El Hireche, pelo vasto conhecimento passado e compartilhamento de orientações tão necessárias aos argumentos ora defendidos.

Aos meus amigos que construí ao longo do curso, em especial, André Luiz Rapozo de Souza Teixeira e Ricardo do Espírito Santo Cardoso, pelo companheirismo, troca de conhecimentos e ajuda mútua.

A professora Doutora Selma Pereira de Santana pela atenção, pelas valiosas lições e ajuda sempre presente. A todos os professores da pós graduação e funcionários do PPGD que, com profundo saber e humildade, fizeram parte de toda a formação e desenvolvimento do trabalho apresentado.

Aos meus familiares, mãe, irmãos, sogros, e em especial, minha esposa Michelle Rios, meu amor, a quem agradeço pela paciência e companheirismo. Ao meu pai, *in memoriam*, a quem devo todo amor aos estudos, por me acordar todos os dias com a frase que nunca sairá da minha lembrança: “Acorda, doutor!”. Sei que ele estaria radiante.

Quando um aluno de doutorado de Princeton perguntou: "O que ainda resta no mundo para ser tema de uma tese original?" Albert Einstein respondeu:

"Investigue a oração. Alguém precisa investigar a oração."

(EINSTEIN, Albert *apud* Leadership Journal, p.43, 1983.

RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Lei 9.613/98 e o duplo sancionamento das pessoas físicas pelo descumprimento dos deveres de Criminal Compliance: reflexos sobre o princípio do *Nemo tenetur se detegere*. 2018. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho possui como principal objetivo analisar a possibilidade de incidência de duplo sancionamento das pessoas físicas que atuem em atividades sensíveis à lavagem de dinheiro em decorrência do descumprimento dos deveres de *Criminal Compliance*, ocasionado pela utilização concomitante de Direito Penal e Direito Sancionador na tutela da lavagem de dinheiro, e a repercussão de tais desdobramentos punitivos sobre o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*. Nesse sentido, é realizado um recorte sobre os deveres de criminal compliance em sentido estrito, as pessoas físicas obrigadas e a possibilidade vislumbrada pela doutrina pelas interpretações jurisprudenciais, mesmo que a lei assim não estabeleça, de duplo sancionamento. Analisa-se, para tanto, a Lei 9.613/98 e as mudanças trazidas pela Lei 12.683/12 que revestiu as punições administrativas de caráter de Direito Sancionador. Discorre-se, então, através de uma metodologia descritivo-analítica, sobre como o descumprimento dos deveres de compliance pelas pessoas físicas, desprotegidas pela complexa estrutura das organizações, criam uma punição desproporcional ao sobrepor Direito Penal e Direito Sancionador e propiciam uma dinâmica autoincriminatória, conduzindo o destinatário da norma a, por meio da simulação de cumprimento, abdicar do valioso direito inculcado pelo princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, de sorte que resta evidenciado o caráter administrativizado e simbólico vivenciado pelo Direito Penal expansionista, especialmente no plano da legislação de lavagem de capitais, que se vale de racionalidades estranhas ao Direito Penal, *i. e.*, tutela de bens intangíveis, gerencialismo, atuarismo, inseridas sem o devido filtro de relevância, para a promoção de uma suposta sensação de segurança. Por derradeiro, restará defendido o afastamento do Direito Penal da tutela da lavagem de dinheiro, deixando a cargo do Direito Sancionador, ramo jurídico firmado nas contribuições do Direito de Intervenção de Hassemer, para de forma autônoma, regular as condutas e respectivos sancionamentos.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; *Criminal Compliance*; Direito Sancionador; Direito Penal; *Nemo Tenetur se Detegere*.

RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Law 9.613 / 98 and the double sanction of individuals for noncompliance with the duties of Criminal Compliance: reflections on the principle of *nemo tenetur se detegere*. 2018. 187 f. Dissertation (Master in Law) - Graduate Program in Law, Faculty of Law of the Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The main objective of this study was to analyze the possibility of sanctioning persons with disabilities in criminal activities, with the purpose of guaranteeing the effectiveness of noncompliance with the obligations of criminal compliance, caused by the concurrent use of Criminal Law and sanctioning right in the custody of the laundering of money, and the repercussion of such punitive developments on the principle of *Nemo Tenetur de Detegere*. In this sense, a declaration is being made about the duties of criminal compliance in the strict sense, while the laws of legitimation and deacceptance are analyzed for Law 9.613 / 98 and the changes brought by Law 12.683 / 12 that covered the punishments under the orders of Right of Sanctioning Right. Therefore, through a descriptive-analytical version, on how to disregard the obligations of compliance by individuals, unprotected by the structure of organizations, create a disproportionate punishment by overcoming criminal law and sanctioning law and provide a self-incriminating dynamic, What is it done with the meaning of the keyword, abdicate the valuable right insulted by the principle of *Nemo Tenetur Deteger*, how lucky do you evidence the administrativist and symbolic forms experienced by the expansionist Right, notably not the plan of the law of washing? of capital, which uses rationalities extraneous to the Criminal Law, i. and, protection of intangible assets, managerialism, actuarism, insertions without the corresponding filter of relevance, for a promotion of a supposed source of security. Lastly, to reestablish the removal of the Criminal Law from the guardianship of the termination of employment, leave a charge of autonomous law, political branch of law under the terms of the Intervention Law, to regulate autonomy, regulate procedures and sanctions.

Keywords: Money laundry; Criminal Compliance; Sanctioning Right; Penal Law; *Nemo Tenetur Detegere*.

LISTA DE ABREVIATURAS

AI	Agravo de Instrumento
BACEN	Banco Central do Brasil
CFC	Conselho Federal de Contabilidade
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
COFECON	Conselho Federal de Economia
COFECI	Conselho Federal de Corretores Imobiliários
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
FIUs	Unidade de Inteligência Financeira
GAFI	Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRF 4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF 5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	LEI 9.613/98, <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E OS DEVERES ESTABELECIDOS ÀS PESSOAS FÍSICAS NA PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	17
2.1	A FORMAÇÃO DOS MECANISMOS DE COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE DINHEIRO: ORIGEM DA LEI 9.613/98.....	17
2.1.1	O tratamento Nacional dado à prática da lavagem de dinheiro.....	23
2.2	<i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> : CONCEITO, CONTORNOS HISTÓRICOS E RELAÇÃO COM O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	31
2.2.1	<i>Criminal Compliance</i> e a perspectiva preventiva.....	41
2.3	DISTINÇÃO ENTRE DEVERES E PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> : IMPOSIÇÃO DOS DEVERES ÀS PESSOAS FÍSICAS NA LEI 9613/98.....	44
2.3.1	Regulamentação dos deveres de <i>compliance</i> na lavagem de dinheiro.....	49
2.3.1.1	<i>Dever de prestar informação, registro de operações, cadastro de clientes e comunicação de operações automáticas.....</i>	<i>52</i>
2.3.1.2	<i>Dever de comunicar ocorrência ou inoocorrência de operações suspeitas, dever de exame e dever de diligência.....</i>	<i>53</i>
2.3.1.3	<i>Dever de abstenção e dever de recusa: (in)ocorrência.....</i>	<i>56</i>
2.3.2	Lei 12.683/12 e a extensão do rol das pessoas físicas obrigadas.....	57
2.4	A DUPLA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS FÍSICAS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> RELACIONADOS À LAVAGEM DE DINHEIRO: (IM)POSSIBILIDADE.....	66
2.4.1	Recrudescimento das punições administrativas: Contornos de Direito Sancionador.....	74
3	DIREITO SANCIONADOR E DIREITO PENAL: O DUPLO SANCIONAMENTO DOS PROFISSIONAIS DE ÁREAS SENSÍVEIS PELA SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	76
3.1	ILÍCITO PENAL, ILÍCITO ADMINISTRATIVO E DIREITO SANCIONADOR: DEMARCAÇÕES NECESSÁRIAS.....	76

3.1.1 Direito Sancionador e Direito Penal sancionando o mesmo fato: <i>Bis in idem</i>	85
3.2 (DES) NECESSIDADE DA SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	91
3.2.1 O Direito Penal e Direito Sancionador como resposta à pluriofensividade do delito?.....	100
3.3 ANÁLISE DAS RAÍZES CRIMINOLÓGICAS DA SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS.....	104
3.3.1 <i>Criminal Compliance</i> e seu papel na sobreposição normativa.....	111
3.3.1.1 <i>Ampliação do controle através do Criminal Compliance</i>	116
4 A MITIGAÇÃO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> ATRAVÉS DO DUPLO SANCIONAMENTO EM CASO DE INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES DE <i>COMPLIANCE</i>	123
4.1 <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> : DELIMITAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS.....	123
4.1.1 <i>Nemo Tenetur se detegere</i> como norma de Direito Fundamental.....	132
4.1.2 Não autoincriminação como princípio Constitucional previsto na CRFB/88: avanços e retrocessos no âmbito nacional.....	136
4.2. A AUTOINCRIMINAÇÃO COMO “MELHOR” ALTERNATIVA ANTE A DUPLICIDADE DE SANÇÕES.....	144
4.2.1 A dinâmica autoincriminatória e o dever de comunicar operações suspeitas.....	145
4.2.2 Reprimenda de Direito Sancionador e Direito Penal sobre mesmo fato: evidências da administrativização e do simbolismo penal.....	154
4.3 PROPENSAS ALTERNATIVAS PARA O DEBATE.....	159
4.3.1 Autonomia do Direito Sancionador na tutela da lavagem de dinheiro.....	159
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	167
REFERÊNCIAS.....	177

1 INTRODUÇÃO

A inserção de dinheiro negro na economia formal por intermédio do escamoteamento da sua origem, com o fito de travesti-lo de licitude, não é uma situação de fato restrita às relações econômicas e financeiras hodiernas. Não obstante essa clara compreensão, foi no plano das novas ameaças globais, em especial, as prejudiciais ao sistema econômico e financeiro bem como ao mercado de capitais, que as legislações e diretrizes de combate à lavagem de dinheiro se avolumaram. Volvidas, inicialmente, para o combate ao ingresso de dinheiro proveniente do tráfico de drogas nas atividades econômicas, os regramentos evoluíram gradativamente para uma série de medidas programadas para obstar e sancionar a utilização de valores e bens provenientes de todo e qualquer tipo de infração penal.

Ora, dinâmica com a qual se desenvolvem os mecanismos punitivos constantes na legislação nacional de lavagem de capitais, Lei 9.613/98, diretamente influenciada por diretrizes internacionais de mercado, proteção à economia e pelos padrões extraídos da análise econômica do Direito, além de sua repercussão no princípio da não autoincriminação, afiguram-se os fatores que irão delimitar o objeto da presente pesquisa.

Nesse sentido, este trabalho versará sobre a forma como o Direito Penal Econômico desenvolve e manifesta sua atuação repressiva em relação ao crime de lavagem de capitais, modificando a sua ingerência heterorregulatória para uma faceta denominada autorregulação regulada, cujo escopo é a prevenção de crimes no seio da atividade econômica através da democratização na gestão dos riscos. Desta explanação se detrai o conceito de *Criminal Compliance*.

A justificativa principal da investigação que se realizará reside na forma como decisões judiciais e alguns atores da doutrina jurídica têm caminhado para o entendimento, mesmo que a lei claramente não estabeleça, pela possibilidade de punição penal da pessoa física em concomitância com as sanções administrativas elencadas na lei em decorrência da inobservância dos deveres de *Compliance*. O estudo reivindica ainda mais atenção à medida que se observa que a Lei 12.683/12, além de ampliar o rol de pessoas físicas obrigadas ao cumprimento dos deveres de autorregulação regulada, impôs, mesmo em meio a entendimentos adversativos, a

modalidades de imputação a título de dolo eventual e recrudescer as sanções administrativas dando-as condão de Direito Sancionador.

Para o limite desta dissertação cumpre estabelecer que o recorte recairá sobre as pessoas físicas que exercem de forma direta as atividades obrigadas ao cumprimento dos deveres de *Compliance*. Ao se tratar dos deveres impostos às pessoas físicas se quer referir às obrigações em sentido estrito ou procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas, distintos, portanto, dos programas de *Compliance*, atrelados a figura do ente. Ambos figuram como espécies do gênero deveres de *Compliance* em sentido amplo. Além disso, resta afastada a análise da pessoa jurídica à luz do duplo sancionamento, porquanto, no plano nacional, com exceção dos crimes ambientais, não se vislumbra a sua punição penal, o que obsta a abordagem da dupla imposição de normas ora abordada sobre os entes em relação ao crime de lavagem de capitais. O enfoque, portanto, será atrelado aos profissionais que, descobertos das engrenagens dos programas e das complexidades das organizações, exercem as atividades obrigadas por lei ao cumprimento dos deveres de *Criminal Compliance*.

Nesse sentido, se falará em duplicidade de punições e das consequências desse fenômeno considerando que as normas impostas pelas autoridades administrativas relativas à responsabilização pelo descumprimento de deveres de *Compliance* estabelecidas na Lei 9.613/98, notadamente após a reforma empregada pela Lei 12.683/12, não se tratam apenas de disposições Administrativas, mas de normas de Direito Sancionador, sendo este um meio termo entre o Direito Penal e Administrativo, portanto, com raiz penal, semelhante ao instituto cunhado por Hassemer como Direito de Intervenção, mas sem gozar da devida autonomia, de graves sanções e que exclui do seu espectro punitivo a pena de prisão.

A dupla responsabilização e conseqüente duplicidade de sanções de Direito Penal e Direito Sancionador sobre a mesma pessoa física, o mesmo fato e o mesmo bem jurídico tutelado é a alternativa utilizada pelo no plano nacional no combate mais incisivo ao branqueamento de dinheiro que envolva atividades desempenhadas por pessoas físicas elencadas na Lei 9.613/98. Tais sanções são impostas em caso de descumprimento dos deveres de *Criminal Compliance* estabelecidos.

Noutras palavras, através da estipulação de deveres preventivos por parte do Estado e impostos ao particular é vislumbrada a possibilidade de se punir, em

decorrência do descumprimento dos deveres de *Criminal Compliance*, uma mesma pessoa física com imposição de severa sanção de Direito Sancionador e de punição no plano do Direito Penal em decorrência do mesmo fato atestando-se, conforme se entende, a ocorrência de *Bis in idem*.

Nesse sentido, surge o seguinte questionamento: sob o enfoque da Lei 9.613/98, que reprime a lavagem de capitais e permite, conforme interpretações no plano nacional, a possibilidade do duplo sancionamento mediante sobreposição de normas de raiz penal em casos de descumprimento dos deveres de *Compliance*, haveria repercussão no princípio da não autoincriminação na incidência concomitante de punições de Direito Sancionador e Direito Penal sobre o mesmo fato?

Como hipótese a ser defendida entende-se que o mecanismo de persecução utilizado no tratamento da Lavagem de capitais, que possibilita a duplicidade de sanções sobre a mesma situação fática e a mesma pessoa física pela inobservância dos deveres de *Criminal Compliance* valendo-se da sobreposição de normas de Direito Penal e Direito Sancionador, cria ao particular, especificamente quanto ao dever de informar operações suspeitas, uma dinâmica auto incriminatória, conduzindo-o a produzir provas contra si mesmo no plano penal, e, por simulacro de cumprimento, responder às exigências administrativas para afastar as pesadas punições de Direito Sancionador.

Em outros termos, pela alta carga subjetiva inerente ao dever de informar operações suspeitas, cujas operações por vezes se confundem com movimentações habituais da atividade, reivindicando do particular uma atuação policialesca, vislumbra-se a possibilidade de, descumpridos os deveres preventivos atinentes a tais obrigações de *Criminal Compliance*, ter que escolher a pessoa física entre: a) exercício do Direito de não produzir provas contra si mesmo e se ver sancionado no âmbito administrativo e potencialmente penalizado no plano penal ou b) simular a observância apenas para se livrar das severas sanções impostas pela autoridade administrativa, sanções estas por vezes superiores as criminais, e constituir provas contra si mesmo no plano da persecução penal. Entende-se que esta simulação, apta a afastar a severa sanção administrativa, potencialmente configurará produção de provas contra si mesmo no âmbito penal, porquanto o relatório de inteligência financeira produzido pelo COAF servirá de substrato para tal.

Nessa trilha, vislumbra-se no problema em deslinde mais um capítulo do Direito Pena expansionista, que absorve novas racionalidades estranhas ao Direito Penal clássico sem realizar a devida filtragem, afigurando-se corrompido, alopoiético. A inserção de novos bens intangíveis, atreladas aos mecanismos de *Compliance*, construídos sob a égide do atuarismo, da análise econômica do direito, do Eficientismo e da democratização da gestão dos riscos, esta última, evidência da falência estatal no controle da criminalidade, têm volvido o Direito Penal para uma faceta administrativizada e simbólica, sob pretexto de maior efetividade no combate à lavagem de dinheiro e concessão de mais segurança com menos custos. Ademais, esse processo de deterioração dos postulados basilares do Direito Penal clássico é acompanhado por violações a garantias individuais, *in casu*, o direito contra a autoincriminação.

Para além, se defenderá como necessário um apartamento do Direito penal da tutela desses novos bens, nos quais se inserem a legislação de lavagem de capitais, deixando a cargo do Direito Sancionador para, de forma autônoma, reprimir essa modalidade delitiva, afinal, a dupla sanção só é possível graças a utilização de dois ramos punitivos recrudescidos na tutela de um mesmo interesse.

Demais disso, cumpre aduzir que o trabalho tem como fundamental objetivo estabelecer uma investigação dos institutos alusivos ao *Criminal Compliance* e a lavagem de capitais e a forma como a junção destes institutos repercutem negativamente sobre o Direito a não autoincriminação da pessoa física obrigada. Como objetivos serão analisadas a lei de lavagem de capitais, o *Criminal Compliance* e a forma como a duplicidade de sanções se dá na tutela de novos bens jurídicos supraindividuais, fazendo ingressar no plano criminal racionalidades estranhas ao Direito Penal, através da alopoiése do sistema penal e conseqüente simbolismo. Após estabelecidas estas reflexões se poderá compreender se a dupla punição por meio de normas de cariz penal sobre o mesmo fato ofende o princípio do *Nemo tenetur se detegere*.

Para cumprir tal finalidade será utilizado como metodologia de trabalho um estudo descritivo e analítico, não se olvidando do uso integrado da dogmática jurídica penal com outros setores do conhecimento jurídico, notadamente a criminologia, a política criminal e o processo penal e do Direito comparado.

A dissertação se fundamentará em uma pesquisa dogmática, bibliográfica e

documental, uma vez que, se realizará a partir de material já elaborado como livros, artigos científicos, revistas, jurisprudência, publicações periódicas e impressos diversos referentes à matéria, sem se furtar de fornecer uma contribuição pessoal para este relevante problema, objetivando a solução de conflitos relativos às questões socialmente imprescindíveis, inseridas no tema proposto. Os dados que embasarão a pesquisa serão coletados mediante a interpretação analítica das fontes utilizadas. Outrossim, objetiva-se possibilitar o aperfeiçoamento do debate, através dos meios possíveis.

Para uma melhor compreensão e desenvolvimento das análises relativas a pesquisa a dissertação foi particionada em três capítulos, os quais se desmembraram em subcapítulos, de maneira a facilitar a compreensão lógica das explanações e uma abordagem clara dos temas propostos.

Em obediência a esta métrica, no primeiro capítulo, tratar-se-á da lei de lavagem de dinheiro e dos institutos alusivos ao *Criminal Compliance* com o objetivo de demonstrar como a dupla responsabilização se opera sobre as pessoas físicas através das imposições destas obrigações. Será delimitado o que são deveres de *Compliance* em sentido estrito, objeto da presente análise, diferenciando-os dos programas de *Compliance* e o porquê, ante a complexidade dos programas, estes não se aplicam às pessoas físicas que desenvolvem as atividades elencadas na lei. Após tal demarcação serão descritos os deveres elencados na Lei 9.613/98, a ampla margem interpretativa apresentada pelo denominado dever de informar operações suspeitas, as pessoas físicas obrigadas ao cumprimento das obrigações de *Criminal Compliance*, e como, no plano nacional, se opera o entendimento pela imposição do duplo sancionamento em caso de descumprimento dos deveres de *Compliance*. Ao final, será exposto que a responsabilização dita administrativa afigura-se uma imposição do Direito Sancionador, fato que se operou por intermédio da mudança legislativa ocasionada pela Lei 12.683/12.

No segundo capítulo será desenvolvida a ideia de que a incidência de sanção de Direito Sancionador e do Direito Penal sobre o mesmo fato se afigura *Bis in idem* e tecida a devida crítica à junção destes ramos punitivos na tutela da lavagem de dinheiro, porquanto se vislumbra na sobreposição de normas presente na legislação a causa da nociva duplicidade de sanções. Para tanto, serão estabelecidas as distinções entre ilícito penal e ilícito Administrativo, suas respectivas sanções e a

razão de serem as punições de Direito Sancionador distintas das administrativas, repercutindo na compreensão da independência das instâncias. Por meio da análise do bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro se discutirá como a expansão penal e a tutela de novos bens jurídicos, a pretexto de se promover mais segurança e em detrimento de princípios como lesividade e ofensividade, reivindicam a sobreposição de normas. Outrossim, serão estabelecidas as devidas análises criminológicas à sobreposição de normas e como a ampliação da noção de bem jurídico, ingressada no Direito Penal sem o devido filtro de relevância e acompanhada por lógicas atuariais e gerencialistas, raízes do *Criminal Compliance*, ingressaram na legislação penal e propiciaram essa dinâmica de controle.

Por fim, no terceiro capítulo se evidenciará como o princípio da não autoincriminação é mitigado no exercício da dupla punição quando da inobservância da obrigação de informar operações suspeitas. Será demonstrada a possibilidade de um profissional elencado na lei de lavagem ser compelido, por receio de uma dura sanção administrativa, *i. e.*, multa de natureza expropriatória com prejuízo direto da atividade, etc., mesmo inobservando os deveres preventivos de informar operações suspeitas, simular o cumprimento da obrigação legal para mitigar ou afastar a incidência da sanção imposta pela autoridade administrativa, vindo a apresentar provas que o incriminem no plano penal. A autoincriminação afigura-se, inclusive, uma aparente vantagem devido ao fato de, em determinados casos, a sanção penal poder ser mais branda que de Direito Sancionador, *ex. vi.*, substituição por penas restritivas de direitos, benefícios da delação, etc., o que favorece a dinâmica auto incriminadora em um processo penal. Em conclusão, será defendida a legitimidade do Direito Sancionador para, de forma autônoma, tutelar a lavagem de dinheiro.

2 LEI 9.613/98, CRIMINAL COMPLIANCE E OS DEVERES ESTABELECIDOS ÀS PESSOAS FÍSICAS NA PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO.

2.1 A FORMAÇÃO DOS MECANISMOS DE COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITALS: ORIGEM DA LEI 9.613/98

A lavagem de dinheiro, em breve definição, consiste em travestir de legalidade valores oriundos de movimentações criminosas. Partindo para os conceitos doutrinários, na lição de Prado¹, o branqueamento de capitais é entendido como processo ou conjunto de operações por intermédio das quais os bens ou dinheiro provenientes de atividades delitivas, ocultada sua procedência, são inseridos no sistema econômico e financeiro.

Na compreensão de Bottini e Badaró² a lavagem de capitais afigura-se como ato ou a sequencialidade de práticas cujo objetivo seja camuflar a natureza, a origem, disposição, localização, movimentação ou propriedade de bens, direitos e valores originados pela prática de crime ou contravenção.

Segundo Marco Antônio de Barros³ a lavagem de dinheiro consiste no método através do qual pessoas, de forma isolada, em conjunto ou através de organizações criminosas, processam seus ganhos financeiros ou patrimoniais oriundos de atividades ilícitas. Nesse sentido, tal modalidade delituosa traduz-se na transação comercial ou operação financeira cujo fito é ocultar ou dissimular a incorporação na economia ou no sistema financeiro do país, de forma permanente ou transitória, de bens, direitos ou valores que provenham direta ou indiretamente de conduta criminosa dando aparência de licitude. No processo de lavagem, portanto, bens de origem delituosa são inseridos no sistema econômico legal com aparência de terem sido adquiridos de forma lícita.

¹ PRADO, L. R. El Nuevo Tratamiento Penal Del Blanqueo de Capitales em El Derecho Brasileño (Ley 12.683/2012). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3.ª Época, n.º 10, jul. de 2013, p. 379-412. 2013. p. 386.

² BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e processuais Penais**. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

³ BARROS, M. A. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91-93.

Para Carla Veríssimo de Carli⁴ a lavagem de dinheiro se constitui, assim como todo crime econômico, um negócio que, não obstante objetivar lucro, tem sua parcela de custo. Seria um processo de “perdas necessárias” ou de custos inerentes ao negócio cujo objetivo é transformar dinheiro “sujo” em dinheiro “limpo”.

Em proposta da harmonização da legislação penal e processual penal da Europa, denominada de *Corpus Juris*, lavagem de capitais é entendida como dissimulação, ocultação da natureza, origem, movimentação, propriedade de bens ou de direitos a eles relativos procedentes de atividade criminosa capitulada no aludido regramento⁵.

Percebe-se que o objetivo precípua daquele que lava dinheiro, seja pessoa física ou organização, é escamotear os valores objetos de conduta delituosa dando-lhes feição de licitude. A corrida pela implementação de medidas legais que obstem tais práticas se avolumam, notadamente, pela consequência danosa que o delito gera no sistema financeiro e econômico em âmbito global.

A camuflagem de valores passíveis de serem consideradas como antecedentes históricos do crime de lavagem de dinheiro remontam à períodos anteriores a aparição da moeda. Na China, por exemplo, existem narrativas de comerciantes que ocultavam suas rendas à margem da lei, adquirindo bens a fim de burlar a legislação. A lavagem de capitais se perpetua através da história sob modalidades diversas, com aparições na Grécia Antiga, através da falsificação de dinheiro; na Idade Média, para se fugir de punições decorrentes do crime de usura; e no século XVII por intermédio da prática da lavagem de ouro realizada pelos piratas.⁶

A expressão lavagem de dinheiro deriva do termo inglês “*money layndering*” utilizado pelos norte-americanos para se referirem à técnica utilizada pela máfia que atuava nos Estados Unidos no início do século XX, máxime no período da “Lei seca”, cuja atividade criminosa era camuflada pelas lavanderias de roupas e o dinheiro sujo, à semelhança do processo de lavagem de roupas, era reintroduzido

⁴ DE CARLI, C. V. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e análise do Discurso**. 231 fl. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006.113

⁵PRADO, L. R. 2013. op. cit. p. 386.

⁶ SALAS, M. S. **O Bem Jurídico protegido pela Lavagem de Dinheiro no padrão Internacional**. 2017. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2017. p.20-22

na economia com aparência de licitude⁷.

A lavagem de dinheiro é compreendida como um delito de natureza polimorfa. Firmado no modelo exemplificativo estabelecido pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI)⁸, tem-se o acolhimento de que o branqueamento de capitais se desenvolve em 3 ciclos específicos, quais sejam: a) *placement* ou colocação; b) dissimulação dos ativos ou *layering*; e c) *integration*, que consiste na integração dos bens, direitos ou valores à economia regular⁹. O processo vai desde a utilização de corretoras e bancos, passando pelo envio de divisas para paraísos fiscais, até a aquisição de bens, tudo com o escopo de maquiar a origem ilícita dos valores¹⁰.

A tese do desenvolvimento trifásico da lavagem de dinheiro, no plano nacional, é largamente reforçada nas decisões do STF¹¹ e STJ¹². Como exemplo, cita-se a emblemática AP 470, popularmente cunhada de “Mensalão”, em que o STF, além de expor a compreensão tripartida do desenrolar da lavagem, reconhece o assente de tal divisão na doutrina norte-americana do “*Money laundering*”.

Em delimitação mais acurada das três fases, pode-se estabelecer que na primeira etapa há a escamoteação inicial da origem ilícita dos valores anteriormente advindos da prática criminosa. Aplica-se imediatamente os ativos ilícitos no mercado

⁷ MACHADO, L. M. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 34-43, fev./mar. 2015. p. 35-36

⁸ “O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) é uma organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Criado em 1989, o GAFI é um organismo elaborador de políticas que atua visando a gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias nessas áreas”. (BRASIL, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **GAFI**. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/participacao-no-gafi> > Acesso em 25 dez. 2017.)

⁹ SANCHEZ RIOS, R. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política-criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36

¹⁰ PRADO, L. R. **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: RT. 2009. p. 350.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL: AP 470 EI-DÉCIMOS SEGUNDOS MG. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 02/05/2014. **STF**, 2014. Disponível em: < ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf > Acesso em: 20 dez. 2017.

¹² “O crime de lavagem se opera em três fases: a) ocultação do dinheiro obtido mediante ações criminosas; b) o distanciamento do dinheiro da sua origem criminosa e, assim, é ele manipulado nas bolsas superfaturados nas exportações, remetido aos paraísos fiscais – é a fase da cobertura, também chamada de controle, da estratificação, da dissimulação; e c) conversão do dinheiro obtido ilicitamente, dinheiro dito sujo, em capital lícito, ou seja, o dinheiro já lavado – fase de integração. (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1368914 MG 2013/0056685-7. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ 09/08/2017. **STJ**, 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=7469255&num_registro=201300566857&data=20170809&formato=PDF > Acesso em: 20 dez. 2017)

formal na busca de convertê-los em ativos lícitos. Os mecanismos são os mais diversos, *i, e.*, conversão de em moeda estrangeira por intermédio de doleiros, utilização de mulas para transportar divisas para além das fronteiras nacionais, transferência de valores para paraísos fiscais, pagamentos de faturas de cartão de crédito internacionais de empresas de fachada, etc.¹³

Na segunda fase, a dissimulação, as volumosas quantias de dinheiro inseridas no mercado na primeira etapa são diluídas em diversas parcelas através de operações financeiras sucessivas ocorridas tanto no país como no exterior, envolvendo diversas contas bancárias, bem como empresas nacionais e estrangeiras. Tal fase afigura-se como a lavagem propriamente dita pois objetiva em sua essência disfarçar de licitude os ativos ilícitos¹⁴. Por fim, a terceira fase, denominada integração, caracteriza-se pelo emprego dos valores criminosos no sistema de produção, através da aquisição, investimento ou criação de negócios lícitos ou simplesmente pela compra de bens¹⁵.

As diversas fases ou formas de manifestação do delito de lavagem revelam a multiplicidade de desdobramentos que o branqueamento de dinheiro pode adquirir. Todas as etapas demarcadas pela doutrina demonstram como o delito em pauta é dotado de complexidade. Entrementes, a sofisticação com que se dá a movimentação de dinheiro negro através de fracionamentos e cooptação pelos mais variados setores da economia, torna a lavagem de dinheiro uma modalidade delitiva própria do mundo globalizado.

Com efeito, outro aspecto relevante da temática diz respeito a técnica legislativa utilizada no delito de lavagem, tendo dois modelos como principais. Em um primeiro plano, o branqueamento é incluído no modelo de incriminação dependente ou indireta, contextualizada com a receptação, não sendo considerado um delito autônomo. Sob uma segunda perspectiva, e como técnica mais aceitável pela doutrina majoritária, a lavagem é capitulada como delito autônomo, independente e distinto do contexto jurídico-penal da receptação, afigurando-se, portanto, como um modelo independente de incriminação.¹⁶

¹³ MAIA, R. T. **Lavagem de dinheiro: (Lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 37.

¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 38

¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 40

¹⁶ PRADO, L. R. 2009. *op. cit.* p. 353.

Ainda é pertinente delimitar a abrangência do crime. Por ser a lavagem de dinheiro um delito configurado a partir de um ilícito penal prévio, a legislação penal no âmbito internacional delimita três sistemas ou gerações para relativas à sua criminalização. Nesse sentido, aduz Machado¹⁷:

legislação de primeira geração: a tipificação do crime de lavagem ficava circunscrita apenas e tão somente ao delito antecedente de tráfico ilícito de drogas (e afins). Ex. Convenção de Viena de 1988;

legislação de segunda geração: o rol dos crimes precedentes à lavagem é alargado, de maneira a prever, além do tráfico ilícito de drogas, outros injustos penais de significativa gravidade e/ou relevância. Contudo, o rol de crimes ainda é taxativo. Ex. Alemanha, Espanha e Portugal;

legislação de terceira geração: o delito de lavagem de dinheiro pode ocorrer tendo como precedente qualquer ilícito penal. Fala-se em rol aberto, ou, melhor, sem qualquer lista de injustos penais precedentes. Ex.: Argentina, Bélgica, França, Estados Unidos da América, Itália, México e Suíça.

Os breves conceitos demonstram a preocupação da doutrina penal mundial em estabelecer a abrangência do crime de lavagem e dos organismos internacionais em obstaculizar a interferência que movimentações de dinheiro ilegal na economia. Salienta-se que a ausência de rotulação prévia dos delitos antecedentes, próprios das legislações de terceira geração e presentes em grande parte dos regramentos no plano mundial, amplia o espectro de criminalização de condutas de lavagem de dinheiro.

Entrementes, é necessário compreender que mesmo sendo um fenômeno socioeconômico antigo a lavagem de capitais adquiriu notoriedade no cenário jurídico no final do século XX, através da criminalidade organizada e internacional, mormente no plano do tráfico de drogas. Por meio da complexa estrutura do ente e da atividade empresarial, percebeu-se a viabilidade do cometimento deste tipo de ilícito, passando o seu combate a ser preocupação de diversas nações.¹⁸

A preocupação com o tráfico de drogas foi percebida no cenário mundial e refletida na convenção das Nações Unidas realizada em Viena, no ano de 1988. O fito desta convenção era a promoção de cooperação internacional para combater o

¹⁷MACHADO, L. M. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 34-43, fev./mar. 2015. p. 39.

¹⁸ BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e processuais Penais**. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 24.

tráfico de entorpecentes e delitos correlatos, passando daí a advirem mandados de incriminação ordenados por mecanismos internacionais. Intensifica-se, através das preocupações supranacionais externadas nas Convenções, a adoção de medidas penais para o combate ao branqueamento de capitais.¹⁹

Os norte-americanos assumem a dianteira nas diretrizes relacionadas ao combate da lavagem de dinheiro. Após da Convenção de Viena avolumaram-se as iniciativas objetivando o controle da reciclagem de dinheiro. Sobre o tema, atesta Gomes²⁰:

Não que faltem iniciativas "formais" para o "combate" (controle) da lavagem de capitais. O mundo todo, insuflado pelos norte-americanos, demonstra preocupação com o tema há anos. Em nível mundial, como já destacamos, surge em 1988 a Convenção da ONU (Viena); depois vem a Declaração Conjunta dos sete países mais industrializados (Paris, 1989), a Declaração de Ministros de Estado (Londres, 1990), o Programa de Ação Global da ONU (1993). Na Comunidade Econômica Européia destaca-se a Recomendação R80 do Conselho Europeu (1980), a Convenção firmada pelos Bancos Suíços (1977-1987), a Declaração de Princípios de Basiléia (1988), a Convenção da CEE (1990), a Diretiva da CEE (1991), os Adendos à Convenção de Basiléia (1991, 1993). Tampouco o continente americano, no plano formal, descuidou do tema: Declaração de Ixtapa (México, 1990), Recomendação da OEA (1990), Regulamento Modelo da OEA, Declaração de Caracas (1990), de Cartagena (1991) etc.

Hodiernamente, atrelado ao objetivo inicial do combate ao tráfico de drogas, vários fatores preocupam as nações e os organismos internacionais, dado que, cooperam para o crescimento do delito de lavagem. Dentre eles, pode-se enumerar: a expansão dos paraísos fiscais, transferências eletrônicas de fundos, os avanços tecnológicos bem como a crescente concorrência entre estabelecimentos financeiros, o que favorece a movimentação de dinheiro, independente da origem, ao redor do mundo²¹.

Como o protagonismo na repressão à lavagem de dinheiro é assumido pelos países ricos, a exemplo dos Estados Unidos, dotados de estruturas e mecanismos

¹⁹ PRADO, L. R. **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: RT. 2009. p. 348

²⁰ GOMES, L. F. A lavagem de capitais como expressão do 'direito penal globalizado': enfoque crítico. In: SCHECAIRA, S. S (Org.) **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**. São Paulo: Método, 2001, p. 229-230.

²¹ PRADO, L. R. **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: RT. 2009. p. 349.

altamente desenvolvidos para a aplicação de suas leis, a centralização da prática de lavagem envolve-se para países de regulamentação menos rígida, prejudicando indiretamente a economia e reduzindo o crescimento das grandes potências.

Essa conjuntura enseja uma pressão política exercida pelas economias mais avançadas sobre as de menor poder. Temendo perder acesso ao mercado financeiro internacional, os países economicamente menos desenvolvidos acabam por ceder às pressões internacionais regulamentando, assim, legislações internas de combate à lavagem de dinheiro moldadas por padrões externos²².

Em face às pressões mundiais exercidas pelos países ricos, mormente os Estados Unidos, o Brasil não seguiu indiferente às reivindicações por uma legislação que combatesse o delito de lavagem de capitais. A Lei 9613/98, conforme se verá a seguir, iniciou o tratamento interno atinente aos crimes de branqueamento de dinheiro.

2.1.1 O tratamento Nacional dado à prática da lavagem de dinheiro

As exigências internacionais externadas através das diversas convenções acabaram por impor ao Brasil a necessidade de enquadramento normativo no combate à lavagem de dinheiro. Após as diretivas estabelecidas em Viena, o Brasil, através do decreto 154/91²³, promulga a Convenção contra o tráfico ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas. Conforme art. 3º b), ii) da aludida convenção, os países signatários deveriam adotar medidas que obstaculizassem a ocultação ou o encobrimento da “natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens”, ciente de que procedem, conforme alínea a) do mesmo artigo, da produção, fabricação, preparação, extração, venda, distribuição ou oferta de substância psicotrópica.

Somente em 1988 o Brasil passa a tipificar, através da Lei 9.613²⁴, o crime de

²² VEIGA, L. H. C. **Ensaio sobre o Sistema Financeiro: Lavagem de Dinheiro e Spread Bancário**. 2006. 164 f. Tese (Doutorado em Economia). Universidade de Brasília – Brasília. 2006. p. 34.

²³ BRASIL. **Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em: 20 de dez. 2017.

²⁴ BRASIL. **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

lavagem de dinheiro. O texto normativo surge como legislação de segunda geração, contendo um rol taxativo de condutas antecedentes necessárias à configuração do crime de lavagem. Além do tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas afins, gatilho para o combate mundial do branqueamento de capitais, foram incluídos o terrorismo, tráfico ou contrabando de armas ou munições e materiais utilizados na produção, extorsão mediante sequestro, crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro, praticados por organização Criminosa e crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

O regramento pátrio teve significativa mudança com o advento da Lei 12.682/12²⁵. De início, convém mencionar a retirada do rol taxativo de crimes antecedentes. A lei passou de status de segunda geração para a terceira geração legislativa referente à criminalização da lavagem de capitais. O termo “crime”, apresentado no caput do artigo 1º da antiga redação, cede lugar para a nomenclatura “infração penal”, deixando clara a possibilidade de punição pelo branqueamento de capitais mesmo que a conduta anterior seja enquadrada como contravenção penal. As demais alterações oriundas da lei em voga serão devidamente tratadas ao longo do presente trabalho.

Em conformidade com o art. 1º da Lei 9613/98 (redação dada pela Lei 12.682/12) o ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” consiste no crime de lavagem de capitais. Diante do rol de condutas capituladas no artigo primeiro mostra-se necessária uma breve explanação sobre a tipicidade objetiva e subjetiva do tipo penal em observação, com uma maior atenção para o plano da responsabilização do agente, tema relevante para a pesquisa em curso.

Ocultar refere-se ao ato de esconder, impossibilitando o conhecimento de sua situação espacial e jurídica. Dissimular, por seu turno, refere-se a encobrir com astúcia. No primeiro atesta-se o mero encobrimento enquanto que no segundo tem-se o emprego de fraude para tornar imperceptível. Ressalta-se que a ocultação ou

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 de dez. 2017.

²⁵ BRASIL. Lei. **12.682 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: 20 dez. 2017

dissimulação atrelam-se à natureza (essência), origem (forma de obtenção), localização (lugar onde se encontra), disposição (emprego gratuito ou oneroso), movimentação (circulação), propriedade de bens, valores ou direitos (titularidade)²⁶.

De primeira mão, sublinha-se que a lavagem é tratada como um delito com seu próprio conteúdo de injusto e culpabilidade, não sendo vislumbrado, em que pese as críticas que serão expostas, como um delito acessório. Há, conforme esse entendimento, um vínculo meramente formal entre o delito-base e o delito de lavagem e não um *post-delictum*²⁷. Para reforçar a vigência de tal compreensão basta observar que, no tratamento quanto ao aspecto formal, a ação penal independe do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticadas em outro país, sendo suficiente a prova de sua existência. Nesse sentido, decidiu o STF²⁸, no HC 94958/SP, pela independência do julgamento do crime de lavagem em relação ao julgamento do crime antecedente, sob o argumento de que basta ser a denúncia “instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente”.

Ainda sobre a compreensão de autonomia da lavagem em relação ao crime antecedente, já decidiu a sexta turma do STJ, no REsp 1342710/PR, que a lavagem é crime “autônomo em relação ao crime antecedente, não constituindo *post factum* impunível, nem dependendo da comprovação da participação do agente no crime antecedente para restar caracterizado.”²⁹

É necessário pontuar que a infração antecedente, caso seja praticada em outro país, também deve ser considerada como crime no lugar onde foi perpetrada, não necessitando de identidade textual entre as infrações penais, bastando somente ter

²⁶ PRADO, L. R. El Nuevo Tratamiento Penal Del Blanqueo de Capitales em El Derecho Brasileño (Ley 12.683/2012). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3.ª Época, n.º 10, jul. de 2013, p. 379-412. 2013. DO, L. R. 2013. p. 393.

²⁷ PRADO, L. R. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2009. p. 358.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. HC 94958 SP. Relator: Joaquim Barbosa. DJ: 05/02/2009. **STF**, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573765>> Acesso em: 21 dez. 2017.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1342710 PR 2012/0185814-9. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 02/05/2014. **STJ**, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201858149&dt_publicacao=02/05/2014> Acesso em: 20 dez. 2017.

em comum o bem jurídico tutelado³⁰.

A legislação permite ainda a possibilidade de o agente responder por concurso de delitos pela infração antecedente e pela lavagem de capitais, posto que, na compreensão estabelecida por Prado³¹, a tutela jurídico-penal “recai sobre bens jurídicos diversos e independentes”. Nesse sentido, há, na visão de Prado, a viabilidade: 1) da extraterritorialidade do delito base, uma vez que, não há óbice para que o delito antecedente seja praticado no exterior, respeitado o *Non bis in idem* e a inexistência de disposição contrária; 2) da lavagem de dinheiro substitutiva, compreendida como aquela em que os bens ditos substitutivos não provém diretamente da infração penal antecedente, porquanto foram transformados, algo comum nas práticas de lavagem ; 3) da ocorrência da lavagem em cadeia, quando o crime de lavagem de capitais afigura-se como delito antecedente a outro delito de mesma espécie³².

Na perspectiva da tipicidade subjetiva como sujeito passivo é estabelecida a coletividade. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, uma vez que o legislador não estabeleceu restrições referentes ao infrator, nem exigiu uma qualificação específica³³. Além disso, em obediência a esse entendimento, a sexta turma do STJ³⁴ já decidiu, em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, RHC 39.479/RJ, que o crime de lavagem de dinheiro não reivindica que o sujeito ativo seja autor do crime antecedente.

O caput do artigo 1º da Lei 9613/98, alterada pela Lei 12/683/12, descreve um tipo misto alternativo, tendo as condutas caráter fungível. Apresenta-se como delito de mera conduta ou de resultado cortado, no qual a obtenção do fim esperado pelo autor não afeta a consumação³⁵.

É necessária a configuração do dolo no tipo subjetivo, seja direto ou eventual,

³⁰ PRADO, L. R. 2013. op. cit. p. 396.

³¹ PRADO, L. R. 2009. op. cit. p. 359.

³² PRADO, L. R. 2013. op. cit. p. 397-398.

³³ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 59.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 39470 RJ 2013/0227222-2. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 01/07/2014. **STJ**. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302272222&dt_publicacao=01/07/2014> Acesso em: 21 dez. 2017.

³⁵ PRADO, L. R. 2013, op. cit. p. 393.

não sendo punida a modalidade culposa. Nesse sentido, aduz Sanchez Rios³⁶:

Imperioso concluir que, no Brasil, a redação do delito de lavagem, previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 9.613/98, acolhendo o verbo reitor da “ocultação ou dissimulação” no núcleo do tipo fundamental, demanda, no elemento subjetivo, o conhecimento pelo defensor da origem ilícita do dinheiro e, no seu recebimento, a destinação fraudulenta voltada a ocultar esses valores entregues, criando, desse modo, um risco penalmente desaprovado.

Veja que, como aventado, o delito de lavagem de capitais não comporta a modalidade culposa no ordenamento pátrio, imprescindível é a ocorrência de um liame anímico com o caso concreto.

Na lição de Bottini e Badaró³⁷, em concordância com as colocações de Sanchez Rios, o agente deve possuir consciência clara da procedência ilícita dos bens, nos moldes do art. 1º, caput da lei. Em momento oportuno, se tratará das questões alusivas ao dolo eventual, cujas querelas relativas à sua aplicação no crime de lavagem de capitais, bem como o entendimento favorável a essa perspectiva, assentam-se na interpretação e transporte para a legislação nacional da teoria norte-americana conhecida como “cegueira deliberada”.

Em continuidade, convém pontuar que incorre na mesma pena quem, conforme § § 1º e 2º do mesmo artigo, na busca de camuflar a utilização de bens, valores ou direitos provenientes de infração penal, negocia, movimenta, guarda e participa de grupo ou instituição que se utilize de sua atividade para cometimento de lavagem de dinheiro. Os parágrafos 1º e 2º elencam, portanto, as chamadas formas equiparadas à lavagem.³⁸

No parágrafo 1º³⁹, como se percebe no texto do dispositivo, incorre nas mesmas penas de lavagem quem para ocultar ou dissimular a utilização de bens, valores ou direitos provenientes de infração penal, os converte em ativos lícitos⁴⁰,

³⁶ SANCHEZ RIOS, R. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política-criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

³⁷ BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e processuais Penais**. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 138-140.

³⁸ PRADO, L. R. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2009. p. 360

³⁹ BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. loc. cit.

⁴⁰ Na lição de Ilana Martins Luz o objetivo dessa conduta descrita no inciso I, é a incriminação daquele que converte bens ativos lícitos com o escopo de ocultá-los ou dissimulá-los através, por

adquire, recebe, negocia, troca, dá ou recebe em garantia, guarda, mantém em depósito, movimenta ou transfere⁴¹, importa ou exporta bens ou valores não correspondentes aos verdadeiros⁴².

O parágrafo 2º⁴³, de forma dissecada, inclui nas mesmas penas do crime de lavagem aquele que utiliza, na atividade econômica e financeira “bens, direitos ou valores provenientes da infração penal”⁴⁴ ou “participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos” na aludida lei⁴⁵.

Nas formas equiparadas percebe-se a busca pela punição daquelas figuras, pessoas físicas ou jurídicas, que atuem de forma indireta no favorecimento da circulação de bens, valores derivados de infração penal. Sabe-se que o criminoso busca valer-se das atividades econômicas formais para reinserir dinheiro de origem ilícita e fazê-lo movimentar sem levantar suspeitas.

Superadas as breves argumentações relativas à tipificação do delito, algumas delas a serem retomadas de forma mais aprofundada quando se tratar de responsabilização da pessoa física pelos descumprimentos dos deveres de *Compliance*, fato de elevada importância a se mencionar, a respeito da legislação de

exemplo, da compra de passagens aéreas, bens de luxo, troca de dinheiro por joias, etc. (LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 80). Rodolfo Tigre Maia afirma que a expressão “ativos lícitos” representa genericamente patrimônio legítimo, a ex. de investimentos, aplicações financeiras, participação acionária, compra de bens móveis e imóveis, etc. (MAIA, R. T. **Lavagem de dinheiro: (Lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 96.)

⁴¹ Segundo De Carli “O tipo do inciso II prevê uma série de condutas que, em sua maioria, representam a circulação dos bens e valores na economia legal, afetando diretamente o bem jurídico protegido pela norma.” (DE CARLI, C. V. Dos crimes: aspectos objetivos. In _____ (Org.) **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e controle Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 251.)

⁴² Com essa conduta o agente objetiva encobrir a ilicitude do patrimônio para, a posteriori, aproveitá-lo no mercado financeiro com semblante de licitude. (PRADO, L. R. El Nuevo Tratamiento Penal Del Blanqueo de Capitales em El Derecho Brasileño (Ley 12.683/2012). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3.ª Época, n.º 10, jul. de 2013, p. 379-412. 2013. DO, L. R. 2013. p. 400)

⁴³ BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. loc. cit.

⁴⁴ Para De Carli é através da comissão dessa modalidade delitiva inculpada no § 2º, I que são reintroduzidos no plano econômico os bens, valores ou direitos oriundos da atividade ilícita. (DE CARLI, C. V. 2013, p. 258). Conforme Maia, essa forma de lavagem afigura-se a de efeito mais danoso infiltrada na atividade econômica formal. (MAIA, R. T. op. cit. p. 99-100.)

⁴⁵ Sobre o dispositivo, expõe Prado que o objetivo é punir grupos, associações ou escritórios cuja atividade principal ou secundária é dirigida à prática de lavagem. Permite-se, dessa forma, a imputação típica mesmo que o sujeito não tenha praticado os atos descritos no caput do art. 1º, responsabilizando-o penalmente através do concurso de pessoas e da imputação subjetiva da responsabilidade. Ainda sobre o texto, expõe: “No que se refere aos elementos normativos grupo, associação e escritório, são conceitos extremamente indeterminados e revelam falta de técnica legislativa, o que dificulta a identificação clara e sem dubiedade da figura delitiva descrita no tipo legal” (PRADO, L. R. 2009. op. cit. p. 361- 362).

lavagem de capitais, é a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), cuja determinação legal encontra-se no art. 14⁴⁶ da Lei 9.613/88. O COAF figura como órgão responsável por receber as informações derivadas das obrigações de *Criminal Compliance* impostas na lei de lavagem de capitais e estipular os processos e sanções administrativas cabíveis em caso de descumprimento.

O COAF, como órgão especial de inteligência financeira, possui a tarefa de identificar as operações duvidosas que possam se configurar em lavagem de dinheiro. Além de desenvolver a função de inteligência financeira, nos moldes do parágrafo 1º do art. 14 da Lei 9.613/98, o COAF também desempenha atividades de regulação e aplicação de sanções nos setores desprovidos de órgãos fiscalizadores próprios a exemplo as empresas de fomento mercantil, comércio de antiguidades e obras de arte, de joias e metais preciosos, cartões de crédito e não bancários⁴⁷.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras faz parte do “Grupo de Egmont”. Consiste em um grupo informal de Unidades de Inteligência Financeira, FIUs, conforme sigla inglesa, cujo escopo é a cooperação mútua, intercâmbio de informações e troca de experiências⁴⁸.

É do COAF, segundo estabelecido na legislação de lavagem de dinheiro, a missão de prevenir a utilização dos setores econômicos por quem intenta lavar dinheiro. Através dos mecanismos de gestão de riscos, governança corporativa são regulamentadas as políticas de *Compliance* estabelecidas na Lei 9.813/98, instituto que será trabalhado mais adiante. Sobre o tema, vejamos:

O COAF tem por missão prevenir o uso dos setores econômicos por quem deseja lavar ativos. Neste contexto, enfrenta-se um importante desafio: incentivar o compromisso e a participação das pessoas obrigadas. Busca-se criar condições para que essas pessoas estejam cada vez mais atentas a comportamentos de seus clientes que fujam da normalidade. Na ausência de controles adequados para detectar esses comportamentos, a pessoa

⁴⁶ Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. op. cit. loc)

⁴⁷ BRASIL, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Atuação**. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/sendo-regulado/regulacao-e-supervisao>> Acesso em: 21 de dez. 2017.

⁴⁸ BRASIL, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Grupo de Egmont**. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/grupo-de-egmont>> Acesso em: 21 de dez. 2017

obrigada não apenas coloca em risco a sua reputação, mas também torna vulnerável o ambiente de negócios e a comunidade em que atua. A atuação do COAF na Regulação e Supervisão de pessoas obrigadas está pautada pela gestão de riscos, governança corporativa e o investimento em pessoas e tecnologia. O desafio de supervisionar milhares de pessoas físicas e jurídicas que atuam nos setores obrigados exige atuação focada na eficiência⁴⁹.

Não obstante a importância do órgão no plano da regulação de operações financeiras, o COAF não atua de forma exclusiva dado a amplitude das movimentações que ocorrem no mercado financeiro. Outros órgãos como a Secretaria da Previdência Complementar, o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários, a Superintendência de seguros Privados e a Secretaria da Receita Federal também atuam por intermédio de mecanismos de controle de atividades relativas à lavagem de dinheiro⁵⁰.

Ainda nesse sentido, órgãos de fiscalização próprios das atividades profissionais também agem na regulamentação dos deveres a serem seguidos para a prevenção de crimes de lavagem de capitais. Como exemplos, menciona-se: a) o Conselho Federal de corretores de Imóveis que através da Resolução 1334/14 alterou a Resolução 1168/10 para se adequar as alterações legislativas trazidas pela lei 12.683/12; b) o Conselho Federal de Economia cuja Resolução 1902/13 define obrigações das pessoas físicas e jurídicas que exploram atividade econômica e financeira, em razão dos crimes de lavagem; e c) o Conselho Federal de Contabilidade através da Resolução 1443/13 que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações contábeis na prevenção do delito de lavagem.

Os regramentos emitidos pelos conselhos profissionais supracitados serão devidamente trabalhados em momento oportuno, quando forem desenvolvidas as argumentações as pessoas físicas destinatárias dos deveres de *Compliance* e a ampliação do rol de sujeitos a tais obrigações, conforme mudanças fixadas pela Lei 12.683/12.

⁴⁹ BRASIL, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Atuação**. loc. cit.

⁵⁰ CORRÊA, T. M. A lavagem de dinheiro e a comunicação de operações bancárias suspeitas pelo COAF: qual medida a ser adotada pelo "Dominus litis"? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 183, fev. 2008. p.9.

2.2 CRIMINAL COMPLIANCE: CONCEITO, CONTORNOS HISTÓRICOS E RELAÇÃO COM O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO.

O destaque adquirido pelo termo “*Compliance*” no curso da sociedade de risco é algo inegável, tornando o instituto um mecanismo recorrente na prevenção da criminalidade coletiva, em especial, a lavagem de capitais. Não apenas o plano jurídico, como também outros ramos do conhecimento possuem alguma relação com a ideia derivada do termo. A expressão inglesa “*to comply*”⁵¹, da qual se origina o termo *Compliance* denota a noção cumprimento de diretrizes, ações de conformidades, estar em acordo. Esta compreensão remete à percepção de que as diretrizes obedecidas e cumpridas devem derivar de normas emanadas de um determinado conjunto de regramentos.

Ao longo dos anos, máxime no início do século XX, a evolução dos regramentos relativos à governança corporativa, auto regulação regulada e contenção de riscos da atividade empresarial marchou paralelamente ao interesse estatal e internacional em combater crimes econômicos e supranacionais, especialmente, a lavagem de capitais.

Os motivos do crescimento paralelo são basicamente os mesmos, a saber, ambos são fruto da sociedade de risco e as nova inseguranças dela advindas. Os deveres e programas de *Compliance* surgem e se expandem à medida o Estado desenvolve uma nova forma de controle de atividades interessantes à economia, valendo-se, para tanto, do compartilhamento da gestão de riscos com os particulares exploradores de atividades econômicas arriscadas.

Como dito acima, o termo *Compliance* não se originou em berço jurídico, ao revés, apesar de o conceito possuir um percurso de formação um tanto quanto breve, já vinha sendo utilizado na medicina, aludindo ao comportamento comprometido e cooperativo do paciente em relação ao tratamento que lhe fora dispensado⁵².

Ressalta-se que a ideia de comprometimento está atrelada a qualquer ramo do direito, indistintamente. Entretanto, devido à complexidade das relações sociais, em

⁵¹ Tradução livre.

⁵² ROTSCH, T. Criminal Compliance. **Revista para el análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, jan. 2012. Disponível em: <www.indret.com/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

especial, as oriundas da sociedade de risco e do já mencionado avanço tecnológico, houve, entre os estudiosos do Direito Penal e adeptos da concepção de uma ciência criminal apta a tutelar as novas ameaças, a análise da figura do *Criminal Compliance*.

Nota-se que, com a inserção dos mecanismos de governança corporativa há uma distribuição de maior parcela de responsabilidade aos particulares na prevenção das condutas lesivas à atividade empresarial e a ordem econômica. Mesmo em meio a vastidão de estudos relativos ao tema, não há uma exatidão no conceito de cumprimento tendo em vista a sua amplitude, fato que dificulta a uma delimitação conceitual.

Historicamente, em que pese o conceito de *compliance*, como já dito, ter trilhado diversos caminhos nas mais distintas áreas do conhecimento, sua relação com o Direito Penal, máxime o Direito Penal Econômico, é relativamente recente. À semelhança das legislações sobre branqueamento de capitais, a realidade supranacional ditou a adesão de diversos países às regras e políticas de *compliance* geradas em um plano internacional. Ressalta-se, inclusive, conforme aduz Adan Nieto Martín⁵³, que as estratégias de autorregulação se acentuam a partir da década de 1990, o que agudiza ainda mais as similaridades históricas entre os regramentos de *compliance* e lavagem de capitais. O *compliance*, portanto, evolui em paralelo às legislações de lavagem de dinheiro sendo-lhe confiado o caráter de principal mecanismo na persecução ao branqueamento.

A Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI) e a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), em interessante linha do tempo traçada em documento consultivo referente à função de *compliance*, colocam como marco inicial internacional de surgimento das políticas voltadas para “se estar em *compliance*” a criação do Banco Central Americano em 1913 cujo escopo era implementar uma sistemática financeira mais segura e flexível⁵⁴.

Nesse desenrolar histórico, é demonstrada a visão de que desde a derrocada da Bolsa de Nova York no final da década de 20 que os sistemas de controle interno

⁵³ NIETO MARTÍN, A. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política criminal**, n.º 5, p. 1-18, 2008. p. 3

⁵⁴ FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos. **Função de Compliance**. Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

no seio das empresas tomaram protagonismo. Para mais, com a publicação da Prudential Securities na década de 50, que estabeleceu a contratação de advogados para prestarem consultoria, acompanhamento e monitoramento de atividades que envolvessem valores mobiliários que já se percebeu, no curso do século XX, registros de ações de *Compliance*⁵⁵.

Ilana Martins Luz traz uma aclaradora informação a respeito da evolução nos regramentos de *Compliance* que corroboram com os argumentos já levantados sobre o avanço paralelo entre os mecanismos de combate aos crimes econômicos, especialmente a lavagem de capitais, e o instituto do *Criminal Compliance*, ambos, como se defende ao longo do presente trabalho, fruto do expansionismo penal. Segundo a autora, as implicações da autorregulação regulada alcançaram força após promulgação de dispositivos legais nascidos em berço norte-americano (conjuntura semelhante ao surgimento dos regramentos sobre lavagem de dinheiro), a saber, *Foreign Corrupt Practices Act*, *Lei Sarbanes-Oxley* e *Lei Dodd-Frank*⁵⁶.

Retomando os conceitos alusivos ao instituto do *Criminal Compliance*, segundo Ádan Nieto Martín⁵⁷, o termo “cumprimento” é um dos mais vagos e inexpressíveis que existem, expressando o agir em conformidade com a legalidade, sendo entendido como legalidade o cumprimento de obrigações civis e diretrizes no seio da empresa. Em que pese tal simplicidade conceitual, conforme aduz Martín, o termo é provido de riqueza e complexidade conceitual quando atrelado com a atuação dos programas de cumprimento em conformidade com o ordenamento jurídico e com a gama de atividades que envolvem o tema.

Conforme explanado por Ivó Coca Vila⁵⁸, o instituto em testilha diz respeito a forma de regulação estatal do mundo empresarial, caracterizada pela “incorporação do ente privado no processo de regulação de forma subordinada aos concretos fins ou interesses públicos predeterminados pelo Estado”.

⁵⁵ FEBRABAN – **Federação Brasileira de Bancos**. op. cit. p. 8.

⁵⁶ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 19.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, A. Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; GIMENO, I. O. U. (Org.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. cap. I, p. 21-50. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

⁵⁸ Conforme original “incorporación del ente privado em el proceso de regulación pero de forma subordinada a los concretos fine o intereses públicos predeterminados por el Estado.” (COCA VILA, I. Programas de Cumplimento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, J. M.; FERNÁNDEZ, R. (Org.). **Criminalidade de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas**, Barcelona: Atelier, 2013. p. 51.)

Não obstante a compreensão de autorregulação atrelada à ingerência estatal, cumpre pontuar que a doutrina não observa o instituto apenas por esse diapasão. Situações há, mesmo que excepcionais, em que a autorregulação se opera sem interferência pública.

Arroyo Jiménez elenca, dentre distintas sistemáticas atinentes a autorregulação, uma classificação partindo da análise do grau de ingerência estatal. O autor classifica a autorregulação, dependendo do nível de intervenção pública, em vinculante e não vinculante⁵⁹.

Na autorregulação vinculante há uma intervenção pública incidindo, especificamente, sobre as posturas que serão obedecidas. Tal categoria se subdivide em três subgrupos, a saber: a) autorregulação transferida, caracterizada pela transferência por parte dos poderes públicos da capacidade normativa a um ente de autorregulação que goza de um grau de autonomia para elaborar padrões de comportamento, *i. e.*, órgãos profissionais; b) autorregulação delegada, caracterizada por uma maior presença pública, que apenas delega as atividades relativas à execução das normas por ele previamente estabelecidas, *ex. vi*, setor de telecomunicações; c) autorregulação cooperativa, em que os poderes públicos e o particular autorregulador cooperam na elaboração e execução das normas⁶⁰.

Quanto a autorregulação não vinculante, a presença do Estado diminui progressivamente. Nessa modalidade, a autorregulação ocorre nas formas de fomento, apoio e na espécie voluntária. No primeiro caso, o Estado apoia materialmente ou cria incentivo para o desenvolvimento de normas de cumprimento, mas não desenvolve uma estrutura normativa que fundamente a autorregulação. Na espécie de apoio tácito, o Estado apenas age desenvolvendo atividades de caráter administrativo para o acompanhamento do sistema de autorregulação. Por fim, na espécie de autorregulação voluntária, o Estado apresenta-se inativo quanto a normatização, apoio material ou desenvolvimento de atividades de acompanhamento interferindo, apenas, em casos de interesse público⁶¹.

Dos conceitos estabelecidos alhures se observa que o *Compliance*, pautado na ideia de cooperação entre o particular e o poder público e de uma autorregulação,

⁵⁹ ARROYO JIMÉNEZ, L. Introducción a la autorregulación. In: _____; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). **Autorregulación y sanciones**. Valladolid: Lex Nova, 2008. p. 26-27

⁶⁰ Idem, *Ibidem*, p. 27-28

⁶¹ Idem, *Ibidem*, p. 28

via de regra, não se firma em uma postura autônoma por parte do setor privado. Salienta-se que a vertente da autorregulação vinculante será a preocupação do presente trabalho. O particular, nesse sentido, não define por conta própria quais medidas serão adotadas para a boa conduta corporativa. As normas são emanadas, em sua maioria, pelo Estado através de regramentos emitidos por órgãos reguladores ou por organismos internacionais que monitoram e coordenam atividades empresarias, *i. e.*, o GAFI.

Outrossim, a co-regulação firma-se predominantemente na instituição de Programas de *Compliance*, ou comprometimento, que, consiste em compromisso da empresa com o cumprimento do ordenamento jurídico, através da instituição de código de conduta ético interno.

Segundo Rudá Figueiredo⁶², o escopo do comprometimento é “alcançar tal finalidade, através da proibição de condutas arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando”. Não obstante a breve necessidade de se pontuar o conceito de programas de *Compliance*, o recorte da presente dissertação apega-se aos deveres de *Compliance*. Tais conceitos serão devidamente delimitados no tópico de número 2.3.

Thomas Rostch⁶³ entende que estar comprometido é “*to be in Compliance with the Law*”, que em tradução livre representa estar comprometido com a legislação. Nos termos aduzidos por Renato de Melo Jorge Silveira⁶⁴, consiste em uma autogestão empresarial, como um reforço ao não cometimento de ilícito. O objetivo do *Compliance* é mitigar riscos dentro de uma instituição através normas de controle, gerindo inseguranças operacionais e diminuindo significativamente as perdas⁶⁵.

O termo *Compliance* por vezes é atrelado à ideia de programa. Logo, a título delimitativo, como elementos necessários relativos à estrutura organizacional de

⁶² FIGUEIREDO, R. S. **Direito de Intervenção e Lei 12.846/2013: A adoção do *Compliance* como excludente de responsabilidade.** 2015. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 117.

⁶³ Texto original “*to be in Compliance with he Law*” (Cf. ROTSCH, T. Criminal Compliance. **Revista para el análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, jan. 2012. Disponível em: <www.indret.com/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018)

⁶⁴ SILVEIRA, R. M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

⁶⁵ BRAGA DA SILVA, A. O. **Risco de Compliance: Função, consolidação e desafios do mercado global.** 2011. 182 f. Dissertação (Mestrado em Gestão de Recursos Humanos e Análise organizacional) – Universidade Lusíada de Lisboa. Lisboa. 2011. p. 120.

aplicação do programa de *Criminal Compliance* têm-se um código de conduta interno, cujo escopo é influenciar a cultura de obediência às legislações de natureza penal, um departamento estruturado para o programa, de caráter independente e provido de atribuições imprescindíveis para o desenrolar de suas atividades investigativas no seio da empresa, além de uma pessoa responsável pelo programa, que, preferencialmente, deve estar ligado aos níveis mais altos da empresa⁶⁶.

Vejamos o que pontua, sobre o tema, Renato de Melo Silveira Jorge e Saad Diniz⁶⁷:

Os Compliance programs têm, em sua origem, claro propósito de prevenção de delitos econômicos empresariais através de uma correção estatal e privada, estabelecendo o que Sieber denomina de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, modalidade particular da própria autorregulação. Com base em códigos de conduta empresariais, autores como Navas Mondaca mencionam que tais códigos (que se mostram como pano de fundo de toda a questão do criminal Compliance) são reais produtos dos processos de autorregulação vista como uma autoimposição voluntária de santandards de conduta por parte dos seus organizadores e dos próprios indivíduos. Na realidade estadunidense a estipulação de Compliance programs visa, fundamentalmente, a avaliação do grau de responsabilidades empresariais através das chamadas Guidelines for Sentencing Organizations. Mas não só. Existe uma verdadeira plêiade de possibilidades de sua utilização, sempre, contudo, com o objetivo claro de evidenciar um caráter preventivo ao cometimento de crimes.

Premente esclarecer que o *Compliance*, no plano da Pessoa Jurídica, claramente se quer referir aos sistemas de controle internos de uma instituição que ensejem o esclarecimento e a segurança aos que utilizam ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que dão ensejos a eventuais desfalques, não somente nas empresas, mas, também, nos seus fornecedores e clientes.⁶⁸

Imperativo clarificar a necessidade de se abordar, mesmo que *an passant*, o a figura do *Compliance* atrelando seus conceitos ao plano da pessoa jurídica, apesar de não ser este o trato principal do presente trabalho. Ressalta-se que o enfoque deste trabalho é a implicação dos deveres de *Compliance* sobre as pessoas físicas,

⁶⁶ BUONICORE, Bruno Tadeu. Criminal Compliance como gestão de riscos empresariais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 234, p. 17-18, mai. 2012. p. 18.

⁶⁷ SILVEIRA, R. M. J.; SAAD-DINIZ, E. op. cit. p. 64-65.

⁶⁸ BENEDETTI, C. R. **Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 75

a fim de se estabelecer uma análise das exigências de autorregulação incidente em determinadas atividades e sua repercussão no plano da responsabilização. Entretanto, trabalhar conceitos próprios da atividade da empresa é algo do qual o instituto do *Compliance* não pode se apartar, até porque, das atividades próprias das organizações surgem as bases conceituais atreladas à autorregulação regulada.

Pelas reflexões e conceitos levantados, se extrai uma perceptível busca pela garantia de segurança aos investidores e estabilização do mercado. É razoável prever uma caminhada, enfatiza-se, à passos largos, para a exigência de programas de *compliance* como requisito obrigatório para a celebração de negócios e avenças no plano empresarial ou entre empresas e o poder público. A depender do montante em negociação ou do risco da atividade, empresas ou atividades profissionais que não possuam uma política de *compliance* bem estruturada estarão fadadas a restringirem suas atividades, quiçá, sucumbirem ante as exigências atuais.

Como exemplo pode-se citar o caso da Lei 7753⁶⁹ de 17 de outubro de 2017 do estado do Rio de Janeiro que exige a existência de programa de Integridade na empresa que celebre “contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público privada com a administração pública, direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro” em valores superiores à 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) em caso de compras e serviços, ainda que através de pregão eletrônico e cujo prazo do contrato seja igual ou superior a cento e oitenta dias.

Por mais das vezes, os dispêndios suportados pelas pessoas jurídicas para implementação de programas de *Compliance*, a fim de cumprirem os requisitos para celebração de contrato com a Administração Pública, bem como para estar em conformidade com as exigências normativas, oneram a atividade e levantam o dilema em relação à equação custo-benefício de um programa de conformidade.

Nessa senda, a empresa ou profissional que objetive a evitação da responsabilização penal e a minoração dos riscos, com o escopo de preservar a sua imagem e credibilidade, estabelecerá uma gama de comportamentos a serem

⁶⁹ RIO DE JANEIRO, **Lei nº 7753, de 17 de outubro de 2017**. DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NAS EMPRESAS QUE CONTRATAREM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Rio de Janeiro, out 2017. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>> Acesso em: 18 jan. 2018.

exigidos dos colaboradores, bem como membros da empresa, inclusive, aumentando os seus gastos para execução de tal fito.

Quanto às pessoas jurídicas, os *Compliance Officers*, que podem ser uma pessoa física ou um órgão no seio da empresa, no plano interno serão responsáveis pela implementação, condução e desenvolvimento dos programas de *compliance* serão os profissionais responsáveis pelo controle interno da corporação, assumindo o dever de vigilância do cumprimento das regras do *Compliance*⁷⁰.

Imprescindível delimitar alguns conceitos inerentes a esta figura, porquanto as discussões que a envolve, no plano doutrinário, fundamentam diversos questionamentos relativos à responsabilização penal pelo descumprimento dos deveres de *compliance*. Ao se falar em responsabilização, máxime a imputação penal pela omissão na observância dos deveres de *compliance* atribuídos a pessoa física, a primeira discussão que surge na doutrina diz respeito à figura do *Compliance Officer*.

Bermejo e Palermo⁷¹ elencam as atribuições do *Compliance Officer* relativas ao programa de *compliance* em três, quais sejam: a) o desenho do programa, que deve satisfazer as normas de qualidade impostas tanto no plano da legislação local quanto no âmbito das normas técnicas atinentes à identificação, controle, reporte de informações e evitação dos riscos relativos à atividade; b) implementação do programa desenhado, cabendo ao *Compliance Officer* assegurar sua aplicação e organização com vista a garantir que todos os envolvidos na atividade arriscada cumpram as normas alusivas ao programa, e por fim; c) controle interno, através do qual o *Compliance Officer* exerce a gerência referente ao cumprimento por parte dos membros da pessoa jurídica das normas desenhadas e implementadas, identificando infrações, para então evitá-las e reportá-las.

Compete ao *Compliance Officers* a “função de duplo asseguramento”, operando como uma barreira adicional com a função de evitar “*out puts*” atentatórios às atividades da empresa. Fala-se em duplo asseguramento uma vez que o controle de riscos é deferido a quem gere as situações potencialmente lesivas e, ainda a

⁷⁰ CABRERA, M. G. Compliance e imputação objetiva: a criação de risco proibido. In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C.; DAVID, D. F. (Org.). **Compliance e Direito penal**. Cap. I, p. 120-141, São Paulo: Atlas, 2015. p. 129.

⁷¹ BERMEJO, M. G.; PALERMO, O. La Intervención Delictiva del Compliance Officer. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; GIMENO, I. O. U. (Org.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. cap. IV, p. 171-220. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 182.

terceiros, existindo duas instâncias de controle que mutuamente se completam⁷². Jesus-Mária Silva Sánchez⁷³ informa que a posição do *Compliance officer* excede a de um simples delegado de vigilância, não possuindo somente o dever de vigilância sobre o programa de *Compliance*, mas o de gerenciá-lo, sanando as falhas ante a presença de indícios de inocorrência de efetividade.

No âmbito do ente fala-se, portanto, em dever de vigilância, também cunhado de dever de supervisão, sendo este a obrigação que possui o diretor sobre os subordinados que eventualmente possam ocasionar infortúnios a terceiros externos a empresa.⁷⁴ O empresário, quando atribuir ao *Compliance Officer* o controle interno do programa, não confere automaticamente plenos poderes para o exercício da vigilância ao *Compliance Officer* (delegado) relacionados às atividades outorgadas.

Faz-se necessário pontuar, conforme salienta Scandelari⁷⁵, que o dever de agir em caso de conhecimento de riscos, e de corrigir desvios, não pode ser delegado em sua totalidade. A implementação por parte do *Compliance Officer* de um programa efetivo de *Compliance*, a depender dos moldes da delegação estabelecida, confere ao empresário o dever primário de estabelecer mecanismos idôneos para supervisionar os riscos de infração penal.

De um lado, defende-se que a delegação, que inclui a transmissão das obrigações de garante ao *Compliance Officer*, baseiam-se no princípio da confiança, postulado básico de todas as relações interpessoais⁷⁶. Por outra perspectiva, entende-se que o princípio da confiança, vigente nas relações de trabalho, é inaplicável nos vínculos entre administradores e *Compliance Officers*, tendo em vista que as competências e atribuições partem da desconfiança, a exemplo dos auditores internos de contas ou da gestão de riscos empresariais, que não possuem a obrigação de partirem do princípio de que as informações escritas e fornecidas

⁷² BRITO, T. Q. et al. Relevância dos mecanismos de "Compliance" na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes. **Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais**, Lisboa, p. 75-91, jan. 2014. p. 87.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. Deberes de vigilância y Compliance empresarial. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; GIMENO, I. O. U. (Org.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. cap. II, p. 79-106. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 103

⁷⁴ SCANDELARI, G. B. As posições de garante na empresa e o criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C.; DAVID, D. F. (Org.). **Compliance e Direito penal**. cap. I, p. 158-195. São Paulo: Atlas, 2015. p. 177-178.

⁷⁵ Idem, *Ibidem*, p. 175.

⁷⁶ Idem, *Ibidem*, p. 185-186.

estão fidedignas⁷⁷.

As alegações acima levantadas movimentam a doutrina relativa ao tema, vez que, pautado nos limites da delegação de poderes ao *compliance officer*, pode-se estabelecer de sua percepção ou não, bem como a dos gerentes e administradores, como garantidores. Assim, o *Compliance Officer*, como garante de vigilância, poderá responder, ao vislumbrar de SCANDELARI⁷⁸, pela autoria de uma omissão plenamente relevante.

Não obstante ser tema imprescindível e demonstrar a possibilidade de responsabilização penal pelo descumprimento dos deveres de *Compliance*, acompanhada, inclusive por parte da doutrina e jurisprudência⁷⁹, a título de demarcação do objetivo pretendido pelo presente trabalho, convém pontuar que, apesar de serem os gerentes, administradores e o *Compliance Officers* pessoas físicas sujeitas à desdobramentos punitivos penais decorrente da inobservância das obrigações de *Compliance* constante na lei de lavagem de capitais, tais pessoas não se evidenciam como objeto do presente estudo relativo ao duplo sancionamento da pessoa física.

Os motivos são claros, a saber: a) tais figuras estão atreladas à abordagem do *Compliance* sob enfoque das organizações e de suas complexidades, destoando da análise voltada exclusivamente para a pessoa física que diretamente desenvolve atividade elencada pela lei de lavagem e descumpra os deveres de *Compliance* em sentido estrito; b) a responsabilização administrativa, via de regra, recai sobre a pessoa jurídica, que por vezes figura como blindagem⁸⁰ para que a pessoa física não seja alcançada c) vislumbra-se que a responsabilização administrativa dessas

⁷⁷ BRITO, T. Q. op. cit. p. 87.

⁷⁸ SCANDELARI, G. B. op. cit. p. 178.

⁷⁹ Saavedra cita o exemplo da Apelação Criminal nº 5008326.2010.404.7100/RS de relatoria do Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz na qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já entendeu pela “punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do art. 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de *Compliance*, quando perpetrado no âmbito da Instituição financeira autorizada” (SAAVEDRA, G. A. *Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, Ano XIII, n 75, ago./set, 2012. p. 29)

⁸⁰ Dentre os fatores que se afiguram como uma blindagem à responsabilização administrativa ou até mesmo penal dessas pessoas físicas Silva Sánchez vislumbra a própria dinâmica de grupo que viabiliza o anonimato, a lealdade, concepções errôneas de solidariedade, cegueira em relação à execução de ordens, (SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. Madrid: Edisofer S. L. 2013b, p. 170-171) obstáculos a circulação de informações originados pelo próprio sistema de divisão de trabalho, impossibilidade de uma compreensão completa por parte daqueles que executam as atividades operacionais de todo o sentido que envolve a atividade (Idem, *Ibidem*, p. 41.)

figuras, possibilitada, inclusive, pelo art. 12 caput que prevê sanção dos administradores da pessoa jurídica pelo descumprimento das obrigações da lei, vindo a ocorrer, como nos casos de inabilitação temporária para o exercício da administração da pessoa jurídica, se dá de forma indireta e atrela-se à análise do nível de delegação de atribuições na organização, ao cumprimento ou descumprimento da complexa engrenagem dos programas de *compliance* que, conforme se verá, são distintas dos deveres, interesse do presente trabalho, reivindicando uma análise do papel executado por cada um ante os programas instituídos, o que foge do propósito em curso.

2.2.1 Criminal Compliance e a perspectiva preventiva

Em face das novas demandas levantadas ante as ameaças e novos riscos o Direito Penal, notadamente em relação aos programas e deveres de *Criminal Compliance*, tem empreendido significativas discussões a respeito de suas bases paradigmáticas, em especial no que concerne à faceta preventiva.

Nos termos expostos por Thomas Khun⁸¹, paradigma é a nomenclatura utilizada para referir-se ao conjunto de avanços científicos reconhecidos universalmente e que, em um determinado lapso temporal, oferecem questionamentos e soluções que servirão de modelo para uma comunidade de cientistas e pesquisadores. Leciona ainda Kuhn⁸² que a existência de um paradigma não reivindica, obrigatoriamente, a adoção de um arcabouço pleno de regras. Importa pontuar, nesse sentido, que a ciência possui uma feição significativamente instável, muitas vezes com incoerência entre as partes que a compõem. O caráter instável da ciência impede a estabilização e padronização de paradigmas.

Segundo Tieveron⁸³, em sentido semelhante, a mudança de paradigma consiste em uma transposição epistemológica radical e não apenas na passagem de uma alternativa teórica para outra. É o que se vê, *in verbis*:

⁸¹ KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 13.

⁸² Idem, *Ibidem*, p. 69

⁸³ TIVERON, R. **Justiça Restaurativa: A emergência da cidadania na dicção do direito: A Construção de um novo paradigma de Justiça Criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.p. 121.

Um paradigma domina uma disciplina científica, impondo sua matriz conceitual e suas estratégias cognitivas para a solução de várias questões. À proporção que se desenvolve e amadurece, ele revela incapacidades ocasionais para enfrentar novas vicissitudes. As respostas produzidas ao longo das pesquisas não correspondem mais às expectativas da comunidade científica. O paradigma é, então, deflacionado ou abandonado quando estudiosos instigados começam a procurar novas fórmulas e soluções. Não se trata simplesmente da passagem de uma opção teórica para outra, mas de uma mudança epistemológica radical.

Paradigmas no plano da ciência, *in casu*, ciência jurídica, é criado não a luz da unanimidade ou com todas as regras pré-definidas. Os embates e debates estabelecidos no plano das pesquisas geram respostas que serão aceitas ao longo de um tempo e, quase sempre, alvo de questionamentos. Devido à instabilidade inerente à ciência é facilmente compreensível que postulados antes tidos como intocáveis venham a ser destituídos de tal característica com a evolução teórica e o surgimento de novos postulados.

Com lastro nos conceitos levantados alhures, entende-se que a reivindicação por novos paradigmas penais surge sempre que se opta pelo desdobramento de uma nova cultura, resistente às práticas tradicionais e simplistas de combate à criminalidade, seja esta representada pela violência estatal contra o agente da conduta delituosa ou pela permissividade que impede a responsabilização penal do infrator.⁸⁴

Ante as concepções atinentes ao paradigma e as mudanças paradigmáticas, extrai-se que, pela inserção dos mecanismos de *compliance* na orbita penal, surge a defesa de que o *Criminal Compliance* afigura-se mecanismo de transformação paradigmática no âmbito da ciência criminal.

Isso se deve ao fato de, na lição de Silveira e Saad-Diniz, estar ocorrendo no Direito Penal a transposição da perspectiva repressiva ou *ex post*, pautada na resposta após a ocorrência da conduta delituosa, para uma perspectiva preventiva, *ex ante*, firmada na antecipação e evitação de eventuais delitos, especialmente no âmbito das atividades empresariais⁸⁵.

⁸⁴ TIVERON, R. op. cit. p. 126

⁸⁵ SILVEIRA, R. M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20-21.

Saavedra⁸⁶ defende que o *Criminal Compliance*, diferente do Direito Penal tradicional habituado a trabalhar uma análise de condutas comissivas e omissivas posteriores à violação do bem jurídico tutelado, atua em uma análise *ex ante*, de controles internos e de medidas preventivas no plano da persecução penal.

Constituem-se, em suma, de ações de caráter preventivo no seio da empresa ou de determinadas atividades interessantes à ordem econômica, com o fito de evitar possíveis persecuções criminais de seus agentes, e, conseqüentemente, da própria pessoa jurídica. A busca pela prevenção, objetiva, também, evitar riscos às operações empresariais provenientes de um eventual processo penal, *i.e*, prisões dos agentes, mandados de busca e apreensão, mácula na reputação, que acabam por desencadear diversos prejuízos financeiros⁸⁷.

Para Cabetti e Nahur⁸⁸, a prevenção implementada pelo *compliance* difere-se da prevenção penal estabelecida na análise da pena, esta última firmada na atuação *post delictum*. Haveria, portanto, no *Criminal Compliance*, uma prevenção a infração em si, firmada na dissuasão e contramotivação, apartando-se da tradicional abordagem punitiva posterior a ocorrência do fato delituoso de caráter intimidatório e neutralizador.

Mir Puig⁸⁹, em entendimento diverso, aduz que o Direito Penal Clássico, ao estabelecer proibição de delinquir, já possui enraizada em si um sentido *ex ante* porquanto a vedação à conduta delituosa só carrega sentido se entendida como dirigida a um cuidado antes do cometimento do delito, chegando tarde se sua referência fosse direcionada apenas ao momento posterior à produção do crime. Há, nesse sentido, uma concepção *ex ante* enraizada na teoria da pena e na teoria do delito em seus pilares básicos de culpabilidade e antijuridicidade. O Direito Penal, portanto, não atuaria apenas na resposta ao delito após seu cometimento mas, também, através da captação por parte do cidadão no momento de sua atuação.

Não obstante os argumentos expostos defenderem que o *Criminal Compliance*

⁸⁶ SAAVEDRA, G. A. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de Compliance. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 226, p. 13-14, set. 2011. p. 12.

⁸⁷ BUONICORE, Bruno Tadeu. Criminal Compliance como gestão de riscos empresariais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 234, p. 17-18., mai. 2012. p. 18.

⁸⁸ CABETTE, E. L. S.; NAHUR, M. T. M. **Criminal Compliance e Ética Empresarial: Novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 29-31

⁸⁹ MIR PUIG, S. La perspectiva *ex ante* em Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales**. n. 1, p. 5-22. 1983. p. 7.

é uma realidade preventiva da qual as corporações e atividades de cunho econômico não podem se afastar, atribuindo-lhe uma roupagem de avanço no combate à criminalidade no seio da empresa ou das atividades que favoreçam o cometimento da lavagem de capitais, sua raiz e fundamentação ontológica, conforme se verá, cooperam para um sistema penal gerencialista. O que se vislumbra é uma ampliação de medidas que buscam volver o Direito Penal a uma atuação controladora e predominantemente anterior ao dano.

Observa-se, então, que malgrado o entendimento de que o Direito Penal supera um paradigma volvido para a repressão e passa a adotar uma perspectiva preventiva através dos mecanismos de *compliance*, tal assertiva deve ser analisada com certa cautela. Firmado nas teorias da pena e nas compreensões da teoria do delito, afere-se que a ideia de Direito Penal atuando *ante factum* já guarda análises à luz do Direito Penal Clássico. Como se analisará, a pretexto de se prevenir e volver o Direito Penal para uma atuação *ante factum*, o que já soa com certa estranheza, a racionalidade por detrás do *compliance* é especialmente atuarial e controladora.

2.3 DISTINÇÃO ENTRE DEVERES E PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*: IMPOSIÇÃO DOS DEVERES ÀS PESSOAS FÍSICAS NA LEI 9613/98.

Ante as transformações ocasionadas pelo *Criminal Compliance* e sua utilização na prevenção da lavagem de capitais, mudanças estas consideradas por parte da doutrina uma transformação paradigmática no plano penal, convém ainda fazer algumas distinções conceituais sobre o recente instituto do *compliance* cujos instrumentos são por vezes confundidos.

Em uma breve observação dos conceitos alusivos ao *compliance* depreende-se que, por vezes, há uma confusão entre o gênero e as espécies ou desdobramentos que o instituto apresenta. Convém dizer que todo programa, composto por código de ética interno, canais de denúncia, vigilância, etc., derivam de deveres de conformidade que objetivem “estar *compliance*” a fim de evitar condutas delituosas relativas à atividade empresarial. É dizer que os programas, as redes internas instituídas para facilitar as denúncias e a identificação de infrações,

os códigos de ética internos da empresa e os comportamentos de conformidade são espécies derivadas do gênero “deveres de *compliance*”. Além dos programas, outra espécie do gênero são os procedimentos que dispensam a adoção da complexa engrenagem reivindicada pelo ente.

O termo dever, que derivado do latim *devere*, exara a noção de “ser obrigado” ou “ser devedor”, dentre todas as acepções, afigura-se como obrigação imposta ao indivíduo para que faça ou deixe de fazer alguma coisa, conforme regras insculpidas no direito ou no plano moral. Dever, nesse sentido, apresenta dupla concepção, sendo entendido como dever moral e dever jurídico, sendo o dever jurídico apto a se ver cumprir mediante coação exterior⁹⁰.

Entrementes, é importante estabelecer a relevância da abordagem do termo “dever” no plano jurídico, sendo este entendido como obrigação independente da vontade humana que estabelece, inafastavelmente, um vínculo jurídico, obrigando ao cumprimento daquilo que é legalmente estabelecido. O dever jurídico, portanto, pode advir de avença entre as partes contratantes que de mútuo consentimento elaboram encargos os quais não de se submeter, bem como pode se originar da observância da ordem jurídica ou princípios do Direito que obrigam o destinatário da norma a não ofender direito de outrem⁹¹.

Ressalta-se que na obrigação contratual prevalece um direito de exigir derivado da vontade humana e pertencente ao sujeito ativo da obrigação firmada. Já no dever oriundo da ordem legal, ao contrário, há uma obrigação a cumprir que nasce pela imposição da norma⁹².

O dever jurídico, em especial, é firmado por meio de normas com caráter imperativo e obrigatório. Logo, lógico é presumir que apenas o que é interessante ao Direito e as relações humanas deve ser positivado e reivindicado o seu cumprimento. Nem tudo que ocorre no mundo da natureza pode ser tido como um dever jurídico.

Kelsen, em sua obra “Teoria pura do Direito”, discorrendo de forma acurada sobre a diferença entre o ser e o dever-ser, já aduzia que o ser é um fato insculpido no plano da realidade, ao passo que o dever ser, além de partir do plano real, possui

⁹⁰ SILVA, D. P. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.709-710

⁹¹ Idem, *Ibidem*, p. 710.

⁹² Idem.

relevância ante a norma jurídica de forma a contrair um caráter de dever jurídico. Seguindo esse entendimento, Kelsen percebe que o dever-ser é aplicável ao ser, mas ambos não são termos de mesmo significado, afinal, nem sempre aquilo que se vê no plano da realidade (ser), apesar de estar vinculado ao conteúdo normativo, corresponde à norma (dever-ser)⁹³.

O que dá sentido jurídico ao fato e, portanto, o reveste de obrigatoriedade e com caráter de dever, na concepção Kelseniana, não é sua facticidade, mas o sentido objetivo vinculado a esse ato. O sentido jurídico ao fato é dado pela norma que a ele se refere com seu conteúdo, concedendo-lhe significado jurídico, de modo que o fato passe a ser compreendido segundo a norma⁹⁴.

Tanto no sentido subjetivo, quanto no sentido objetivo, o dever-ser estabelece obrigações, mas, apenas objetivamente há a designação do dever ser como norma. No sentido subjetivo, há referência a todo ato de vontade de um indivíduo que, deliberadamente, busque influir na conduta de outrem. Somente no sentido objetivo o dever ser é entendido como norma dotada de validade. No plano objetivo o dever-ser é transformado em norma válida e externado através de ato legislativo, fundamentado na Constituição.⁹⁵

Com base nas definições expostas, pode-se conceber as obrigações de *compliance* como efetivos deveres jurídicos. Seja na modalidade vinculante ou não vinculante, o *compliance* é externado como um dever-ser, pois as relações decorrentes do instituto obrigam indivíduos a cumprirem determinadas imposições em salvaguarda das atividades que possam ser consideradas arriscadas, mormente para a ordem econômica e atividade empresarial.

O *compliance* não vinculante, como dever-ser subjetivo, tem o desiderato de moldar conduta dos destinatários dos deveres para, mesmo sem ingerência direta do Estado, estabelecer padrões de autorregulação e prevenção de delitos. Uma vez que o Estado não positiva preceitos, mas apenas fomenta a atividade, não há normatização válida que influa na política de *compliance* estabelecida no plano da atividade empresarial, o que, ainda assim, não retira do *compliance* não vinculante o caráter de dever-ser. Malgrado a voluntariedade na autorregulação, o fato de

⁹³ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins fontes, 1988. p. 5.

⁹⁴ Idem, Ibidem, p. 3.

⁹⁵ Idem, Ibidem. p. 6.

existirem obrigações a serem cumpridas além da interferência na conduta de outrem denotam a presença do dever-ser na modalidade subjetiva.

O *compliance* vinculante, por seu turno, através da ingerência Estatal, que, conforme aduzido, por intermédio de padrões e normatizações internacionais busca amoldar o mercado interno os ditames exigidos pelas grandes potências econômicas, afigura-se um dever jurídico no plano do dever-ser objetivo, valendo-se do aparato legiferante para impor normas de condutas que obrigue de forma cogente e imperativa a sua observância.

Diante da compreensão de que as obrigações de *compliance* são efetivamente deveres jurídicos, reforça-se a distinção entre as espécies de deveres. Tanto os programas quanto os procedimentos menos complexos, ou aqui cunhados como deveres de *compliance* em sentido estrito, *i. e.*, dever de registro, informação e comunicação, derivam de obrigações gerais de autorregulação regulada.

Os programas de *compliance*, que na lição de Ilana Martins Luz não possuem um único roteiro, devendo ser adaptado a cada contexto empresarial, reivindicam para sua efetividade a análise de um ambiente interno da empresa, que envolve desde o conhecimento dos funcionários à cultura vigente na organização, o mapeamento dos riscos aos quais a empresa estaria sujeita, o comprometimento da alta cúpula da sociedade empresária, a elaboração de documentos escritos, realização de treinamentos, nomeação do *Compliance Officer*, elaboração de canais de denúncia internos e externos, estabelecimento de procedimentos sancionatórios, além do monitoramento, análise e revisão do programa⁹⁶.

Na lição de Adam Martín Nieto⁹⁷., os códigos de conduta, de “bom governo”, “boas práticas” objetivam concretizar e especificar princípios e enunciados gerais emanados da lei, para adequá-los as peculiaridades de cada empresa. Tanto os programas, quanto os códigos de ética e os canais de denúncia para se evitar cometimentos de infrações, derivam da busca, notadamente da pessoa jurídica, para se adequar as normas e diretrizes, sejam nacionais ou internacionais, de governança corporativa. Pode-se ousar dizer que, no plano da pessoa física, a complexidade destes institutos por mais das vezes resta afastada, reivindicando

⁹⁶ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 115-137.

⁹⁷ NIETO MARTÍN, A. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política criminal**, n.º 5, p. 1-18, 2008. p. 5-6.

desta figura, via de regra, a observância dos deveres de *Compliance* em sentido estrito.

Ademais, tendo como exemplo as pessoas físicas elencadas na lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/98 com redação dada pela Lei 12.683/12) sujeitas aos deveres de *Compliance*, pela ausência de uma estrutura complexa no desenvolvimento da atividade que a equipare a uma pessoa jurídica, é evidente que será descabida a implementação de programas de *Compliance* e todas as suas estruturas para o cumprimento das diretrizes constantes no texto legal. Ao revés, bastará o comprometimento em observar os procedimentos estatuídos na lei, ex. vi, manutenção de cadastro, dever de colaboração, etc.

O próprio art. 10, inciso III da Lei 9.613/98, com redação trazida pela Lei 12.683/12⁹⁸, estabelece que as pessoas físicas e jurídicas discriminadas na lei deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos adequados ao porte e volume de operações a fim de cumprir o disposto no art. 11 da lei, qual seja, o fornecimento de informações sobre operações financeiras. Entende-se que nem sempre será necessária a implementação de programas para a observância do exigido em lei, desde que, a depender da complexidade e porte da atividade, apenas se reivindique o cumprimento do dever de *Compliance* em sentido estrito em detrimento da implementação de um programa.

Como se vê, os deveres de *Compliance* aqui abordados apartam-se da noção de programas e todas as suas complexidades. Seria, portanto, a observância do mandamento legal e a adoção de conduta condizente com o disposto no texto de lei, atuando a pessoa física em conformidade com as legislações e regramentos de determinada localidade (não se olvidando da marcante influência normativa internacional) a fim de se evitar que delitos sejam cometidos à sombra de determinadas atividades econômicas e empresariais.

Em síntese do que se pretende com as distinções estabelecidas, delimita-se o *Criminal Compliance* presente na lei de lavagem de dinheiro e imposto às pessoas físicas como obrigação vinculante levada a efeito através da observância, por parte do destinatário da norma, das exigências legalmente instituídas sem a obrigatoriedade da instituição de programas. Tal delimitação da natureza dos

⁹⁸ BRASIL. Lei. **12.682 de 9 de julho de 2012**. loc.cit.

deveres que se quer tratar na Lei 9.613/98 se mostra imprescindível para a abordagem do presente trabalho, uma vez que não se vislumbra na instituição do *Compliance* não vinculante e no plano dos programas a dinâmica autoincriminatória trabalhada na presente dissertação.

O *Compliance* não vinculante, em que pese figurar com um dever ser subjetivo e gerar repercussões na seara de direito alheio, moldando conduta de seus destinatários, constitui-se um ônus, assumido ou não, a depender da vontade de quem o implementa, a exemplo do que ocorre na lei anticorrupção, Lei 12.846/2013.

No plano dos programas a pessoa física poderá vir a ser responsabilizada administrativa e penalmente a depender da confecção e desenvolvimento dos programas bem como do nível de poderes assumidos ou delegados. Imperativo, conforme já levantado, afastar uma análise mais acurada sobre a figura dos administradores e *Compliance Officer*, porquanto, mesmo sendo vislumbrada a possibilidade de imposição de sanções administrativas incidindo de forma mediata, como a inabilitação temporária para exercício de administração de pessoa jurídica, e penal, pela omissão imprópria, tais repercussões reivindicam uma análise aprofundada sobre os programas, da organização da pessoa jurídica, da delegação de poderes, etc., e passam primeiro por uma análise da responsabilização administrativa do ente, todos temas atrelados à pessoa jurídica, o que foge da proposta que será apresentada

2.3.1 Regulamentação dos deveres de *Compliance* na lavagem de dinheiro

Os deveres de *Compliance* e os programas e institutos deles derivados afiguram-se inovações inseridas no plano penal na busca de, além de prevenir condutas delituosas que possam ser perpetradas valendo-se da atividade empresarial, partilhar o Estado com o particular a responsabilidade no combate de crimes e no gerenciamento dos riscos.

O *Criminal Compliance*, conforme já aventado, surge como fruto da necessidade de regulação dos serviços econômicos destinando-se à prevenção da responsabilidade penal das empresas, direção, colaboradores e empregados. A atual conjuntura econômica, firmada nas ideias de competitividade, desconfiança e

vigilância, traz consigo a necessidade de se fortalecer o compromisso com o Direito, e, para mais, reforçar a segurança da economia e do mercado. No âmbito interno, a Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei 12.683/12, inseriu claros deveres vinculantes de *Compliance*, que devem ser cumpridos pelas pessoas físicas ou jurídicas indicadas no art. 9º.⁹⁹

Conforme avaliação da nova redação legal do crime de lavagem de capital depreende-se que as obrigações impostas as pessoas físicas que exercem atividades sensíveis a prática de lavagem de dinheiro elencadas implicam nitidamente em uma verdadeira instituição de *Compliance*, embora o texto legal não tenha expressamente se valido de tal nomenclatura¹⁰⁰.

Na Lei 9.613/98 os deveres de *Compliance* ou *Criminal Compliance*, vez que se vinculam à prevenção de conduta criminosa, *in casu*, crime de lavagem de dinheiro, conforme dito, se estabelecem nos arts. 10¹⁰¹ e 11¹⁰² que versam, respectivamente, sobre a cadastrar clientes, e manutenção dos registros, prestação de informações e a obrigatoriedade da comunicação das operações financeiras sendo estas comunicações subdivididas em “Comunicação de operações

⁹⁹ CABRERA, M. G. Compliance e imputação objetiva: a criação de risco proibido. In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C.; DAVID, D. F. (Org.). **Compliance e Direito Penal**. Cap. I, p. 120-141, São Paulo: Atlas, 2015. p. 126-127.

¹⁰⁰ Idem, *Ibidem*. p. 128.

¹⁰¹ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**, loc. cit.)

¹⁰² Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se II - deverão comunicar ao Coaf, abstenendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. § 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. loc. cit.)

automáticas” e “Comunicação de operações suspeitas”.

Saavedra¹⁰³, aduz que a Lei nº 12.683/12 ampliou o rol de deveres relacionados ao *Compliance*, impondo, também, a partir da nova redação, a obrigação expressa de se ter um programa de *Compliance*, conforme os incisos III e IV do art. 10¹⁰⁴. O inciso III estabelece que as pessoas físicas e jurídicas elencadas no art. 9º deverão adotar procedimentos, políticas e controles internos compatíveis com seu volume e porte de operações, enquanto o inciso IV obriga o cadastro e a manutenção de cadastros atualizados frente aos órgãos reguladores ou fiscalizadores da atividade desenvolvida ou, na ausência desses, no COAF.

Em defesa da obrigatoriedade da instituição de um programa de *Compliance*, reivindicado pela nova redação da lei de lavagem de capitais, Saavedra pontua que a lei expressamente impõe as pessoas físicas e jurídicas estabelecidas no art. 9º a criação de um sistema de comunicação de operações tidas como suspeitas. Lançando mão da transcrição do art. 11¹⁰⁵ em seu inciso II, parte do inciso III e do § 3º da lei, o autor defende que as comunicações reivindicam a adoção de um programa de *Compliance*¹⁰⁶.

Com a devida venha convém discordar, porquanto não há na lei a obrigatoriedade da adoção de programas de *Compliance* por toda pessoa física e jurídica. Como já defendido supra, a noção de programa está atrelada a complexidade da organização. O próprio artigo já revela a possibilidade de, a depender da complexidade da atividade, ser possível a adoção de procedimentos, políticas ou controles internos. O ato de informar as autoridades uma transação tida

¹⁰³ SAAVEDRA, G. A. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal**, Ano XIII, n 75, ago./set, 2012. p. 26

¹⁰⁴Art. 10 [...]III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**, loc. cit.)

¹⁰⁵ Art. 11 [...] II - deverão comunicar ao Coaf, abstenendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. [...]§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do **caput** aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**, op. cit. loc.)

¹⁰⁶ SAAVEDRA, G. A. 2012. op. cit. p. 27

como suspeita, ex. vi., salvo melhor juízo, denota um procedimento que não demanda a instituição de um prévio programa de *Compliance* para tal. Basta apenas que se cumpra um dever estabelecido em lei.

De acordo com o grau de subjetividade dos deveres estabelecidos às pessoas físicas e para uma maior clareza na abordagem, premente separar as o deveres que reivindicam aferição de suspeição das operações das demais obrigações. Após tais análises, serão aclarados os termos sobre a abstenção e recusa de proceder com operações configuradas como lavagem e se tais práticas se afiguram deveres de *Compliance* constantes na lei.

2.3.1.1 *Dever de informação, registro de operações, cadastro de clientes e comunicação de operações automáticas*

As obrigações de prestar informações quando solicitado pelas autoridades administrativas, registrar operações, cadastrar clientes e a comunicação de operações automáticas são deveres constantes na lei e nos regramentos dos órgãos reguladores que gozam de considerável grau de precisão, restringindo o e espectro interpretativo. São, portanto, obrigações expressas, informando a forma e o prazo como devem se proceder.

O dever de identificação, constante no art. 10, I da lei de lavagem de dinheiro e demais regramentos emitidos pelo COAF e pelos órgãos reguladores da atividade, e a manutenção adequada de informações fazem parte do chamado *Know your Client* que, nas pontuações de Bottini e Badaró¹⁰⁷, configuram a coluna vertebral do sistema de prevenção da lavagem de dinheiro.

O dever de registro, por seu turno, estabelecido no art. 10, II estabelece a necessidade de registro das operações e propostas de operações realizadas. Conforme Luz¹⁰⁸, o registro não é obrigatório para todas as operações, variando de acordo com as atividades exercidas, basicamente, “exige-se valor bruto, forma de pagamento, recibo de quitação, identificação das situações de pagamento em

¹⁰⁷ BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e processuais Penais.** Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64.

¹⁰⁸ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 149-156.

espécie”. A autora elenca ainda o dever de conservação, art. 10 § 2º, que consiste na conservação dos documentos que comprovem o cumprimento dos deveres, dever de sigilo, art. 10, V, que se externa pela ausência de informação ao cliente sobre a comunicação das operações ao COAF, e dever de colaboração que consiste no atendimento às recomendações do COAF por parte do sujeito obrigado.

Quanto as comunicações de operações automáticas, são as realizadas “sem análise de mérito, em razão de valores ou situações previamente definidas nas normas emitidas pelos órgãos reguladores”¹⁰⁹.

Se vê em todos os procedimentos elencados a clareza quanto a forma e o tempo de cumprimento das obrigações. Em exemplo de clareza, a Resolução 23¹¹⁰ do COAF estabelece obrigações de *Compliance* às pessoas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, e no art. 4º caput, que nas operações iguais ou acima de R\$ 10.000,00 os clientes devem ser cadastrados e os cadastros mantidos por no mínimo 5 anos, nos moldes do art. 13 a Resolução.

No mesmo sentido o art. 9º determina que qualquer operação igual ou superior a R\$ 30.000,00, seja em outra moeda, em espécie, ou através da negociação envolvendo bens móveis ou imóveis do mesmo cliente no período de seis meses devem ser automaticamente comunicadas. Salienta-se que há uma diretriz do COAF indicando que a comunicação deva ocorrer no prazo de 24 horas a contar da operação ou proposta de operação¹¹¹.

2.3.1.2 Dever de comunicar ocorrência ou inoocorrência de operações suspeitas, dever de exame e dever de diligência

O principal questionamento relativo aos deveres acima elencados é

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Perguntas Frequentes**. Disponível em: < http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/Pessoas_Obrigadas/perguntas-e-respostas > Acesso em: 25 dez. 2017

¹¹⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-23-de-20-de-dezembro-de-2012-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.6.2013>> Acesso em 25 dez. 2017.

¹¹¹ Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Perguntas Frequentes**. op. cit. loc. Cf. Lei 9.613/98 em seu art. 11, II. (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**, op. cit. loc)

extremamente interessante ao trabalho em curso diz respeito à obrigatoriedade de prestar informações às autoridades e órgãos competentes sobre as operações suspeitas efetuadas pelos setores obrigados, bem como a adoção de posturas investigativas que eventualmente possam extrapolar a esfera de atribuição do profissional de área sensível à lavagem de dinheiro para a constatação de tais operações.

O dever de diligência e de exame configuram as medidas a serem adotadas pelo profissional que, por vezes, lhes conferem um caráter de polícia investigativa. Sobre o dever de diligência, consiste em buscar de forma aprofundada conhecer os aspectos negociais e pessoais do cliente, obtendo “não só o conhecimento do seus negócios em geral, mas também os limites deste.”¹¹² O dever de exame, por seu turno, consiste na análise da suspeição da operação ou movimentação realizada, com base em indícios da ocorrência de crimes de lavagem¹¹³.

Após envidar esforços para identificar a procedência dos valores e a natureza da operação, o profissional, tendo atestado suspeição, deverá informar ao COAF e, em caso de inoccorrência de operações suspeitas, nos moldes estabelecidos, também proceder com a comunicação. É o que se detrai do texto colacionado, *in verbis*:

Os deveres de informação previstos na Lei de Lavagem brasileira se referem a situações supostamente anormais e à confirmação da normalidade. Constatada uma situação supostamente anormal – caracterizada como aquelas previstas objetivamente pelas normas vigentes para o setor específico – há o dever de comunicar ao Coaf, mesmo que exista órgão regulatório para o setor (art. 11, II). Mas a lei avança e exige que as entidades e pessoas dos setores sensíveis “deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II”. [...] não só deverá comunicar ao Coaf as operações suspeitas, como deverá avisar regularmente ao seu órgão regulador – ou ao próprio Coaf na ausência deste – a “não ocorrência” de atividades anormais ou atípicas.

Segundo o COAF a “Comunicação de Operações suspeitas” devem ser realizadas levando-se em conta “as partes envolvidas, valores, modo de realização,

¹¹² LIMA, C. F. O Sistema nacional antilavagem de dinheiro: As obrigações de Compliance. In: CARLI, C. V. (Org.). **Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 90.

¹¹³ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 154.

meio e forma de pagamento” bem como aquelas que “por falta de fundamento econômico legal possam configurar sérios indícios de crimes previstos na Lei 9.613 de 1988”¹¹⁴.

Em tais casos percebe-se um halo interpretativo extenso e um elevado grau de subjetivismo¹¹⁵. O conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI¹¹⁶ estabeleceu um rol de operações tidas como suspeitas a serem observadas e comunicadas pelos seus membros. Dentre o feixe, percebe-se a presença de transações que facilmente podem ser confundidas como habituais da atividade, a exemplo da utilização de terceiros para efetuar o pagamento ou recebimento, pagamento com recursos de diversas naturezas, etc.

A orientação delimita, ainda, que determinadas operações só podem ser consideradas suspeitas a depender da sua frequência e fracionamento de valores. Logo de início convém pontuar que, nos moldes estabelecidos e na recorrente confusão entre o que é suspeito e o que é habitual da atividade, e partindo do pressuposto de que aferir suspeição é algo extremamente subjetivo, uma vez que nenhuma estipulação legal pode esgotar todas as figuras de suspeição e o prazo para aferi-la, resta impossível estabelecer limite temporal para se delimitar quando a transação é ou não suspeita e quantas vezes ela deve se operar para assim se afigurar.

Entende-se que o prazo de 24 horas não seria razoável nesse tipo de comunicação, mesmo que o art. 9º, II, a) possibilite este entendimento. Nesse caso, seriam 24 horas a partir da constatação da suspeição? E nos casos em que a frequência e o modo são elementos aferidores, as 24 horas passariam a ser exigidas em que momento? Além da questão temporal, outro fato se mostra igualmente complexo. Confere-se ao particular uma verdadeira prerrogativa policialesca, passível, inclusive, de se exorbitar o plano das suas atribuições profissionais.

¹¹⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Perguntas Frequentes**. loc. cit.

¹¹⁵ Nesse sentido, entendem Braga e Lima: “de qualquer forma, a detecção de uma movimentação financeira suspeita é muito subjetiva, e deve ser analisada com cuidado”. (BRAGA, R. P; LIMA, W. M. M. Crime de Lavagem de Dinheiro: Participação punível de agentes financeiros (funcionários) no delito de lavagem de dinheiro. **SynThesis Revista Digital FAPAN**, Pará de Minas, v. 1, n. 1, p. 94-123, out. 2009. p. 112)

¹¹⁶ BRASIL. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. **Operações Suspeitas**. Disponível em: <http://www.cofeci.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=549:cadastro-coaf&catid=7:noticias&Itemid=386> Acesso em: 25 dez. 2017.

De mais a mais, sabe-se que a atividade empresarial é peculiarmente arriscada, envolvendo inseguridades da própria natureza dos serviços e informações extremamente importantes até mesmo para o bom desempenho e lucratividade. A concessão dessas informações por mais das vezes pode gerar prejuízo financeiro.

2.3.1.3 Dever de abstenção e dever de recusa: (in)ocorrência

A Lei 9. 613/98 não é clara quanto a situação em que o cliente negue a se identificar ou apresentar os documentos legalmente exigidos para a celebração da operação. Nesse caso, não foi delimitada a ação do profissional de área sensível à lavagem quanto à aceitar ou recusar a efetuar a operação.

Conforme Lima¹¹⁷, na legislação portuguesa, o destinatário dos deveres de *Compliance* devem recusar a efetuar a operação, “bem como comunicar os fatos aos órgãos competentes caso haja indicativos de que se tratava de tentativa de lavagem de dinheiro”. Na Espanha também existe disposição expressa quanto a impossibilidade de realização da operação em casos de impossibilidade de realização das medidas de diligência devidas¹¹⁸. Nesse sentido, a lei lusitana explicita o dever de recusa, enquanto a legislação nacional queda-se inerte. Como exceção, ante todas as Resoluções emitidas no plano nacional, apenas a Circular n. 3.461/2009 do Banco Central do Brasil, destinada a atividades de instituições financeiras, em seu art. 5^o¹¹⁹, delimita que “somente devem iniciar qualquer relação de negócios ou dar prosseguimento a relação já existente com clientes se observadas as providências estabelecidas nos arts. 2^o, 3^o e 4^o e conforme o caso.”

O dever de abstenção, por seu turno, possui outra delimitação. Naqueles casos há o óbice ao início da relação, nestes, a operação já existe e reivindica-se sua interrupção. Em tais casos, a legislação espanhola e portuguesa, seguindo o mesmo entendimento sobre a recusa, entendem que o profissional deve se abster de

¹¹⁷ LIMA, C. F. O Sistema nacional antilavagem de dinheiro: As obrigações de Compliance. In: CARLI, C. V. (Org.). **Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 93

¹¹⁸ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 157.

¹¹⁹ BRASIL. Banco Central Do Brasil. **Circular nº 3.461 de 24 de julho de 2009**. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v7_P.pdf> Acesso em: 24 dez. 2017.

executar as operações em curso identificadas como suspeitas de prática de lavagem. A Lei 9.613/98 mais uma vez não disciplina expressamente esse dever.¹²⁰

O fato de inexistirem deveres de recusa ou abstenção criam uma celeuma na interpretação da responsabilização do profissional que executa as operações. Ora, se inexistente o dever de recusar ou abster-se, abre-se a possibilidade de o profissional que utiliza sua atividade para em cumplicidade, mediante dolo direto ou eventual, cometer a prática de lavagem constante no art. 1º, § 2º, I, injetar dinheiro negro no mercado desde que informe e, conforme se verá, alegar aferição de suspeição das transações somente após ter realizado diversas operações, a fim de burlar o dever de prevenção. Essas zonas indefinidas abrem espaço para uma incerteza no plano da responsabilização penal.

2.3.2 Lei 12.683/12 e a extensão do rol das pessoas físicas obrigadas

A Lei 12.613/12 não apenas estendeu os deveres de *Compliance* estabelecidos no regramento nacional sobre lavagem de capitais como também, em seu art. 9º, ampliou o rol de sujeitos obrigados a cumprir tais imposições¹²¹. Nesse contexto, o contingente de pessoas físicas que antes eram submetidas às obrigações legais de *Compliance*, ex. vi, pessoas que representassem entes estrangeiros, conforme art. 9º, IX, ou comercializassem bens de luxo de elevado valor e desenvolvessem atividade envolvida em grande volume de recursos em espécie, nos moldes do art. 9, XII, teve o acréscimo de outras atividades.

Com a atual redação há a previsão, tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas, de que as atividades elencadas no art. 9º estejam vinculadas aos deveres de *Compliance* estabelecidos nos artigos 10 e 11.

Conforme o art. 9º em seus incisos I, II e III, tanto as pessoas físicas quanto jurídicas envolvidas na captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros, compra e venda de moeda estrangeira ou outro como ativo financeiro e instrumento cambial, custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou

¹²⁰ LUZ, I. M. op. cit. p. 162-163.

¹²¹ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. *Criminal Compliance*, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 155.

administração de títulos ou valores mobiliários estarão sujeitas aos deveres de *Compliance* previstos na lei.

Houve ainda, com a nova redação dada a lei de lavagem, a modificação dos incisos I, X e XII, parágrafo único, do art. 9º além do acréscimo de outros incisos que incorporaram diversas hipóteses de obrigações impostas às pessoas físicas e jurídicas.

Sob o argumento de se aumentar a efetividade no combate à lavagem de dinheiros e se modernizar os mecanismos de contenção desta modalidade delituosa, não apenas a legislação nacional, mas também os regramentos mundiais passaram a empreender uma austera marcha de ampliação de áreas abarcadas pelos deveres de cumprimento.

Através das modificações legislativas inseridas na lei de lavagem de dinheiro em seu art. 9º parágrafo único, conforme acima aduzido, passaram a figurar no rol de obrigados aos deveres de *Compliance* algumas novas modalidades de atividades atinentes tanto às pessoas físicas quanto jurídicas. Com atenção especial dada as pessoas físicas, como é proposta deste trabalho, uma vez que sobre elas recaem, eventualmente, tanto a sanção de natureza administrativa quanto penal, faz-se necessário pontuar de forma mais incisiva todas as inovações.

Passaram a ser obrigadas à adoção dos deveres de *Compliance* as pessoas físicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, intermediem a comercialização de bens de luxo ou de alto valor, prestem serviço, mesmo que esporadicamente, de assessoria, contadoria, consultoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, das operações de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais, industriais ou participações societárias de qualquer natureza, de gestão de valores mobiliários, fundos ou demais ativos, de abertura ou gestão de contas bancárias, criação, exploração ou gestão de sociedades seja de qual natureza for, financeiras, voltadas a alienação ou aquisição de direitos relativos a contratos de atividades desportivas ou artísticas¹²².

¹²² Art. 9º [...] XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores

Além dos acima elencados, ficam obrigados a obedecer às obrigações de *Compliance* na lei de lavagem de dinheiro as pessoas físicas que atuam atreladas a comercialização, promoção, intermediação, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de artistas, atletas, feiras de exposições ou eventos assemelhados, bem como os que comercializem ou intermediem a negociação de bens de elevado valor originados de atividade rural ou animal¹²³.

Além dos órgãos reguladores, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Banco Central do Brasil – BACEN, o próprio Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, dentre outros, após o advento da Lei 12.613/12, os conselhos profissionais também passaram a estabelecer parâmetros e diretrizes para se adequarem a novel legislação e instituírem, no plano da atividade profissional, normas de cumprimento e fiscalização.

O conselho Federal de corretores de Imóveis – COFECI, em observância às modificações legislativas alusivas à lavagem de dinheiro, editou a Resolução nº 1336/2014¹²⁴ cujo objetivo é, conforme caput do art. 1º da citada resolução, “prevenir e combater os crimes de financiamento de terrorismo, ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores”, nos moldes da Lei 9.613/98.

Dentre os deveres regulados nesta resolução e impostos às pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividade de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis de forma permanente ou eventual estão, em reprodução às exigências da lei, o dever de manutenção de cadastro junto ao órgão, a manutenção de cadastro de clientes que efetuem transações superiores a R\$ 100.000,00, a avaliação, por parte do profissional, da existência de suspeição das propostas ou operações de

mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; XV - 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; [...] XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e [...](BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**, loc. cit.).

¹²³ BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**, loc. cit.

¹²⁴ BRASIL. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. **Resolução COFECI n. 1336/2014**. Altera a Resolução COFECI nº 1.168/2010 em conformidade com a nova redação da Lei 9.613/98 em face da edição da Lei 12.683/12. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cofeci.gov.br/arquivos/legislacao/2014/resolucao1336_2014.pdf> Acesso em: 24 jan. 2018.

seus clientes e o dever de informar ao COAF determinadas transações ou propostas de transações nos moldes estatuídos na resolução.

Conforme entende Carlos Fernando Lima¹²⁵ a Lei 9.613/98, antes da alteração dada pela Lei 12.683/12, deixava clara a imposição das obrigações de exame e comunicação de operações suspeitas às imobiliárias, atuando estas em compras, vendas ou intermediações, determinação que não abarcava as pessoas jurídicas. Na visão do autor, não havia motivo para que as pessoas físicas que exercessem as mesmas atividades figurassem à margem dos deveres de controle uma vez que, a não imposição de deveres às pessoas físicas geraria um aumento na procura de serviços autônomos em detrimento das imobiliárias, distorcendo, assim, o mercado de corretagem e tornando o setor um alvo da ação criminosa.

Para Callegari e Weber¹²⁶ a estipulação de deveres *Compliance* às pessoas físicas no setor imobiliário facilitam a aplicação da estratégia de maior proximidade com o cliente, denominada *Know your client*, porquanto, o contato entre as pessoas físicas e seus clientes são mais estreitos do que aquele empreendido por instituições financeiras. Por mais esse instituto, é perceptível a implementação de lógicas mercadológicas e de efficientismo no aumento do espectro de tutela da lavagem de capitais.

O Conselho Federal de Economia (COFECON), também com o fito de adequar-se às modificações da lei de lavagem de dinheiro, na mesma linha do conselho Federal de Corretores de Imóveis, editou a Resolução nº 1902/2013¹²⁷ definindo obrigações de pessoas físicas e jurídicas que explorem atividade de economia e finanças previstos na aludida legislação. Não diferente dos deveres dos corretores, as determinações giram em torno da necessidade de se avaliar a suspeição de transações tidas como “incomuns” ou informar as previamente delimitadas, de manutenção de registros frente aos Conselhos Regionais, de cadastro dos seus clientes e de informar ao COAF as ocorrências que demandem

¹²⁵ LIMA, C. F. O Sistema nacional antilavagem de dinheiro: As obrigações de Compliance. In: CARLI, C. V. **Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal**. 2ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 71.

¹²⁶ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 41.

¹²⁷ BRASIL. Conselho Federal de Economia. **Resolução 1.902, de 2013**. Define as obrigações das pessoas físicas e das pessoas jurídicas que exploram atividade de economia e finanças, em razão dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cofecon.org.br/dmdocuments/Atos-Normativos/Res/2013/Res-2013%2816%29.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2018.

comunicação.

Já o Conselho Federal de Contabilidade – CFC, após as modificações trazidas pela Lei 12.613/12, editou a Resolução nº 1445/2013¹²⁸ obedecendo as mesmas diretrizes dos conselhos de Economia e de corretores imobiliários. Tal regramento viu-se revogado pela Resolução nº 1530/2017¹²⁹ cujo conteúdo dispõe sobre os procedimentos adotados pelos profissionais e organizações contábeis na observância das normas atinentes à lavagem de dinheiro.

Tanto na Resolução nº 1455/2013 quanto na de nº 1530/2017 os deveres estabelecidos giram em torno da obrigatoriedade por parte do profissional de contabilidade de informar operações suspeitas e registrar clientes que realizem determinadas operações previamente elencadas na legislação referente à lavagem de dinheiro.

É necessário compreender que nem todas as atividades profissionais sujeitas às obrigações estabelecidas na lei de branqueamento de capitais gozam de uma regulação específica. A ausência de tais regulamentações desencadeiam um assoberbamento, no âmbito do COAF, de demandas que por vezes não se desdobram em apurações concretas de delitos de lavagem de dinheiro.

Carlos Fernando Lima entende que essas áreas constituem, através de seus membros, um “conjunto amorfo” de difícil identificação, o que ocasiona, devido a tais entraves, um maior óbice à implementação dos deveres de *Compliance*. Ao contrário das instituições financeiras, que conforme exemplo norte-americano aplicam-se desde a década de 70 a estabelecer treinamentos internos e uma rotina de controle voltadas à prática antilavagem, alguns dos novos setores terão agravados os riscos de sujeição as penalidades estabelecidas na lei pelo descumprimento dos deveres de *Compliance* em decorrência de não alcançarem aceitável compreensão de suas obrigações, inviabilizando, assim, o

¹²⁸ BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução CFC nº 1445/13**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/RES_1445.pdf> Acesso em: 25 jan. 2018.

¹²⁹ BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução CFC nº 1530/2017**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e organizações contábeis para cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 9.613/1998 e alterações posteriores. Diário Oficial da União, Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-cfc-1530-2017.htm>>: Acesso em 25 jan. 2018.

desenvolvimento da atividade¹³⁰.

A dificuldade de regulamentação dessas atividades desprovidas de órgão regulador próprio é reconhecida pelo presidente do COAF, Antônio Gustavo Rodrigues¹³¹ que alerta para a burocracia envolvida, além da necessidade de implementação de mão de obra especializada. A atuação do COAF nesse sentido se mostra desafiadora ante a pequena estrutura do órgão e os novos e amplos setores incluídos na legislação de lavagem de capitais.

Nesse sentido, tais atividades, desprovidas de órgão regulador próprio, têm no COAF o exercício das normatizações atinentes ao respectivo setor. Como exemplos temos as seguintes resoluções:

Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012: Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998.

Resolução nº 24, de 16 de janeiro de 2013: Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998.

Resolução nº 25, de 16 de janeiro de 2013: Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou intermedieiem a sua comercialização, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998.

Resolução nº 28, de 7 de dezembro de 2016: Revoga a Resolução nº 8, de 15 de setembro de 1999, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de arte e antiguidades

Resolução nº 29, de 7 de Dezembro de 2017: Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas reguladas pelo COAF, na forma do § 1º do artigo 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relativamente a pessoas expostas politicamente¹³².

Além das resoluções acima elencadas, está em curso uma consulta pública de

¹³⁰ LIMA, C. F. O Sistema nacional antilavagem de dinheiro: As obrigações de Compliance. In: CARLI, C. V. **Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal**. 2ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 71

¹³¹ RODRIGUES, A. G. O COAF e as mudanças na Lei 9.613/1988. **Boletim IBCCRIM**, nº 237, ago/2012. p. 15.

¹³² BRASIL, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Normas do COAF**. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf>> Acesso em: 26 jan. 2018.

nº 001/2018¹³³, publicada em 09 de janeiro de 2018 com proposta de Resolução que regula os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas que exerçam a promoção, intermediação, comercialização, negociação ou agenciamento de direitos de transferência de artistas e atletas. Tal proposta conta com minuta já pronta disciplinando, assim como nas resoluções acima, procedimentos de controle das operações e comunicação de negociações tidas como suspeitas. A atenção reivindicada pelo setor, principalmente o futebolístico, conforme aduz Callegari e Weber, deriva da falta de regulamentação inerente ao setor bem como das altas quantias, estabelecidas com alto grau de subjetividade nas transações além do caráter internacional inerente à grande parte das movimentações¹³⁴.

Discussões ainda mais acirradas operam-se em relação ao exercício da advocacia e as obrigações de *Compliance* elencadas na lei em comento. Mesmo que ausente a menção direta aos profissionais da área jurídica, a Lei 12.683/12 obrigou as pessoas físicas que atuem em serviço de consultoria, assessoria e aconselhamento de qualquer natureza nas operações elencadas na lei¹³⁵.

Adianta-se que sobre o tema a OAB, conforme proposição 49.000.2012.010315-1/COP, entendeu que os deveres de *Compliance* estabelecidos nos artigos 10 e 11 não se aplicam aos advogados. Sobre o tema, vejamos:

Na oportunidade, decidi o Órgão Especial que a citada lei de lavagem de dinheiro não se aplica à advocacia com fundamento no princípio constitucional de indispensabilidade do advogado à justiça, “afirmando que os profissionais da advocacia não se encontram sujeitos aos mecanismos de controle da lavagem de capitais a que aludem os artigos 9, 10 e 11 da Lei 12.683/12. Para se evitar interpretações divergentes do direito ao sigilo profissional, princípio fundamental e caro à Advocacia e à sociedade, sugiro a elaboração de Cartilha a ser distribuída a todas as Seccionais, sobre a não-sujeição dos advogados aos mecanismos de controle da lavagem de capitais a que aludem os artigos 9, 10 e 11 da Lei 12.683/12, bem como a comunicação às Comissões de Prerrogativas das Seccionais e do Conselho Federal para que estejam aptas a prestar ágil e efetiva assistência a todos os advogados e sociedades que vierem a ser de alguma forma compelidos a cumprir as regras dos referidos dispositivos”¹³⁶

¹³³ BRASIL, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Notícias**. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/consulta-publica-no-01-2018>> Acesso em: 26 jan. 2018.

¹³⁴CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45-50.

¹³⁵ GRANDIS, R. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo. ano 20, nº 237, p. 9-10, 2012. p. 9.

¹³⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Proposição nº 49.000.2012.010315-1/COP**. Origem: Diretoria do Conselho Federal da OAB. Confederação Nacional das Profissões Liberais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.841. Persecução penal no crime de lavagem de dinheiro. Projeto de Lei

As questões doutrinárias controvertidas relacionadas à atividade da advocacia e a lei de lavagem de dinheiro vão desde o recebimento por parte do advogado de honorários oriundos da atividade criminosa até a obrigação de prestar informações nos moldes da nova lei de lavagem¹³⁷.

É sabido que o advogado, assim como as demais profissões acima elencadas, possui o direito ao livre exercício profissional, esculpido no art. 5º¹³⁸, inciso XIII da Constituição Federal. Ao causídico, nos termos do art. 7º do Estatuto da Advocacia¹³⁹ ainda é garantida a garantia de sigilo profissional e liberdade no exercício da profissão.

Em sentido oposto à proposição da Ordem dos Advogados do Brasil, Rodrigo de Grandis¹⁴⁰ entende que as medidas elencadas na lei de lavagem de capitais devem ser obedecidas pelos advogados, não figurando como inconstitucional desde que respeitada a atuação do advogado em “concreta situação jurídica vinculada a um processo judicial”. Em se tratando de consultoria, notadamente a de natureza tributária, de forma diversa, entende o autor que uma vez sendo o advogado procurado em circunstâncias que traduzam o crime de lavagem, não será acobertado pelo direito de sigilo profissional garantido estatutária e constitucionalmente. Corroborando com tal compreensão entende Carlos Fernando Lima¹⁴¹ que a advocacia contenciosa não se submete aos deveres de *Compliance* estabelecidos na lei de lavagem.

Ainda nesse sentido entende Lima¹⁴² que o direito ao sigilo possui duas vertentes, uma referente aos direitos de personalidade, tendo como titular o

nº 4341/2012. Rel. Cons. Federal Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, DF, out. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-08.pdf> Acesso em: 26 jan. 2018. p. 2-3.

¹³⁷ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. op. cit. p. 211 e 215

¹³⁸ Art. 5º [...]XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (BRASIL. Constituição – 1988 – op. cit. loc)

¹³⁹ Art. 7º São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; [...]XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; (BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de junho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em: 26 jan. 2018.

¹⁴⁰ GRANDIS, R. op. cit. p. 10.

¹⁴¹ LIMA, C. F. O Sistema nacional antilavagem de dinheiro: As obrigações de Compliance. In: CARLI, C. V. (Org.). **Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 112.

¹⁴² Idem, *ibidem*, p. 106-107.

confidente, outra de cunho profissional, titularizado pela parte confidente. Defende o doutrinador que o direito ao sigilo profissional não é absoluto, convivendo com outros direitos constitucionalmente protegidos, obrigando-se a lei a estabelecer ressalvas em casos de justa causa.

Em que pese a separação feita pela doutrina em relação ao tema, entendendo pela aplicação dos deveres de *Compliance* em situações de exercício da advocacia não contenciosa, há de se observar o direito à liberdade profissional e ao sigilo não apenas na advocacia, mas, também, em todas as profissões elencadas entre os obrigados a cumprir o exercício de *Compliance* nos moldes da lei de lavagem de dinheiro.

Callegari e Weber¹⁴³, sobre o exercício da advocacia, acertadamente, assevera que o princípio da confiança se apresenta, e assim deve ser, como um limite ao dever geral de comunicação, sob pena de, se infringido, pôr em xeque o verdadeiro papel do advogado. Quando o cliente opta por um profissional da advocacia, o faz baseado na convicção de que pode depositar confiança no causídico escolhido. Não pode o advogado, investido da confiança do cliente, figurar como um “policia infiltrado”, sob pena de, mesmo em meio posicionamentos contrários¹⁴⁴, ferir o direito de não autoincriminação garantido ao cidadão que lhe confiou a defesa.

A discussão vai para mais além e amolda-se ao propósito do presente trabalho quando observada a possibilidade de o advogado, agindo em consultoria ou em processo contencioso, bem como os demais profissionais elencados entre os obrigados dos deveres de *Compliance* na lei de lavagem de capitais, virem a, através das informações prestadas aos órgãos reguladores, abdicarem por imposição legal do princípio do *Nemo tenetur se detegere* que os assiste.

Afinal, somado ao interesse do cliente está também o interesse do profissional que se vê obrigado, sob pena de punição administrativa se assim não o fizer, de abrir mão de um exercício regular de direito, o de permanecer silente, podendo, inclusive, formular provas contra si caso se manifeste em observância dos deveres de cumprimento.

Adianta-se que não se pugna pela irresponsabilidade do exercício profissional

¹⁴³ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 218.

¹⁴⁴ Posição defendida por Carlos Fernando Lima (LIMA, C. F. op. cit. 112.)

seja lá em qual atividade for, muito menos pela proliferação do delito de lavagem de dinheiro. No plano da advocacia, como já salienta Bottini e Badaró¹⁴⁵, o advogado tem o dever de se abster de cooperar com a prática de branqueamento. Entende-se que não somente o advogado, mas todo profissional no exercício de seu labor deve prezar pela hombridade.

Entretanto, o que não se pode é às custas de garantias Constitucionais, estabelecer uma dinâmica gerencialista, lançando mão do Direito penal para proteção de áreas interessantes a ordem econômica.

2.4 A DUPLA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS FÍSICAS PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE *CRIMINAL COMPLIANCE* RELACIONADOS À LAVAGEM DE DINHEIRO: (IM) POSSIBILIDADE

Questão imprescindível para o desenvolver do raciocínio levantado nesta dissertação é a delimitação das responsabilizações pelo descumprimento dos deveres de *Compliance*, afinal, daqui se extraem as possibilidades da dupla punição pela incidência de normas de Direito Sancionador e Direito Penal sobre a mesma situação fática. De início, delimita-se que a legislação trata as sanções como de natureza somente Administrativa, algo a ser refutado no presente trabalho.

Da compreensão imediata extraída do texto do art. 12¹⁴⁶ da Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12, percebe-se que os descumprimentos dos deveres de *Compliance* aduzidos nos artigos 10 e 11 por parte dos obrigados do art. 9º geram, via de regra, sanções a serem impostas pelas autoridades administrativas competentes, que vão desde as sanções de advertência, multa pecuniária, inabilitação pelo prazo de até dez anos para atuar em cargo como administrador de pessoa jurídica e cassação ou suspensão da autorização para exercício de atividade, funcionamento ou operação.

Quanto à responsabilização penal pela inobservância dos deveres de *Compliance*, convém pontuar a inexistência direta no texto da lei de sanções de

¹⁴⁵ BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e processuais Penais**. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 139.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. loc. cit.

natureza penal em decorrência do descumprimento. Daí surgem as mais diversas interpretações, inclusive agasalhadas pela doutrina e jurisprudência, sobre a possibilidade repercussão no âmbito penal. Reforça-se que as divergências relativas à possibilidade de responsabilização penal não serão aprofundadas, haja vista que, a intenção primeira é demonstrar tão somente a diversidade de entendimentos favoráveis e a possibilidade de aplicação do Direito Penal pela inobservância dos deveres de *Compliance*.

De antemão, convém dar relevo as posições de Bottini e Badaró¹⁴⁷ a fim de expor que não se entende que a responsabilização penal ocorra de forma possível, mas não automática, porquanto, conforme já dito, a lei assim não estabelece. Nas colocações dos autores, a responsabilização penal perpassa por uma análise da atuação do profissional dentro do chamado risco permitido, devendo ser aferido de a inobservância dos deveres se deu por imprudência, desídia, ou especificamente um ato de participação dolosa. Ademais, sabe-se ainda que no plano penal haverá a análise da existência de posição de garante, o grau de ciência do contexto delitivo e o dolo de realizar ou cooperar com a operação. Nesse sentido, convém delimitar as possibilidades vislumbradas pela doutrina e jurisprudência.

De início, convém mencionar uma primeira situação vislumbrada como possível ante recente decisão do STF e interessante ao raciocínio do presente trabalho, qual seja, a imputação penal pela inobservância dos deveres de *Compliance* a título de dolo direto. Conforme decisão do STF na AP 863¹⁴⁸, caso envolvendo Paulo Maluf, firma-se o entendimento de que o delito de lavagem, na modalidade “ocultar”, é crime permanente. Diante da aludida interpretação, cria-se a possibilidade de o profissional de área sensível à lavagem, que dolosamente omite as informações atinentes aos deveres de *Compliance* a fim de acobertar movimentações criminosas, ser responsabilizado por lavagem de dinheiro na forma dolosa por ocultação. Sabe-se que é uma situação a ser discutida pela doutrina e tecidas as devidas construções teóricas, contudo, ante a relevância do debate, não se pode furtar de

¹⁴⁷ BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. op. cit. p. 54.

¹⁴⁸ Extraí-se do voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “Quanto ao quarto fato, não há prescrição a ser reconhecida, quer pela natureza permanente do crime de lavagem de bens, direitos ou valores quando praticado na modalidade “ocultar”, quer porque, ainda que se o considere crime instantâneo, diversas ações foram praticadas em momentos que não estão acobertados pelo manto da prescrição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL: AP 863 SP. Relator Ministro Edson Fachin. DJ: 09/11/2016. STF, 2016 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP863f.pdf> > Acesso em: 23 jan. 2018.)

uma breve análise.

Daniel Marchinatti Barbosa¹⁴⁹ assinala pela possibilidade de responsabilização pelo descumprimento dos deveres de *Compliance* através da utilização de dispositivos contidos na lei dos crimes financeiros, obedecendo uma análise caso a caso. Contra essas argumentações, Saavedra¹⁵⁰ entende que a Lei 7942/86 e a Lei 9613/98 abordam fenômenos diversos sendo que, apenas a lei de lavagem versa sobre deveres de *Compliance*, não sendo estes destinados à tutela do sistema financeiro.

Há ainda quem pugne pela responsabilização penal da pessoa física pelos descumprimentos dos deveres de *Compliance* através da aplicação do instituto da omissão imprópria. Em que pese esta discussão, conforme visto, incidir predominantemente sobre as figuras do *Compliance Officers*, administradores e gestores e da compreensão do nível de delegação estabelecido no desenvolvimento do programa de *Compliance* no plano da pessoa jurídica, posição há que entenda ser possível o enquadramento dos obrigados do art. 9º, o que inclui as pessoas físicas ali elencadas, como figuras de garantidores nos moldes do art. 13, § 2º¹⁵¹ do Código Penal.

Na lição de Juarez Tavares¹⁵², o dever de garante surge quando há condições pessoais de vinculação entre o omitente e a vítima ou entre o omitente e a fonte produtora de perigo, implicando um dever de impedir o resultado. Cumpridas tais condições, para que se imponha a alguém o dever de garantidor deve-se aferir outros dois pressupostos, a saber, uma precisa identificação das condições anteriormente estabelecidas bem como a efetiva demonstração de que o agente era plenamente capaz de perpetrar a ação necessária para evitar o resultado.

Defendendo a aplicação de tal conceito sobre os obrigados aos deveres de

¹⁴⁹ BARBOSA, D. M. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: TADAAQUI H.; J. P. BALTAZAR JR. (Org.). **Curso Modular de Direito Penal**. 1ed., v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 491-508.

¹⁵⁰ SAAVEDRA, G. A. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal**, Ano XIII, n 75, ago./set, 2012. p. 28

¹⁵¹ Art. 12 [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;” (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 24 jan. 2018.

¹⁵² TAVARES, J. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 45.

Compliance elencados no art. 9º da lei de lavagem de capitais, Vlamir Costa Magalhães¹⁵³ entende que, embora não exista no ordenamento jurídico pátrio um tipo penal específico que incida sobre o descumprimento dos deveres de *Compliance*, não haveria razão para o afastamento da omissão penalmente relevante em decorrência do descumprimento doloso e injustificado das obrigações elencadas na lei. Nesse sentido, aduz:

Em outras palavras, havendo a previsão normativa específica do dever de agir; sendo tais obrigações claras, plenamente conhecidas e de cumprimento viável, torna-se evidente o dever de cuidado, proteção e vigilância a caracterizar a posição de garante. Logo, caso a consciente inobservância de algum dos deveres inerentes à *Compliance* venha a viabilizar ou, de alguma forma, facilitar a ocultação de patrimônio de origem ilícita, deve o agente ser penalmente responsabilizado pelo crime de lavagem de dinheiro¹⁵⁴.

No mesmo sentido, Oliveira¹⁵⁵ entende que a delimitação de “regras intensivas” que reivindicam a colaboração do particular acaba por modificar a configuração dos agentes atuantes em áreas sensíveis à lavagem em garantias da não ocorrência do crime, ampliando o espectro de responsabilidades penais. Para Gloeckner e Da Silva¹⁵⁶, pontuando em postura crítica, existe uma verdadeira tendência na utilização da omissão imprópria no delito de lavagem, elevando os deveres de *Compliance* a normas de evitação de resultado.

Em sentido oposto, Ilana Martins Luz¹⁵⁷ expõe que os deveres elencados no art. 9º, em que pese serem deveres de vigilância, não são suficientes para que se possa concluir pela existência de um dever jurídico penalmente relevante, à luz do exposto no art. 13 § 2º do Código Penal.

Nesse contexto, pactua-se com a compreensão de Luz, porquanto há de se falar que a legislação brasileira não determinou aos sujeitos obrigados a recusa ou

¹⁵³ MAGALHÃES, V. C. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n.64, p. 164-186, jan./abr. 2014. p. 177.

¹⁵⁴ Idem, *Ibidem*, p.178

¹⁵⁵ OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 234.

¹⁵⁶ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 159

¹⁵⁷ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 258.

abstenção em relação aos atos suspeitos de lavagem de capitais, limitando-se a apenas exigir registro, identificação, exame e comunicação das operações ao COAF. Não se contempla, ao menos nos textos da lei, o dever de evitação do resultado.

O que se observa dos posicionamentos levantados e dos que se mostrarão é que, em que pese a lei nacional não delimitar responsabilidades no plano penal, a relação estreita entre o cumprimento dos deveres de *Compliance* e a ocorrência ou desenvolvimento da conduta delituosa ensejam interpretações das mais diversas.

Além das perspectivas acima levantadas sobre responsabilização penal pelo descumprimento dos deveres de *Criminal Compliance* e desenvolvidas no cenário nacional em meio a adesões e críticas, uma outra tem ganhado notoriedade, mormente pela sua reiterada utilização, sob fortes oposições, na denominada “Operação Lava Jato”. Fala-se da aplicação do dolo eventual na lavagem de dinheiro pela transposição da teoria extraída da jurisprudência norte-americana denominada de *willful blindness* ou “cegueira deliberada”¹⁵⁸.

Renato de Melo Jorge Silveira¹⁵⁹ aduz que se recorre a cegueira deliberada em casos daquele que, “ao invés de assumir um risco da ocorrência do resultado, prefere não saber do fato”. Para Callegari e Weber¹⁶⁰ a cegueira deliberada não descreve, via de regra, um comportamento equivalente ao pleno conhecimento, absorvendo do conceito a “a impossibilidade de que alguém propositalmente evite tomar conhecimento sobre o fato futuro”.

Através de uma construção de natureza doutrinária, a teoria da cegueira deliberada tem sido aplicada a título de dolo eventual nos casos em que a responsabilização penal se fundamenta na indiferença do autor ao perpetrar determinada conduta, surgindo condenações com lastro na doutrina da evitação da consciência¹⁶¹.

O entendimento pela aplicação do dolo eventual equiparado a cegueira

¹⁵⁸ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 124.

¹⁵⁹ SILVEIRA, R. M. J. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280., ago. 2016. p. 263.

¹⁶⁰ CALELEGARI, A. L.; WEBER, A. B. op. cit. p. 132.

¹⁶¹ MARTINS, L. F. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminas**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, p. 135-162. out./dez. 2014. p. 139.

deliberada no delito de lavagem de capitais se deu em decorrência da mudança do texto constante no art. 1º, § 2º, da Lei 9.613 ocasionado pela Lei 12.683/12 que suprimiu o trecho “que sabe serem provenientes”, extirpando a reivindicação do conhecimento total da ilicitude dos bens, valores ou direitos provenientes de infração penal. Cumpre salientar que tal entendimento não é pacífico.

No contexto da jurisprudência atual várias decisões tendem, especialmente as oriundas da 13ª Vara Criminal Federal do Paraná pertencente ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos casos da “Operação Lava Jato”, a considerar a teoria da cegueira equiparada ao dolo eventual e aplica-la em condenações pelo crime de lavagem de dinheiro. Como exemplos, dentre tantos encontrados na aludida operação, menciona-se as decisões envolvendo Carlos Habib Chater, Nestor Cerveró e a AP 5013405-59.2016.404.7000¹⁶² na condenação de João Santana e Mônica Moura.

No último caso, quando da prolação da sentença, o juiz de primeiro grau Sérgio Moro, afirmou em sua decisão que a teoria da cegueira deliberada já havia sido utilizada como dolo eventual pelas duas turmas criminais do Tribunal Regional da 4ª Região e que tal conceito seria “extensível, com as devidas adaptações, ao crime de lavagem”. Ademais, nesse caso, se percebe uma estreita relação entre o descumprimento do dever de *Compliance* e a repercussão penal por intermédio da teoria da cegueira deliberada. Nos termos da sentença, e diante do argumento dos acusados de desconhecimento da origem ilícita dos valores recebidos, o juiz estabeleceu que por parte dos profissionais de marketing eleitoral deve existir a responsabilização pelo recebimento de dinheiro de origem duvidosa. Adotar diligências para estabelecer a origem dos recursos constitui, nos moldes da Resolução 29¹⁶³ do COAF em seu art. 2º, inciso II, um dever de *Compliance* imposto aqueles que se relacionam com pessoas politicamente expostas.

Ressalta-se que a teoria da cegueira deliberada equiparada ao dolo eventual

¹⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Ação Penal Pública. n. 5013405-59.2016.404.7000. Juiz: Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. 13ª Vara Federal de Curitiba. 24 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2018.

¹⁶³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 29, de 7 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas reguladas pelo COAF, na forma do § 1º do artigo 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relativamente a pessoas expostas politicamente. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/resolucao-coaf-no-29-de-7-de-dezembro-de-2017>> Acesso em: 25 jan. 2018.

no crime de lavagem já foi admitida pela jurisprudência pátria no caso do furto ao Banco Central ocorrido em Fortaleza, Ceará, em 2005. Vendedores de automóveis e responsáveis pela concessionária teriam vendido cerca de um milhão em veículos pagos com dinheiro em espécie. O juiz de 1º grau¹⁶⁴ entendeu pela aplicação da teoria da cegueira deliberada equiparando-a ao dolo eventual, contudo, em decorrência de o julgamento ter acontecido antes da modificação legislativa que excluiu, no art. 1, § 2º, inciso I, a necessidade de ciência expressa quanto a natureza dos valores, o tribunal reformou a decisão, compreendendo que a lavagem só admitia dolo direto¹⁶⁵. Em transporte para as obrigações de *Compliance* delimitadas na lei de lavagem, se vê que fatalmente os vendedores incorreriam no descumprimento de informar operações suspeitas.

Somam-se aos julgados mencionados o entendimento do Supremo Tribunal Federal na AP 470¹⁶⁶ que obedece ao mesmo raciocínio. Conforme Celso de Mello, através do dolo eventual, com espeque na teoria da cegueira deliberada, o agente fingiria não se dar conta de determinada situação de ilicitude para contrair vantagem indevida.

Em que pese o ativismo judicial externado pela forma como se vem aplicando a teoria da cegueira deliberada atualmente, percebe-se a força adquirida, mesmo em meio a sonoras críticas, por tal entendimento.

Callegari e Weber¹⁶⁷, em acertadas colocações, vislumbram nesse sentido, notadamente em relação ao TRF 4, um retorno a “jurisprudência dos valores” na qual o magistrado primeiro formula a decisão para depois aplica-la ao caso concreto. Ocorre, portanto, uma perda de protagonismo por parte do legislativo e uma exacerbada atuação do judiciário que acaba por violar os limites legais. Sobre o tema, vejamos:

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. Ação Penal Pública n. 2005.81.00.014586-0. Juiz: Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. 11ª Vara Federal de Fortaleza, 28 jun. 2007. Diário Oficial do Estado. Fortaleza, 24 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>> Acesso em: 25 jan. 2018.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. Apelação Criminal: ACR 5520/CE. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. DJU: 22/10/2008, **TRF5**. 2008. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf> Acesso em: 25 jan. 2018.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 684. 15 a 19 out. 2012, Brasília, 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm> > Acesso em: 25 jan. 2018.

¹⁶⁷ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 193

Abrindo-se a teoria da cegueira deliberada da maneira que judiciário tem feito, estaremos em breve vendo condenações em que o juiz substitui o necessário conhecimento exigido pela lei pela teoria da cegueira deliberada, sob o argumento de que o agir dessa maneira (mantendo-se alheio à informação) é igualmente reprovável àquele que detém o conhecimento do ato ilícito¹⁶⁸.

Partindo dos controversos raciocínios jurisprudenciais retro citados pode-se facilmente vislumbrar o enquadramento no crime de lavagem de dinheiro, a título de dolo eventual, de um profissional obrigado pela lei que deixe de informar, nos moldes dos deveres de *Compliance* instituídos, as operações tidas como suspeitas. Para mais, conforme se verá, vislumbra-se ainda a possibilidade de, mesmo com a prestação de informações para se afastar sanções de Direito Sancionador, ocorrer a imputação penal em uma forçosa dinâmica auto incriminatória.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) vislumbrando as controvérsias na demarcação das reponsabilidades ante o descumprimento dos deveres de *Compliance* estabelecidos na lei de lavagem de capitais, em um anteprojeto de Lei elaborado após debates junto à órgãos da advocacia, Magistratura e Ministério Público propôs, acertadamente, no art. 12 § 5º da versão inaugural do anteprojeto a ser discutido no 19º Congresso de Ciência criminais, que a omissão dos deveres contidos nos artigos 9º, 10 e 11 constitua “somente infração administrativa, salvo se presentes todos os requisitos do concurso de pessoas em face da ocorrência do delito previsto no artigo 1º” da lei, objetivando, portanto, restringir a coautoria e participação omissivas.¹⁶⁹

Logo, dos casos levantados se extraem diversas possibilidades de imputação penal a serem suportadas em conjunto com as impostas pelos órgãos administrativos em decorrência de uma mesma situação fática, qual seja, o descumprimento dos deveres de *Compliance*. Adiante veremos como essa dinâmica punitiva influi significativamente no enfraquecimento do princípio da não autoincriminação.

¹⁶⁸ CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. op. cit. p. 192.

¹⁶⁹ NETTO, A. V. S.; COSTA, H. R. L.; SARCEDO, L. Lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 250, p. 2-3., set. 2013. p. 2.

2.4.1 Recrudescimento das punições administrativas: Contornos de Direito Sancionador

Nos termos já esclarecidos, compreende-se que a mudança legislativa ocasionada pela Lei 12.613/12 ampliou as possíveis e controversas imposições de punições penais em razão do descumprimento dos deveres de *Compliance*. Inúmeros são os entendimentos, aplicados inclusive pela jurisprudência pátria, que possibilitam punição penal, além das impostas pelos órgãos reguladores das atividades ou o COAF, em decorrência do descumprimento dos deveres de *Compliance*. Para mais, a lei selou o fenômeno do imbricamento de normas ao, após a aludida modificação legislativa, redefinir a intensidade da sanção dita administrativa.

Conforme mudança conferida pela Lei 12.613/12¹⁷⁰, as multas vão desde o dobro do valor da operação ou o dobro do lucro real obtido ou presumivelmente obtido com a realização da operação até o valor de R\$ 20.000.000,000 (vinte milhões de reais), valor este que, ressalta-se, era de R\$ 200.000,000 (duzentos mil reais). Há ainda a possibilidade de cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento bem como a inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador de pessoas jurídica elencadas no art. 9º.

Nota-se que o parâmetro utilizado para se delimitar a sanção pecuniária imposta pela autoridade administrativa é muito superior ao destinado no plano penal ao agente perpetrador do delito de lavagem de dinheiro. Para Barros o legislador cometeu um equívoco ao estabelecer penas mais severas ao obrigado ao cumprimento dos deveres de *Compliance* do que as impostas ao que comete o delito de branqueamento de dinheiro¹⁷¹.

Ao contrário do aludido entendimento, percebe-se que propositalmente foi utilizado no plano das sanções impostas pelo descumprimento dos deveres de *Compliance* o chamado Direito Sancionador, próximo ao ramo jurídico cunhado por Hassemer, Direito de Intervenção, cujos institutos serão melhores trabalhados

¹⁷⁰ Lei. **12.683 de 9 de julho de 2012**. loc. cit.

¹⁷¹ BARROS, M. A. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 405.

adiante.

Ana Carolina Barros¹⁷² de Oliveira expões que desde o viés preventivo da norma administrativa e dos elementos de prevenção técnica constantes nas obrigações já se pode aferir o caráter de Direito Sancionador. Para Gloeckner e Da Silva¹⁷³, estabelecer graves sanções administrativas, como no caso da lei de lavagem de capitais, sem, contudo, se consignar no texto legal a criminalização é característica própria do Direito Sancionador.

Extraí-se da possibilidade de dupla responsabilização pelo descumprimento dos deveres de *Criminal Compliance* e das análises acima levantadas a sobreposição de normas recrudescidas e a incidência de um duplo sancionamento. No próximo capítulo se verá como o caráter de Direito Sancionador conferido às sanções decorrentes do descumprimento dos deveres de *Compliance* na lei de lavagem de capitais e distintas das tradicionais sanções administrativas revestem de caráter nocivo à dupla punição.

¹⁷² OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 230.

¹⁷³ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 160.

3 DIREITO SANCIONADOR E DIREITO PENAL: O DUPLO SANCIONAMENTO DOS PROFISSIONAIS DE ÁREAS SENSÍVEIS PELA SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme visto na aplicação das medidas preventivas elencadas na lei nacional de lavagem de capitais e atinentes aos deveres de *Criminal Compliance* há a possibilidade da incidência concomitante, sobre o mesmo destinatário da norma, de sanções de Direito Penal e de Direito Sancionador. Nessa trilha, premente discutir as raízes e repercussões do fenômeno do duplo sancionamento para, por fim, compreender seus desdobramentos sobre o princípio da não autoincriminação, objeto de estudo do presente trabalho.

Imperativo se mostra, portanto, enfrentar a questão da dupla punição por um mesmo fato, problema atrelado à legalidade e que impacta de forma significativa os direitos fundamentais, mormente no que diz respeito a racionalidade e proporcionalidade das sanções¹⁷⁴. Cumpre salientar que a análise da dupla punição sobre o mesmo fato não pode prescindir de uma percepção do fenômeno à luz do *Bis in idem* e da reflexão sobre o bem jurídico tutelado pela legislação de lavagem de capitais, aferindo a pertinência da utilização concomitante de dois severos ramos punitivos na tutela desses interesses.

3.1 ILÍCITO PENAL, ILÍCITO ADMINISTRATIVO E DIREITO SANCIONADOR: DEMARCAÇÕES NECESSÁRIAS

Após vislumbrado o entendimento favorável ao duplo sancionamento na legislação de lavagem de capitais em decorrência do descumprimento dos deveres de *Compliance* e brevemente levantada a compreensão de que as sanções ditas administrativas externam caráter de Direito Sancionador, convém estabelecer uma distinção entre o que venha ser ilícito Administrativo, ilícito Penal para extrairmos a percepção da sanção no plano Direito Sancionador e a razão da desproporcionalidade na dupla punição vislumbrada na legislação de

¹⁷⁴ OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 280.

branqueamento de capitais.

A doutrina tradicional distingue ilícito penal de ilícito administrativo a partir de diferenças quantitativas e qualitativas bem como pela diversidade de fundamentos e objetivos das aludidas sanções. Ana Carolina Carlos de Oliveira¹⁷⁵ expõe que a delimitação não é uma tarefa das mais fáceis, em decorrência das inúmeras modificações legislativas que optam pela tutela de determinados bens jurídicos ora pelo Direito Penal, ora pelo Direito Administrativo. Em que pese a distinção acima levantada, sabe-se que a diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo, de início, teve fundamento nas lições de James Goldschmidt, cujas concepções criam na separação ontológica entre ambos, denominada teoria diferenciadora, firmada na existência de um desvalor ético constante nas condutas penais e não encontrados nas sanções administrativas.

Manuel Gomes Tomillo¹⁷⁶, adepto da teoria diferenciadora, traça uma separação principiológica entre os aludidos ramos jurídicos, pautando-se na lesividade como princípio delimitador. Contudo, afirma existir certa identidade entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, propondo, inclusive, a utilização de teorias do Direito Penal por parte do Direito Administrativo, devido ao fato de existirem infrações administrativas com elevado grau de lesividade.

Na tentativa de sistematizar uma distinção ontológica, Eduardo García de Enterría apontou, no bojo das próprias sanções administrativas, uma sistematização e diferenciação das modalidades sancionatórias, cunhadas por ele como “sanções administrativas de autoproteção e sanções administrativas de proteção da ordem geral”. No primeiro caso, a potestade Administrativa se apresentaria gerindo-se internamente, de quatro formas, a saber, sanções disciplinares, afiguradas como as mais características do gênero, sanções sobre os prestadores de serviços públicos, sanção de perda de vantagem anteriormente adquirida em face da administração e, por fim, sanção de natureza tributária. No segundo plano, se estaria diante da proteção da ordem social geral, *ex. vi*, disciplina de mercado, de espetáculos, de

¹⁷⁵ OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 115.

¹⁷⁶ TOMILLO, M. G. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. **Revista Actualidad Penal**, n. 4, 2000. p. 60-90.

ordem pública ou urbana¹⁷⁷.

Na lição de Oliveira tal diferenciação objetivava respaldar que determinadas sanções eram impostas exclusivamente pela Administração Pública e competiam somente ao Direito Administrativo, enquanto as denominadas “de ordem geral” estabeleceriam um paralelo com a sanção penal e poderia ser regulada de acordo com normas administrativas ou penais.¹⁷⁸

Em sentido oposto, à teoria que vislumbrava uma divisão axiológica entre ilícito penal e administrativo surge a teoria unitária, para a qual não há distinção entre ilícito penal e administrativo. Nesse contexto, Miguel Reale Jr.¹⁷⁹ entende que a seleção do que seja relevante no plano administrativo ou penal decorre de uma questão de política criminal, concordando. Heraldo Garcia Vitta¹⁸⁰ e José Cretella Jr.¹⁸¹ aduzem que a compreensão de ilícito não é restrita a um ramo jurídico, afigurando-se como manifestação de um mesmo conceito e abarcando todos os tipos de ilícitos elencados no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a substância matéria do ilícito será sempre um fato que ocasionará um dano e ensejará uma responsabilização independente de qual ramo jurídico se esteja a tratar.

Percebe-se na perspectiva unitária que a delimitação da incidência de cada sanção independe de conceitos de reprovação moral ou ética, bem como do bem jurídico selecionado. Fica, assim, a cargo do poder legiferante elencar o que venha a ser sanção administrativa ou penal. Passa-se então, a partir da teoria unitária, a vislumbrar o grau da sanção penal como mecanismo diferenciador da sanção administrativa.

Na lição de Nelson Hungria¹⁸², não há nada de substancialmente diverso entre ilícito penal e ilícito administrativo, sendo espécie do mesmo gênero. Defendendo a distinção qualitativa, pugnada por parte considerável da doutrina, expõe o autor:

¹⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 10, 1976. p. 399-430.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, A. C. C. op. cit. p. 117.

¹⁷⁹ REALE JÚNIOR, M. Despenalização no Direito Penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129., out./dez. 1999. p. 122.

¹⁸⁰ VITTA, H. G. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

¹⁸¹ CRETILLA JR, J. Do Ilícito Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973. p. 137

¹⁸² HUNGRIA, N. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**, v.1, n. 1, p. 24-31, 1945. p. 27.

A única diferença, também aqui, é puramente quantitativa (de maior ou menor intensidade) e formal: as penas administrativas [...] são em geral menos rigorosas que as criminais e, ao contrário dessas, não se aplicadas em via jurisdicional, isto é, não vigora a respeito delas o princípio *nulla poena sine iudicio* ou *memmo damnatur nisi per legale iudicium*.

Em trilha similar, Roxin¹⁸³ defende que a distinção reside precipuamente na atenção ao quantum estabelecido na pena, contudo, extrai que o critério distintivo não é somente o quantitativo mas também qualitativo, porquanto, do volume da pena se extrai o fator qualitativo da tutela. Existiria, portanto, pautando na quantidade e gravidade da sanção estabelecida, um critério qualitativo-quantitativo como melhor fator distintivo.

As discussões acerca do limite de incidência de cada ramo jurídico não se esgotam nas propostas de distinção quantitativas e qualitativas. Para Silva Sánchez, a seleção do plano de tutela não deve prescindir de análise valorativa, dado ao obscuro limite¹⁸⁴ entre interesse penal e administrativo. É constatada uma finalidade teleológica na escolha, destinada especialmente às pretensões da punição aplicada.

No mesmo sentido, Ana Carolina Carlos de Oliveira¹⁸⁵ dispõe que há uma área em que o “injusto penal coincide com a ideia social de delito”. Haveria dessa forma uma consciência coletiva do delito no qual a tutela do Direito Penal é, em substância, diversa da administrativa, *i. e*, homicídios, fraudes, lesão, etc., sendo essa área o chamado “núcleo duro” do Direito Penal.

Interesses tutelados pelo Direito Penal, conforme assevera Gimenes¹⁸⁶, devem gozar de “dignidade penal”, entendendo esta como a “relevância dada ao bem que se quer proteger”. Como interventor subsidiário, entende a autora que o Direito Penal somente é legítimo para atuar frente a “insuficiência da tutela prévia, de caráter extrapenal, incidente sobre o fato, quando indispensável à manutenção da

¹⁸³ ROXIN, C. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997. p. 72-73.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Aproximacion al Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo: D de F, 2010. p. 50.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 128.

¹⁸⁶ GIMENES, R. O. Lei ordinária em matéria penal: incongruência latente. **Revista de Direito Público, Londrina**, v. 2, n. 2, p. 143-156, maio/ago. 2007. p. 145.

ordem jurídica”. Para Gamil Föppel el Hireche¹⁸⁷, corroborando com a linha argumentativa levantada, o bem jurídico serve como principal elemento para contenção da expansão penal. Não obstante a grande discussão doutrinária, deve-se entender que a teoria do bem jurídico não pode fundamentar a expansão do Direito Penal, observado o fato de que a criação de interesses penalmente relevantes não é arbitrária. Para que um bem deixe de ser relevante para a religião, moral, ética e normas de direito privado e passe a ser importante para o Direito Penal, pressupostos mínimos, a exemplo da necessidade de tutela penal, ofensividade da conduta, adequação e eficácia da tutela penal devem ser observados.

Dos breves conceitos expostos e malgrado as incessantes discussões doutrinárias acerca dos limites de incidência de cada ramo jurídico, se detrai que as legislações atuais, notadamente as alusivas à tutela da ordem econômica e de bens transindividuais, a exemplo da legislação de lavagem de capitais, não respeitam os parâmetros distintivos de atuação penal e administrativa. Isso se deve, particularmente, ao expansionismo e conseqüente administrativização do Direito Penal. Basta notar, e como se verá mais acuradamente em análise da própria lei de lavagem de dinheiro, que sanções administrativas por vezes são mais severas que as de natureza penal e o Direito Penal, por seu turno, não poucas vezes tem se ocupado com situações de pouca diminuta ofensividade.

De um lado, se observa uma corrida em direção ao Direito Penal, que passa a incorporar tipos de ínfima lesividade e não necessariamente atrelados à prisão, característica peculiar desse ramo jurídico estigmatizante e de *ultima ratio*, e ,por outro, uma expansão e maior severidade na sanção administrativa.

O Direito Penal se aproxima da lógica preventiva Administrativa e se instrumentaliza para reforçar a regulamentação administrativa em resposta aos novos anseios da sociedade de risco. Daí se extrai a compreensão de administrativização do Direito Penal.¹⁸⁸

Na tentativa de contenção desse fenômeno e firmado na compreensão de que

¹⁸⁷ HIRECHE, G. F. E. **Da (I)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: Simbolismo, ineficiência e desnecessidade do Direito Penal Econômico**. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2011. p. 59.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 249.

o Direito penal deve se ater a um núcleo rígido de condutas que lhe sejam atreladas, Hessemer desenvolve a teoria do Direito de Intervenção, base teórica do Direito Sancionador ora tratado.

O objetivo de Hassemer seria estabelecer uma diferença qualitativa incidente sobre as condutas do núcleo duro do Direito Penal e as diferenças quantitativas nas demais condutas serem transferidas para o Direito de Intervenção¹⁸⁹. Nesse sentido, a pena de prisão seria utilizada apenas no Direito Penal e as demais penas, mesmo com elevada severidade, seriam transportadas para o Direito de Intervenção.

O Direito de Intervenção evidencia-se como ramo de Direito Punitivo, de graves sanções, com o escopo de cumprir a tutela de bens jurídicos e a função de prevenção geral e, por não ter pena privativa de liberdade, comporta-se com menos garantias, se comparado ao Direito Penal¹⁹⁰. Dispõe de possibilidades de sancionamento e vale-se, inclusive, de meios jurídico penais, para realização de fins preventivos não repressivos, como resposta à culpabilidade e ao injusto, flexibilizando certas garantias materiais e formais e excluindo a pena de prisão¹⁹¹. Localiza-se entre o Direito dos ilícitos administrativos e o Direito Penal, entre o Direito Privado e o Público, dispondo de garantias e normas processuais menos intensas que o Direito Penal e, por abandonar a pena de prisão, dotado de sanções menos rigorosas. Tal Direito seria, na visão de Hassemer, mais adequado para solucionar as demandas da sociedade moderna¹⁹².

Esse novo ramo jurídico trabalharia com a chamada prevenção técnica e organizada ao invés de uma prevenção normativa. A estruturação e utilização do Direito de Intervenção no lugar do Direito Penal, se afigura, na visão de Hassemer, uma resposta mais profícua aos novos problemas, viabilizando uma resposta que faça valer os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁹³. O objetivo é restringir a atuação do Direito Penal aos tipos tradicionais, possibilitando a manutenção de princípios

¹⁸⁹ OLIVEIRA, A. C. C. op. cit. p. 124.

¹⁹⁰ HIRECHE. G. F. E. op. cit. p. 383.

¹⁹¹ HASSEMER, W. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política criminal – REDHPC**. Porto Alegre. n. 2, abr. 2008. p. 13.

¹⁹² HASSEMER, W. Características e crise do moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano III, n. 18, p. 144-157, fev/mar. 2003. p. 156.

¹⁹³ HASSEMER, W. Perspectivas de una nueva política criminal. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 475-501., 2002. p. 494.

penais fundamentais e alicerçados na construção histórica da teoria do delito¹⁹⁴.

Os direitos da coletividade, da bolsa, do mercado de capitais, etc., constituem o cerne do Direito de Intervenção, que, facilmente pode ser orientado pelo mercado, fator que o Direito Penal deve se eximir. Hassemer entende que esse mundo é diferente do Direito Penal, porquanto este setor jurídico nunca poderia se orientar pelo mercado. No Direito ambiental, exemplo utilizado pelo autor, se poderia, através do Direito de Intervenção, trabalhar com permissões de poluição até determinados limites, a exemplo do que ocorre no Japão. Isso viabilizaria uma resposta anterior ao fato em detrimento de uma resposta repressiva tardia. Na visão do autor, o Direito Penal obsta esse tipo de atuação, pois devido ao seu déficit de execução e por ser barato econômica e politicamente, impede a criação de instrumentos de proteção eficientes em decorrência dos altos custos¹⁹⁵.

Seria, então, o Direito de Intervenção um direito em gestação, apto a solucionar os problemas antes mesmo de sua ocorrência e formado pela junção de normas dos mais diversos ramos do Direito, *i. e.*, Direito sanitário, Direito fiscal, Direito do Trabalho¹⁹⁶, e, conforme dito, principalmente o Direito Penal e Administrativo, residindo em zona fronteira entre as duas áreas.

Quinzacara¹⁹⁷ entende que os postulados estabelecidos pelo Direito de Intervenção são aptos a tutelar, junto ao Direito Penal, determinados valores ou bens Constitucionais que, agregados às ideias de Hessemer, podem ser compreendidos como aqueles apartados da compreensão de um Direito Penal mínimo. Não se pode olvidar, contudo, que esse ramo não deve ser tratado como assessorio do Direito Administrativo ou Penal, mas compreender a absorção por parte do Direito de Intervenção de lógicas enraizadas nessas áreas¹⁹⁸.

Uma teoria que muito se aproxima da propugnada por Hassemer é a do Direito

¹⁹⁴ OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.. p. 63.

¹⁹⁵ HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41-51., out./dez. 1994. p. 50.

¹⁹⁶ HASSEMER, W. Perspectivas del derecho penal futuro. **Revista Penal**, Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41., jan. 1998. p. 40.

¹⁹⁷ QUINZACARA, E. C. El Derecho administrativo sancionador y su relación com El Derecho Penal. **Revista de Derecho**. Vol. XXV, n. 2, p.131-157, dez. 2012. p. 155.

¹⁹⁸ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 378.

Penal de duas velocidades, desenvolvida por Silva Sánchez. Ante o expansionismo penal e a ausência de delimitação nos limites entre Direito Penal e um recrudescimento do Direito Administrativo, ambas defendem a necessidade de uma alternativa de contenção à ampliação do espectro punitivo penal.

A teoria do Direito Penal dual divide o tratamento punitivo em duas modalidades, a depender da natureza do delito. Conforme Silva Sánchez¹⁹⁹, precursor da teoria do Direito Penal dual, num primeiro nível de tratamento dos delitos, seriam incluídos os crimes nos quais as garantias penais seriam amplamente respeitadas, por se levar a efeito como punição a pena privativa de liberdade. Num segundo grupo, por seu turno, seriam flexibilizadas as garantias, devido a impossibilidade de cominação de pena de prisão. A segunda velocidade do Direito Penal renunciaria a teoria do delito como teoria geral e uniforme do ilícito penal e serviria à contenção das novas criminalidades e, propondo uma expansão razoável do Direito Penal e impedindo a multiplicação de leis agressivas²⁰⁰.

O problema do Direito Penal de duas velocidades, malgrado ser também uma tentativa de contenção do expansionismo penal, é a não independência e autonomia deste novel ramo, sendo utilizado, de forma não apartada, no Direito de segunda velocidade diversos procedimentos próprios do Direito Penal.

Nesse sentido, concordando com o entendimento de Hireche²⁰¹, em que pese o esforço de Silva Sánchez para sistematizar uma tese de redução a ampliação do Direito Penal, a segunda velocidade elaborada na concepção dualista do Direito Penal continua sendo Penal e não um ramo autônomo.

O Direito Sancionador, termo utilizado por Gamil Föppel El Hireche²⁰² em sua tese de doutoramento e abordado no presente trabalho, também cunhado de Direito Administrativo Sancionador, configura-se em um ramo jurídico dotado de menos garantias que o Direito Penal e desprovido da ocorrência de pena de prisão, apto a tutelar a criminalidade moderna e restringir a atuação do Direito Penal ao seu núcleo mínimo e atuar em momento anterior ao dano, portanto, de modo preventivo.

¹⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid:Civitas. 2001. p. 156.

²⁰⁰ Idem, Ibidem, p. 88-95.

²⁰¹ HIRECHE, G. F. E. op. cit. p. 373.

²⁰² Idem, Ibidem, p. 366-369.

Para Diogo Mentor²⁰³ o Direito Sancionador, ou Administrativo Sancionador por ele tratado, constitui-se em um conjunto de regramentos destinados a tutelar bens jurídicos não afetos à área penal, porquanto tais bens se mostrariam incompatíveis com a teoria do delito. Enquadram-se, em tal, plano as violações a bens jurídicos coletivos, a responsabilização da pessoa jurídica, etc.

Vislumbra-se, portanto, uma aproximação entre a teoria de Hassemer e o Direito Sancionador ou Direito Administrativo Sancionador. Defende-se o afastamento da pena de prisão, a flexibilização de garantias, a atuação preventiva em face aos novos riscos e a tutela de novos bens estranhos aos princípios penais da lesividade, ofensividade, nos quais se enquadram os bens jurídicos coletivos.

Contudo, o que difere o Direito Sancionador do Direito de Intervenção, na lição de Oliveira²⁰⁴, mesmo entendendo que o Direito Sancionador materialize muitos intentos de Hassemer, é a ausência de um sistema delimitado de garantias. Nesse sentido, o Direito Sancionador cumpre a função de precaução, goza de severas sanções e influencia na prevenção geral sem, contudo, usufruir de uma “previsão unificada de garantias”.

Concordando com a posição levantada por Oliveira e indo além, percebe-se que a distinção entre Direito de Intervenção e Direito Sancionador, especificamente pelo que se percebe na legislação de lavagem de capitais, é a utilização deste sem a atribuição da devida autonomia. Isso desencadeia a perceptível de desproporcionalidade na captulação das sanções em abstrato. As medidas de Direito Sancionador podem ser mais severas que as de Direito Penal, desde que resguardada a impossibilidade de se aplicar a pena de prisão. Entende-se que essa manifestação punitiva é um dos principais motivos da separação tanto propugnada por Hassemer.

Reconhecer a autonomia do Direito Sancionador e, portanto, concretizá-lo como Direito de Intervenção, independente e com garantias próprias, significa romper a fraude na rotulação do que seria penal e do que seria administrativo. Evitaria, desse modo, a atribuição de sanção administrativa aquelas de natureza

²⁰³ MENTOR, D. **Teoria do Direito de Intervenção: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 102

²⁰⁴ OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 255

eminentemente penal²⁰⁵.

Nesse diapasão, compreende-se de que a sanção imposta pelo Direito Sancionador difere-se da comumente usada no plano administrativo em decorrência das raízes penais e da severidade com a qual se desenvolve, sendo legítima e apta a incidir quando da ausência da tutela penal e conseqüente sanção penal concomitante.

3.1.1 Direito Sancionador e Direito Penal sancionando o mesmo fato: *Bis in idem*

Diante do diagnóstico de que as punições de Direito Sancionador se diferem das sanções enquadradas como administrativas, mormente pelo caráter penal que lhe é inserido, resta necessário analisar a incidência de ambas sancionando o mesmo fato sob enfoque do *Non bis in idem*, a fim de se aferir a proporcionalidade na imposição da dupla sanção.

Conforme Josefa Muñoz Ruiz²⁰⁶ o termo *Ne bis in idem*, também conhecido como *Non bis in idem* é uma máxima latina que representa “não duas vezes sobre o mesmo”, objetivando aduzir que uma pessoa não possa ser julgada duas vezes pelos mesmos fatos, impedindo, assim, uma intimidação permanente a pessoa submetida a processo prévio.

Mesmo inexistindo previsão constitucional no plano nacional, o *Non bis in idem* é previsto expressamente no art. 8º, 4 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, prevendo que o acusado absolvido por sentença anterior, transitada em julgado não deverá se submeter a novo processo pelos mesmos fatos. Categoricamente pode-se afirmar que o princípio em testilha possui dupla aplicação, figurando, no plano material, como óbice ao duplo sancionamento pelo mesmo fato, a mesma pessoa, por uma mesma infração e, no plano processual, impossibilitando

²⁰⁵ OLIVEIRA, A. C. C. op. cit. p. 255

²⁰⁶ MUÑOZ RUIZ, J. Princípio *Ne bis in idem* no caso de concorrência de ilícito penal e Administrativo: Notas sobre a doutrina do Tribunal Constitucional e outras instancias supranacionais. **Argumenta Journal Law**, n. 24, jan./jun. 2016. p. 21

o duplo julgamento pela mesma situação fática.²⁰⁷

Bis in idem é, via de regra, atestado na incidência de normas de mesma natureza sobre o mesmo fato, a mesma pessoa e o mesmo bem jurídico. *Ex. vi*, Direito Penal punindo duas vezes a mesma conduta, Direito Administrativo punindo duas vezes o mesmo ato, etc., isso porque, o mesmo fato pode ser desvalorado em mais de um plano, seja administrativo, penal ou cível, tendo cada um a devida autonomia para estabelecer as suas sanções.

Sobre a análise em testilha, aduz Barcelar Filho²⁰⁸:

A responsabilidade administrativa decorre da prática pelo servidor de atos considerados irregulares no desempenho do cargo ou função, por ação ou por omissão. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor nesta qualidade. A responsabilidade civil, por sua vez, resulta de procedimento culposo ou doloso que importe prejuízo da Fazenda Pública ou de terceiros, perquirida em ação regressiva. As cominações administrativas, penais e civis, ainda que independentes, são cumulativas.

No Brasil, segundo Osório²⁰⁹, esse é um argumento utilizado para se excluir *Bis in idem*, firmando-se na independência das instâncias fiscalizadoras. No mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa²¹⁰ entende que inexistente *Bis in idem* quando o legislador prevê ilícitos administrativos e penais para os mesmos fatos em tese, vez que, a mesma circunstância fática pode ser duplamente valorada e compreendida como passível de dupla tutela. Há, contudo, conforme legislação²¹¹ e jurisprudência²¹² nacional a possibilidade de a sentença penal absolutória repercutir

²⁰⁷ D'URSO, L. F. B. Menos Direito Penal e mais Direito Administrativo Sancionador. A Proibição da acumulação de Sanções. In: BLAZECK, L. M. S.; MARZAGÃO JR., L. I. (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**, São Paulo: Quartier Latin. 2015. p. 207.

²⁰⁸ BARCELAR FILHO, R. F. Reflexões a propósito do Regime disciplinar do Servidor Público. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 3, n. 11, jan./ mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 16-17.

²⁰⁹ OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

²¹⁰ COSTA, H. R. L. **Direito penal econômico e Direito Administrativo Sancionador: Ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 205.

²¹¹ Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si. (BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm > Acesso em: 30 jan. 2018.)

²¹² “Nos termos da orientação firmada nesta Corte, as esferas penal e administrativa são independentes, somente havendo repercussão da primeira na segunda nos casos de inexistência material do fato ou negativa de autoria.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 856126 MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa

sobre o Direito Administrativo em se tratando de inexistência do fato e negativa de autoria.

Isso porque, acredita-se que a instância penal deva se configurar parâmetro para as demais instâncias. É o que se detrai, *mutatis mutandis*, do art. Art. 935 do Código Civil²¹³ ao dispor que “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”²¹⁴. Osório²¹⁵ entende que se trata de um externar de “mínima coerência no interior do sistema jurídico”, pautado na “consequência extrema da unidade do ordenamento jurídico-constitucional, não de uma prioritária posição de controle do Judiciário sobre os outros Poderes”

Não obstante o argumento de precedência da sentença penal, o que se vê são sentenças administrativas condicionando ou limitando a esfera penal, a exemplo da decisão do STF que determinou que em matéria de crime de sonegação fiscal é imprescindível aguardar a formação administrativa do tributo, sendo este o requisito de tipicidade criminal ou condição objetiva de punibilidade²¹⁶. Outro exemplo é a súmula 24 do STF²¹⁷ que faz depender a “materialidade típica do crime fiscal da constituição administrativa do crédito tributário”.

Ademais, além do condicionamento da esfera penal a administrativa, se vê uma compatibilização nas sanções e até mesmo casos em que a sentença imposta pela autoridade administrativa sobrepõe-se a penal. Daí a importância de se discutir o *Bis in idem* na concomitância de penalizações do Direito Sancionador, cujas sanções se afiguram por vezes superiores às punições na seara criminal e as reprimendas de Direito Penal. No plano internacional, diversos são os casos cuja

DJ: 07/12/2012. STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=817415&classe=Al-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 30 jan. 2018.)

²¹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de jan. de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 jan. 2018.

²¹⁴ No mesmo sentido o art. 126 da lei 8112/90, “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.” (BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. op. cit. loc.)

²¹⁵ OSÓRIO, F. M., op. cit. p. 284

²¹⁶ OSÓRIO, F. M., op. cit. p. 285.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 24. 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. DJ: 11/12/2009, STF, 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>> Acesso em: 2 fev. 2018.

imposição concomitante de Direito Sancionador e Direito Penal são interpretados como *Bis in idem*.

No caso conhecido como “Grande Stevens” o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que as sanções de Direito Sancionador possuíam caráter penal em decorrência de sua severidade. Na situação em epígrafe, duas pessoas jurídicas e três pessoas físicas, dentre elas o advogado Franzo Grande Stevens, foram processados pela justiça italiana por manipulação do mercado e pela difusão de informações falsas no setor financeiro.

O advogado, agindo em consultoria em relação aos aspectos societários e contratuais, de início tentou argumentar pela impossibilidade de ser punido administrativamente em decorrência de não figurar como administrador, não tendo acatada sua pretensão. Contudo, o TEDH acolheu a hipótese de violação ao *non Bis in idem* em decorrência da severidade da sanção administrativa imposta, determinando a anulação do processo penal e a proibição de novas investigações contra os réus a respeito do mesmo fato²¹⁸.

Delimitando o que venha a ser natureza penal de uma sanção, para fins de configuração do *Bis in idem*, no caso *Aklagaren versus Hans Akeberg Fransson*²¹⁹, o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu no parágrafo 35, dentre os critérios a serem observados, a severidade da sanção imposta. No caso, um pescador sueco alegou *Bis in idem* em relação à incidência concomitante de processo criminal e tributário. O tribunal entendeu pela incoerência alegando inexistir severidade de caráter penal na sanção tributária.

Situação ainda mais emblemática é encontrada na decisão STC 177/99 da Corte Constitucional espanhola. *In casu*, houve imposição de sanção administrativa a pessoa jurídica e estabelecimento de multa pecuniária e persecução penal do diretor da empresa que tinha natureza familiar. O princípio do *Ne bis in idem* foi levado à efeito de forma radical, afastando investigação criminal da pessoa física pelos mesmos fatos, uma vez que os ilícitos já tinham sido alvo de sanção administrativa e a multa administrativa. Pela identidade familiar da empresa, a corte

²¹⁸ SILVEIRA, P. B. O Direito Administrativo Sancionador e o princípio no *Bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**. v. 2, n. 2, p. 5-22, nov. 2014. p. 5-9.

²¹⁹ Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo nº C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, parágrafo 35**. Disponível em: < <https://eulaworebro.wordpress.com/2013/04/26/aklagaren-v-hans-akerberg-fransson-case-c-61710-of-26-february-2013/> > Acesso em: 30 jan. 2018.

entendeu pela identidade dos sujeitos, fundamentos e fatos e as alegações da necessidade da punição penal seriam irrelevantes para distingui-las das de natureza administrativa²²⁰.

Percebe-se que, no plano internacional, a severidade da punição de Direito Sancionador tem inclinado as cortes a entenderem pela desproporcionalidade nas sanções e pelo afastamento da persecução penal. Isso se dá, também, pela compreensão da unidade do *ius puniendi* estatal, fato que enseja inclusive a transposição de princípios penais para o âmbito do Direito Sancionador.

No plano da Lei de lavagem os problemas são os mesmos enfrentados nos casos levantados, a saber, a desproporcionalidade das previsões em abstrato das sanções penais e administrativas. Sobre o tema, expõe Gloeckner e Da Silva²²¹:

Gize-se que a pena do crime de lavagem de capitais – que vai de 3 a 10 anos – poderia autorizar, ausentes causas de aumento e ausentes agravantes, a se estimar que a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos de prisão, autorizando, com isso, a aplicação do art. 44 do Código Penal e a substituição da pena restritiva de liberdade por duas penas restritivas de direitos; b) a não prestação das informações poderá, admitida a possibilidade de concurso de normas ao destinatários dos deveres Compliance a pesada multa, que inclusive poderá ser mais grave do que aquela de natureza penal; c) a prestação de informações que lograr êxito no apontamento de um delito de lavagem de dinheiro, com recuperação de parte considerável dos ativos poderia, inclusive dependendo de como se procede, fazer incidir a causa de diminuição da pena denominada delação premiada, a teor do § 5º do art. 1º da Lei 9.613/98.

Oliveira vislumbra ainda a possibilidade de equivalência entre as sanções aplicadas em caso de dolo e as impostas em caso de culpa, em clara desproporcionalidade na cominação das punições. É possível que a pessoa física que preste serviço para viabilizar a lavagem de dinheiro receba uma punição inferior àquele que, de forma imprudente, deixe de fornecer informações nos moldes estabelecidos pelo COAF²²².

Contra a aplicação do *Non bis in idem*, em casos de incidência concomitante

²²⁰ OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 305.

²²¹ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 160.

²²² OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 229.

de Direito Sancionador e Direito Penal sobre o mesmo fato e o mesmo destinatário da norma, Helena Regina Lobo da Costa²²³ entende que não se pode compreender no plano nacional a concepção de um único *ius puniendi*. Pugna a autora pela distinção entre o Direito Penal e o Direito Sancionador, apesar de, no plano internacional, notadamente Espanhol, serem os ramos jurídicos tratados de forma similar. Nesse sentido, restaria obstada a transposição do regime e dos princípios penais para o âmbito administrativo e cada ramo tutelaria uma área de incidência específica. O Direito Administrativo mais recrudescido não seria, portanto, resultado de uma relação de identidade entre Direito Penal e Direito Administrativo mas, no fato de as sanções administrativas consistirem em “relevante imissão estatal na esfera de direitos fundamentais, em decorrência da prática de atos ilícitos”. Outro argumento levantado por Osório²²⁴, expõe que a aplicação do *Non bis in idem* pode conduzir à impunidade de pessoas importantes e influentes, conferindo a estes grupos uma verdadeira blindagem.

Venia concessa, as afirmações acima olvidam-se de alguns fatores de imprescindível relevância para o tema. De primeira mão, convém pontuar que a noção de único *ius puniende* estatal, amplamente defendida no âmbito nacional, não se opõe à distinção quantitativa, valorativa e qualitativa estabelecida para se limitar os planos de incidência de cada ramo jurídico. De outra banda, o argumento tenta desqualificar a constatação cada vez mais frequente da presença de bases e lógicas penais no âmbito das sanções administrativas, o que demonstra de forma límpida o externar do Direito Sancionador.

Ademais, admitir a unidade do Direito punitivo Estatal não obsta a interpretação da existência de gradação entre sanções, relevância de bens jurídicos, e da necessidade de se pautar qualquer tipo de sanção em padrões e princípios extraídos de garantias inerentes ao Direito Penal.²²⁵

Outrossim, a aplicação do *Non bis in idem* e a maximização de tal garantia fundamental de forma alguma afigura-se mecanismo de ampliação do espectro de impunidade. Não se pode atribuir a um princípio, cujo escopo é o afastamento de

²²³ COSTA, H. R. L. **Direito Penal econômico e Direito Administrativo Sancionador: *Ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 173-176.

²²⁴ OSÓRIO, F. M. op. cit. p. 293.

²²⁵ OLIVEIRA, A. C. C. op. cit. p.

penas desproporcionais, a falência das estruturas estatais. Recorre-se, às custas de caros direitos individuais, ao reiterado argumento de “impunidade dos ricos” para se respaldar a sanha punitiva estatal.

Percebe-se, portanto, em decorrência da severidade nas punições de Direito Sancionador estabelecidas na legislação de lavagem de capitais e da incidência concomitante destas sanções com as penas do plano Criminal sobre o mesmo fato, a ocorrência de *Bis in idem*. Tal constatação parte basicamente da utilização justaposta de dois severos ramos punitivos na tutela do bem jurídico, ou bens jurídicos, protegidos na legislação de lavagem de capitais. Necessário se faz analisar, à luz do bem jurídico penal, a necessidade e pertinência de se utilizar dois severos ramos punitivos na tutela de determinado interesse.

3.2 (DES)NECESSIDADE DA SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS NA TUTELA DO BEM JURÍDICO NA LAVAGEM DE DINHEIRO

O duplo sancionamento ora criticado possui como principal lastro a utilização concomitante de normas de Direito Penal e Direito Sancionador na tutela do bem jurídico ou bens jurídicos penais econômicos, em especial os relativos à lavagem de dinheiro. Ressalta-se que esta dupla proteção não se afigura uma particularidade da tutela penal da ordem econômica. Sempre que se fala de novos bens jurídicos incorpóreos, intangíveis e coletivos, *i.e.*, meio ambiente, relações de consumo, etc., as leis e levantam a possibilidade de incidência desses dois ramos punitivos na proteção dos novos interesses.

Nesse contexto, convém, à luz de uma verificação breve, mas necessária, discorrer sobre a expansão penal ante os novos bens jurídicos e avaliar a pertinência de se recorrer à dupla proteção na persecução da lavagem de dinheiro. Para tanto, o imperativo é compreender como se desenvolve por parte da seara criminal o interesse pelos bens jurídicos coletivos e como o Direito Sancionador surge não como mecanismo assessório, mas atrelado ao discurso de resistência ao expansionismo penal.

A respeito da expansão do Direito Penal e as demandas suscitadas pela

sociedade pós-industrial, aduz Maria Auxiliadora Minahim²²⁶ que pode-se agrupar os autores em três distintos posicionamentos: em primeiro lugar, formados pelos que propugnam pela expansão e realinhamento da dogmática, preservando certos princípios garantísticos; em segundo lugar, os adeptos da preservação das garantias clássicas, tendo por consequência, o fechamento do Direito Penal em um núcleo básico, formado por bens individuais; e, por fim, os que defendem a flexibilização e renúncia dos princípios oriundos da idade moderna “que não podem subsistir na pós-modernidade, dotando-se, desta forma, o Direito Penal de instrumentos para proteção das futuras gerações”.

Os adeptos da modernização do Direito Penal fundamentam-se nas mudanças globais e sociais e na necessidade do Direito Penal se adaptar a essas novas demandas. Na visão de García Martín²²⁷, a modernização do Direito Penal se impõe através da história, abarcando o plano intelectual e material, devendo o direito criminal responder às reivindicações da vida social. Dentre as novas demandas elenca o autor os riscos tecnológicos, as condutas delituosas oriundas das relações supranacionais e da globalização bem como os riscos atrelados as atividades econômicas e empresariais.

Há de se depreender do primeiro enfoque expansionista ou modernizador do Direito Penal uma compreensão ampliada a respeito do conceito de bem jurídico²²⁸. Como característica marcante dos defensores da ampliação da tutela penal para espaços antes estranhos à essa seara, destaca-se, conforme já aventado, a preocupação com os bens transindividuais ou coletivos.

²²⁶ MINAHIM, M. A. **Direito Penal e Biotecnologia**. Salvador, BA. Outubro 2004 Disponível < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>> em: Acesso em: 24 jun 2017, p. 40.

²²⁷ GRACIA MARTÍN, L. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. Valencia:Tirant lo Blanch, 2003. p. 60.

²²⁸ Sobre o conceito de Bem jurídico aduz Roxin: “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.” (ROXIN, C. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoría Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997.p. 56). Luis Greco também expõe: “Bens jurídicos seriam, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”. (GRECO, L. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147. jul./ago. 2004. p. 107)

Silva Sánchez²²⁹ pontua que o Direito Penal é um instrumento qualificado para a proteção de bens jurídicos especialmente relevantes. Diante de tal compreensão, mister se faz entender a obrigação de levar em conta que a expansão deste ramo jurídico se dá à medida em que se apareçam novos bens jurídicos. Ainda conforme Sanchez, tais bens jurídico-penais, tidos como passíveis de tutela, originam-se de novas realidades que antes não existiam ou existiam não com a mesma incidência, a exemplo da proteção econômica, e da deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, desencadeando a existência de “bens escassos”, como no caso do meio ambiente.

Sobre os bens jurídicos passíveis de tutela penal leciona D’Ávila²³⁰ que é insuficiente a compreensão da teoria do bem jurídico restrita apenas a um primeiro nível de valoração. Nesse sentido, seria manifesta a necessidade de reconhecimento de um segundo nível valorativo, em que se busque a validade jurídico-penal da proibição/determinação de uma certa conduta, diante do fim de tutela a que se propõe a norma, em outras palavras, da denominada relação de ofensividade. Reforçando os intentos modernizadores, mormente os que versem sobre a expansão do Direito Penal para a tutela da ordem econômica, Neves²³¹ pugna que a expansão do Direito Penal para este espectro constitui-se “um Direito Penal menos retórico e mais científico”.

Em apertada síntese, os adeptos da modernização do Direito Penal agrupam-se entre os que entendem que a legislação criminal pode tutelar novos interesses através da flexibilização de garantias e postulados clássicos e aqueles que entendem que a expansão, uma vez necessária, não deve se olvidar das garantias do Direito Penal liberal.²³²

²²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid: Civitas. 2001, p. 25.

²³⁰ D’AVILA, F. R. Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II. In: **Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: Org. Ruth Maria Chittó Gauer. EDIPUCRS, 2010. p. 213.

²³¹ NEVES, E. V. P. A propósito do big crunch e do big bang no Direito Penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 23, fev., 2012. p. 16.

²³² É o que se detrai do texto “Dentro de las tendencias de modernización del Derecho penal es común afirmar que existen dos líneas diferentes, una primera que estima que el Derecho penal es un instrumento necesario y adecuado para hacer frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna y que acepta la posible flexibilización de los criterios de imputación y garantías penales y procesales que ello pudiera implicar y, una segunda, que aun admitiendo la intervención punitiva para combatir dichos nuevos riesgos, defiende que ello es posible sin que el Derecho penal sufra menoscabo alguno en sus criterios de imputación y garantías.” (DÍAZ, M. J. J. Sociedad del riesgo e intervención penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 16-8, out. 2014, p. 13)

As concepções expansionistas acima aventadas adquiriram destaque e tornaram-se objeto de acentuado interesse da dogmática penal, a partir da compreensão e difusão daquilo que Ulrich Beck²³³ cunhou de “Sociedade de Risco”, caracterizada pela mudança no marco econômico e aparição de avanços tecnológicos sem precedentes em toda a história da humanidade²³⁴.

Antes de Beck outros autores já haviam demonstrado interesse pelo estudo da relação entre economia empresarial e antropologia, apontando a relação estreita entre risco e cultura nas diferentes sociedades. Contudo, a análise introduzida pelo sociólogo alemão trouxe uma nova visão relativa a complexidade, estruturação e organização da sociedade em todos os seus níveis.²³⁵

Dita sociedade assenta-se na complexidade, dinamicidade econômica, transnacionalidade, multiplicidade de interconexões causais e existência de alta intervenção da coletividade. Nessa sociedade, de elevado avanço tecnológico e científico, acentuado pela globalização dentre outros fatores, há o favorecimento da aparição de novos perigos, ante os quais o cidadão médio sente ameaçado²³⁶.

O medo, portanto, é a mola propulsora da modernização penal. É assentado o entendimento de que esse medo, insuflado pela mídia, provoca uma permanente sensação de insegurança e fixa no ideário popular a noção de que o alargamento do alcance penal pode sanar as novas ameaças. A crescente criminalização dos denominados crimes de perigo demonstra que as inseguranças, para o novel Direito Penal, devem ser contidas com medidas preventivas, democratização dos deveres de prevenção, seleção de novos bens jurídicos, etc., volvendo o direito criminal para a contenção de riscos.

De outra perspectiva, contrapondo-se aos posicionamentos doutrinários apresentados alhures e defensores do chamado “discurso de resistência”, estão aqueles que abraçam um Direito Penal de *ultima ratio*, lastrado nos ideais liberais, cujos expoentes são Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke e Muñoz Conde, dentre

²³³ Para Beck, na conjuntura da sociedade de riscos, os infortúnios da modernização atingem mais cedo ou mais tarde tanto os produtores quanto os que se beneficiam dos avanços, não estando os ricos ou poderosos imunes aos novos perigos, vez que estes possuem um “efeito bumerangue”, transitando entre as mais distintas classes sociais. (BECK, U. La **Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 29.)

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. op. cit. p. 27.

²³⁵ DÍAZ, M. J. J. op. cit. p. 2.

²³⁶ Idem.

outros²³⁷. Sobre a conservação dos postulados clássicos e de um Direito Penal mínimo, expõe Crespo²³⁸:

A concepção que rechaça a ampliação do Direito Penal parte da premissa de que ele deve ser muitíssimo limitado, com incidência apenas sobre condutas agressivamente violadoras de bens jurídicos considerados essenciais para a vida em sociedade, como a vida e o patrimônio. Por isso, Hassemer entende que a tentativa de reduzir a insegurança da sociedade de riscos promove significativas alterações na dogmática penal, afastando-o da sua missão primordial, que no seu entender é o asseguramento de uma escala de valores indispensáveis à vida social. O afastamento da missão inicial faz do Direito Penal um instrumento de busca pelo controle de grandes problemas da sociedade atual.

Aqui se faz necessária uma acurada e reiterada compreensão a fim de se evitar interpretações equivocadas. O Direito Penal liberal mencionado, também denominado de clássico, em que pese alguns posicionamentos críticos sobre tal nomenclatura, consiste naquele estabelecido sob a égide do Estado Liberal, não-intervencionista, preocupado com a solução de conflitos individuais e em obstaculizar a violência punitiva estatal, fundado na intervenção mínima, vislumbrando o Direito Penal como *última ratio legis*²³⁹.

Além dos teóricos retro mencionados como defensores de uma intervenção penal diminuta, necessário se faz mencionar Luigi Ferrajoli e sua obra “Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal”, afigurada como doutrina pautada nos pilares de um Estado liberal que respeita as liberdades individuais. Ao expor a necessidade de se maximizar garantias e efetivar direitos fundamentais, mormente o de liberdade, Ferrajoli idealiza um modelo de Estado que preze pela garantia dos direitos individuais²⁴⁰, o que, conseqüentemente, compreende um Direito Penal menos recrudescido.

A noção de Direito Penal mínimo advoga que o Direito Penal deve empenhar-se apenas na tutela de interesses e bens que efetivamente mereçam proteção. A justificação do Direito Penal está na incriminação somente de comportamentos

²³⁷ CRESPO, M. X. F. C. **Do Conhecimento da ilicitude em face da expansão do Direito Penal**. 247 fl. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012. p. 75.

²³⁸ Idem, *Ibidem*, p. 75.

²³⁹ SOARES, G. S. **O discurso do Direito Penal do Risco e sua ilegitimidade como fundamento da política criminal no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 98 f. il. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 18.

²⁴⁰ FERRAJOLI, L. **Direito e razão do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.10.

inconciliáveis com a convivência pacífica, materialmente segura e livre dos cidadãos. Nessa perspectiva, reside a noção de bem jurídico²⁴¹.

Diante da dialética existente entre teorias expansionistas e teorias reducionistas do Direito Penal percebe-se que, as ditas mutações e adaptações propugnadas pelos adeptos do Direito Penal moderno repercutem na forma de distorções significativas nos postulados basilares do Direito Penal clássico. O bem jurídico penal é um dos principais alvos.

Sabe-se que as percepções relativas ao bem jurídico surgem como forma de legitimar o direito de punir estatal. Nessa senda, a atuação do sistema penal se dá à medida em que se diagnostica a violação de bens essenciais à convivência pacífica livre e segura da sociedade. A função político-criminal do bem jurídico, portanto, delimita a matéria penalmente relevante²⁴².

Agregado a tudo que se foi levantado e reforçando a aplicação residual do Direito Penal, Roxin²⁴³, nome imprescindível no que diz respeito à teoria do bem jurídico, estabelece que uma das funções do Direito Penal é a proteção subsidiária de tais bens, característica que decorre da condição de *ultima ratio* desse ramo do direito.

Compreende-se, assim, que a proteção de bens jurídicos não se dá somente através do Direito Penal, mas mediante a cooperação de todo o ordenamento jurídico. O Direito Penal afigura-se como última medida entre todas as utilizadas, intervindo apenas quando outra não se mostrar cabível. Daí deriva a noção de Direito Penal mínimo, fragmentariedade e subsidiariedade.

Nesse diapasão, faz-se necessário ressaltar que o bem jurídico penal deve sempre apresentar consonância com o quadro axiológico estabelecido na Constituição, uma vez que, os valores penais mais relevantes estão implícita e expressamente inseridos no texto constitucional. A Carta Magna é o sustentáculo para a proteção dos bens socialmente relevantes tutelados pelo Direito Penal²⁴⁴.

²⁴¹ PASSOS, T. B. O. **A neosseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma aproximação entre dogmática e os Aspectos Criminológicos.** 2015. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2015, p. 22

²⁴² Idem, Ibidem, p. 22

²⁴³ ROXIN, C. **Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito.** Madrid, Espanha: Civitas, 1997. p. 64

²⁴⁴ GIMENES, R. O. Lei ordinária em matéria penal: incongruência latente. **Revista de Direito**

Além de lastro constitucional, extrai-se, portanto, que a seleção de bens jurídicos penalmente relevantes se dá através de uma análise criminológica conciliada com o exame do Direito Penal. Nesse sentido, afirma Passos²⁴⁵:

Quanto à seleção de bens que merecerão a tutela do âmbito Penal, é através das análises da Criminologia, aliada à ciência do Direito Penal, que deve atuar a política do Estado no sentido de empenhar-se na busca “de diretivas (realistas e eficazes) para uma racional concretização e individualização dos interesses merecedores de proteção”. É neste ponto que os conceitos explorados no início deste trabalho se unem: o Direito Penal é modificado, com a inserção de um novo tipo penal, através de uma análise criminológica, que embasará a política criminal de reconhecimento de um bem jurídico a ser tutelado.

Compreende-se, portanto, que a escolha de um bem da vida como bem jurídico penal se dá por uma análise valorativa à luz de normas constitucionais. Não se pode considerar um bem como sendo de relevância penal apenas pelo fato de o legislador assim o rotular.

O objetivo dessa seleção é afastar arbitrariedades a exemplo de punições pelo não cumprimento de dever ou por práticas atentatórias à conceitos ou padrões vagos, indefinidos. O Direito Penal deve ater-se a sancionar a lesão ou ofensa apenas a bens imprescindíveis para a convivência humana em comunidade, sob pena de violação ao princípio da Lesividade.

Rejeita-se olvidar da posição aventada por Luis Greco a respeito do tema. Em que pese todas as críticas concernentes à expansão do alcance da concepção de bem jurídico, não há, na visão do doutrinador, nenhum entrave na aceitação de outro nível valorativo para o bem jurídico.

Ao expor as posições defendidas no cenário alemão, Luis Greco delimita a noção de bens jurídicos em três perspectivas²⁴⁶, quais sejam: a) concepção dualista de bem jurídico, defendida por Tiedemann, Kuhlen, Schünemann, Hefendehl e Figueiredo Dias que admite a existência harmoniosa entre bens jurídicos individuais e coletivos, cada um em sua dimensão; b) concepção monista pessoal de bem jurídico, cujo maior expoente é Hassemer, reforçando a noção de que a gênese do

Público, Londrina, v. 2, n. 2, p. 143-156, mai./ago., 2007. p. 144.

²⁴⁵ PASSOS, T. B. O. op. cit. p. 24.

²⁴⁶ GRECO, L. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147. jul./ago. 2004. p.104-105.

conceito de bem jurídico reside nos interesses individuais, não sendo a coletividade, inconcreta, objeto de tutela penal; e c) monista estatal ou monista coletiva pugnada por Binding e Weigend afeta a concepção de bem jurídico como reflexo do interesse do Estado ou da coletividade. Adepto da concepção dualista, Greco entende que a teoria monista lança sobre os bens jurídicos coletivos um “estigma que não lhes faz verdadeira justiça”.

Extraí-se como exemplo de bem jurídico coletivo, compreensível, portanto, para a doutrina dualista, o conceito de meio ambiente, vez que, nem sempre pode ser reduzido a bens jurídicos individuais. O perigo está, conforme leciona o autor, na criação de “bens jurídicos aparentemente coletivos”. Os falsos bens jurídicos coletivos seriam os bens não dotados da característica precípua dos bens jurídicos supraindividuais, a não-distributividade. Vincula-se a soma de diversos bens individuais. Como exemplo de falso bem jurídico coletivo tem-se a saúde pública que nada mais é do que a soma das integridades físicas de diversos indivíduos e, ao contrário da Administração pública e meio ambiente, não goza de indivisibilidade²⁴⁷.

Em que pese as respeitadas colocações do professor Luis Greco, o presente trabalho não pactua com a linha por ele adotada. A dupla valoração do bem jurídico busca expandir os conceitos clássicos da teoria do delito, bem como redefinir ou redimensionar os princípios norteadores da ciência penal sob pena de afastamento da segurança jurídica. Defende-se aqui a não tutela penal dos novos bens oriundos da sociedade de risco por sua inaptidão e desvirtuamento.

Se vislumbra como mais acertado o posicionamento de Hassemer²⁴⁸ que pugna pela proteção pelo Direito Penal de bens universais, distintos dos ditos bens coletivos, respeitando ainda assim seu núcleo básico. Nesse sentido, o Direito Penal tutelaria aqueles bens que, em última instância, consubstanciassem direito do cidadão, porquanto a ausência de proteção penal impede a convivência harmônica em sociedade, a exemplo da segurança das centrais nucleares, o funcionamento do sistema administrativo, autenticidade da moeda, etc., dentre os quais não se enquadra, portanto, o meio ambiente.

Ainda nesse sentido, percebe-se, conforme lição de Gamil Föppel El

²⁴⁷ GRECO, L. op. cit. p. 115.

²⁴⁸ HASSEMER, W. Perspectivas del derecho penal futuro. **Revista Penal**, Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41, jan. 1998.p. 40-41.

Hireche²⁴⁹, que a expansão desenfreada do Direito Penal, acaba por desvirtuar seu caráter de *ultima ratio*, “assumindo uma postura privilegiada na lista de remédio para os males que atingem a sociedade”.

O Direito criminal passa à eleição de bens jurídicos anteriormente estranhos a seara penal, *ex. vi*, o mercado de capital sistema financeiro, as relações de consumo, o meio ambiente, etc. Sob pretexto de se proteger tais bens, a exemplo do que ocorre na lavagem de capitais e nos crimes ambientais, a tutela através do Direito Sancionador e do Direito Penal nas legislações penais e a possibilidade de duplo sancionamento sobre o mesmo fato têm sido cada vez mais recorrente. Ao invés de se respeitar a autonomia de ambos os ramos jurídicos o que se vê é a ampliação do espectro penal acompanhado paralelamente pela rigidez das punições de Direito Sancionador.

Premente observar que o Direito Sancionador surge como uma forma de contenção à expansão penal na proteção dos novos bens jurídicos. É negado a este ramo jurídico desvincular-se desse escopo, vindo a ser utilizado como mecanismo para alargar o espectro punitivo estatal às custas de garantias fundamentais.

Para Hassemer²⁵⁰ o aludido ramo jurídico deve dotar-se das seguintes características: a) aptidão para solucionar problemas antes que se sucedam danos; b) dispor de meios de controle e fiscalização e atuar como tal, não apenas intervindo; c) cooperar em máxima amplitude com diferentes planos de competência, *ex. vi*, Direito Administrativo, Direito da Saúde, e dos recursos Médicos, Direito Fiscal, e do Trabalho, Direito das contravenções e dos Serviços Públicos; e d) um ordenamento processual com garantias que, empírica e normativamente se adequem às possibilidades operacionais deste ramo.

Percebe-se que não deve existir apenas uma assessoriedade deste ramo jurídico em relação ao Direito Administrativo e o Direito Penal, mas uma atuação autônoma.

²⁴⁹ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 52

²⁵⁰ HASSEMER, W. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política criminal – REDHPC**. Porto Alegre. n. 2, abr. 2008. p. 12-13.

3.2.1 O Direito Penal e Direito Sancionador como resposta à pluriofensividade do delito?

Em relação à lavagem de dinheiro, a demarcação do bem jurídico protegido não se mostra tarefa das mais fáceis. Entende-se que, nos diversos bens jurídicos pretensamente protegidos pela norma, reside o pretexto de sobreposição de normas penais como forma de um combate mais incisivo. Defesas existem referentes à ordem econômica como o bem jurídico, a administração da justiça, ao bem jurídico do crime antecedente e ainda os que entendem ser a lavagem um crime pluriofensivo, atingindo todos os bens jurídicos retro citados. A suposta necessidade de dupla tutela aqui não restringe-se apenas à natureza intangível do bem mas, acredita-se, a multiplicidade de bens incorpóreos alegadamente tutelados.

Na Suíça, por exemplo, a corrente doutrinária de maior composição entende que o bem jurídico tutelado pelo crime de branqueio de capitais é a administração da Justiça. Nesse parecer o autor do delito em comento atua com o objetivo de pôr a salvo da lei os ganhos obtidos com o fato delituoso, acobertando-os tanto da Administração da Justiça nacional quanto estrangeira²⁵¹.

Ao contrário do que se sucede na legislação da Suíça, na Alemanha a doutrina demonstra uma divisão no posicionamento referente à delimitação do bem jurídico. Um setor opina pela proteção do bem jurídico já lesionado pelo delito prévio, outro pela Administração da Justiça como bem jurídico. Uma terceira corrente doutrinária entende que o bem jurídico defendido é a segurança interior que deve ser protegida contra a criminalidade organizada. Nesse sentido, a segurança interior afigura-se como um bem jurídico universal, vez que, refere-se não somente à segurança alemã, mas, também, à segurança de outros estados. De todas as concepções, a que prevalece no plano alemão é que o bem jurídico tutelado é tanto o lesionado pelo fato prévio como a Administração da Justiça²⁵².

Na Itália, por seu turno, a opinião predominante considera que o crime de lavagem de capitais atenta contra a Administração da Justiça, tendo como contraponto um setor minoritário que entende ser a ordem econômica o bem jurídico

²⁵¹ CÉSAR MARTÍNEZ, J. **El delito de blanqueo de capitales**. 2016. 698 f. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Complutense de Madrid - Madrid. 2017. p. 150.

²⁵² Idem, *Ibidem*, p. 151-152.

tutelado. Na realidade espanhola o delito de lavagem de capitais insere-se no capítulo de crimes contra a ordem sócio econômica, levando-nos ao raciocínio de que o bem jurídico tutelado pela legislação é o da ordem socioeconômica²⁵³. Em sentido paralelo, caminha a doutrina pátria. No contexto doutrinário interno a intervenção penal para punir autonomamente o a lavagem de capitais lastra-se nos múltiplos riscos que a conduta acarreta à economia e aos mercados financeiros, e.g., a contaminação da livre concorrência, instabilidade do setor financeiro, alteração da demanda do dinheiro, monopolização de setores da economia, corrupção, etc²⁵⁴.

Nesse sentido, em que pese entender pela múltipla ofensividade operada pela lavagem de capitais considerando-a pluriofensiva, Carla Veríssimo de Carli²⁵⁵, já antevendo os prejuízos operados pela adoção de uma teoria plural sobre o bem jurídico, entende que o bem jurídico penal tutelado pela norma criminalizadora da lavagem de capitais é a ordem socioeconômica.

Hireche e Luz²⁵⁶ entendem que a legislação de lavagem de dinheiro objetiva evitar que os valores advindos de condutas ilícitas mescluem-se com aquelas de origem lícitas e circulem na economia. Dessa forma, para os autores, mesmo em meio às críticas, a compreensão mais acertada é a que elege a ordem econômica como bem jurídico protegido pela lei de lavagem de dinheiro, sendo esta a única possibilidade de se “conferir coerência ao diploma normativo”.

Não obstante a tentativa de se delimitar um bem jurídico específico, se observa que os próprios tribunais superiores no plano nacional já entendem pela pluriofensividade da lavagem, considerando a norma como protetora de diversos bens jurídicos. Como exemplos, cita-se o HC 221.108/PR²⁵⁷, no qual a quinta turma

²⁵³ CÉSAR MARTÍNEZ, J. op. cit. p. 153

²⁵⁴ GOMES, L. F. A lavagem de capitais como expressão do ‘Direito Penal globalizado’: enfoque crítico. In: SCHECAIRA, S. S (Org.) **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**. São Paulo: Método, 2001, p. 230.

²⁵⁵ CARLI, C. V. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e análise do Discurso**. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006. p. 106-111.

²⁵⁶ HIRECHE, G. F. E.; LUZ, I. M. **Comentários críticos à Lei Brasileira de Lavagem de Capitais: Legislação Penal Especial em Homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 221108 PR 2011/0240528-2. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 25/03/2014. **STJ**, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1302737&num_registro=201102405282&data=20140325&formato=PDF> Acesso em: 12 dez. 2017.

do STJ aduziu que o crime de lavagem lesiona “o sistema financeiro nacional, bem como a ordem econômica e tributária, a paz pública e a administração da justiça do Brasil” e a posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal²⁵⁸, Dias Toffoli, quando da sua manifestação na AP 470 MG alegou entender ser a lavagem um crime pluriofensivo, pois ataca a “sociedade de uma maneira geral”.

Ora, malgrado o clamor empregado pelo discurso de oposição à ampliação da tutela penal para os novos bens da sociedade de risco e todos os sólidos argumentos que demonstram o desvirtuamento do Direito Penal mínimo, percebe-se, a exemplo das legislações de branqueamento de capitais, um alargamento da tutela da legislação penal, uma indefinição na delimitação do bem jurídico protegido e ampliação dos mecanismos punitivos em detrimento do respeito à garantias fundamentais.

Nesse contexto, ante os óbices encontrados para se delimitar os bens jurídicos passíveis de proteção e para se respeitar a subsidiariedade, fragmentariedade, lesividade, etc., postulados basilares do Direito Penal, este ramo jurídico tem se expandido, tornando-o administrativizado e, como diria Silva Sánchez²⁵⁹, um direito de gestão ordinária de problemas sociais.

Arelada a utilização administrativizada do Direito Penal o Estado, na tutela dos crimes econômicos, *in casu*, a lavagem de capitais, lança mão de um Direito Sancionador alegando apenas um maior rigor nas punições administrativas, sem, contudo, observar de forma devida os institutos e princípios inerentes a este ramo jurídico. Consequentemente, não se vislumbra uma demarcação precisa do raio de incidência do Direito Penal e do Direito Sancionador, sendo por vezes afastada essa separação.

Premente estabelecer que os princípios delineadoras do Direito Sancionador são inobservados na legislação em comento. A pretexto de se estar agindo mais rigorosamente contra a lavagem de dinheiro recorre-se ao Direito Sancionador sem, contudo, lhe conferir a autonomia devida na tutela desta figura delituosa utilizando-o de forma sobreposta à norma penal.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL: AP 470 MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 18/09/2013. STF, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf> Acesso em: 20 dez. 2017.

²⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid:Civitas. 2001. p. 130.

É imprescindível consignar que nos países Europeus que se valem do Direito Sancionador na tutela de determinados bens renunciam a utilização do Direito Penal. A depender da ofensividade da conduta escolhe-se um ramo ou o outro.²⁶⁰

Do que se vê, não foi a opção do legislador pátrio apartar o Direito Penal e o Direito Sancionador na tutela da lavagem de capitais, preferindo, com a reforma legislativa empregada, além de ampliar o espectro das pessoas obrigadas, criar mecanismos legais que ensejem o duplo sancionamento da mesma pessoa em decorrência do mesmo fato.

A Europa, na tentativa de bloquear a distorção da compreensão de Direito Penal mínimo e a ampliação da potestade administrativa operada pela judicialização ou penalização das sanções administrativas difundida em diversos estados, iniciou um processo de despenalização²⁶¹. Esse processo, difundido em sua maioria em países de origem germânica, se deu em virtude da sobrecarga dos tribunais pelo acréscimo de tipos penais, pelo próprio contexto econômico pós segunda guerra mundial. O objetivo, em apertada síntese, era o de transferir determinadas condutas antes atreladas ao Direito Penal para o plano Administrativo, ou, na visão defendida por Hassemer, vinculá-las ao Direito de Intervenção ou Sancionador, estabelecendo limites concretos entre a aplicação do Direito Penal e da norma Sancionadora²⁶².

Cumprido destacar que Hassemer²⁶³ alerta para a necessidade de utilização do Direito Sancionador como um novo campo do Direito, apartado das duras sanções penais, notadamente as privativas de liberdade. Tal raciocínio demonstra sua preocupação não somente com o afastamento do Direito Penal na tutela dos novos bens coletivos mas, também, com a aplicação autônoma do Direito Sancionador destes novos interesses.

Não obstante, o que se vê é uma “repenalização”²⁶⁴, cujo o escopo é criar

²⁶⁰ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 159-160.

²⁶¹ LOZANO CUTANDA, B. Panorámica General de la Potestad Sancionadora de la Administración em Europa: Despenalización y garantía. **Revista de Administración Pública**, n. 121, jan./abr., 1990. p. 393-400.

²⁶² OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 132-133

²⁶³HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, 08, out. 1994, p.49.

²⁶⁴ LOZANO CUTANDA, B. op. cit. p. 400.

novos tipos penais para tutelar penalmente bens coletivos e interesses difusos, notadamente a economia e o meio ambiente. Há uma ampliação do alcance das legislações penais que, de forma administrativizada, valem-se de um severo Direito Sancionatório como se a justaposição de tais ramos jurídicos fosse caminho imprescindível para a contenção da nova criminalidade.

Pode-se argumentar em sentido adverso ao aqui proposto que nem todos os casos traçados na lei de lavagem de capitais se amolde a sobreposição de normas, afinal, o descumprimento dos deveres de *Compliance*, via de regra, não enseja sanção de natureza penal. Não obstante tais argumentos, premente aduzir que a duplicidade de sanção é uma consequência da justaposição de normas sendo ambos fenômenos distintos, embora um esteja umbilicalmente ligado ao outro.

O problema da utilização concomitante de dois ramos punitivos, além da possibilidade de duplo sancionamento como consequência, é a zona cinzenta existente em relação a repercussão penal da inobservância dos deveres ditos administrativos, evidenciando a insegurança vivenciada pelo destinatário da norma. Ademais, conforme já salientado, o Direito Sancionador reivindica atuação autônoma e possui o caráter de direcionar o Direito Penal a áreas que lhes são próprias, não a uma tutela conjunta.

Assim, não se contempla necessária a utilização concomitante destes severos ramos punitivos, notadamente pela severidade apresentada nesta sobreposição, sob pena de desvirtuamentos serem suportados por ambos.

3.3 ANÁLISE DAS RAÍZES CRIMINOLÓGICAS DA SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS

A sobreposição de normas protetivas de Direito Sancionador e Direito Penal afigura-se mecanismo punitivo inserido na legislação penal por intermédio de padrões estranhos a esta seara criminal, a saber, tutela de bens intangíveis, tipos penais abertos, crimes de perigo abstrato, afastamento da lesividade, etc., cujo escopo principal, conforme se verá, é o gerencialismo e o controle.

Tudo isso se dá por causa de racionalidades externas ao Direito Penal que penetram, a pretexto de se conseguir mais segurança e menos riscos e expandir o raio de incidência do deste ramo jurídico, sem o devido crivo ou filtro de relevância

penal. O Direito Penal vinculado a postulados clássicos e não afetos a novos bens e novas criminalidades, típicas da sociedade de risco, mormente as transindividuais, se vê envolto em instrumentos que antes lhe eram apartados.

Defende-se aqui que, apesar do fato de o direito não poder se mostrar alheio as mudanças sociais e a evolução das relações humanas, deve-se existir uma análise que identifique aquilo que realmente possui relevância jurídica e, em se tratando do plano criminal, relevância penal. Com a modificação da compreensão sobre bem jurídico na busca por tutelar penalmente interesses pertencentes ao plano da intangibilidade, conforme se atesta na tutela penal da ordem econômica e na criminalização da lavagem de capitais, o Direito Penal agrega a si influências de áreas não afetas à dogmática penal.

A busca pela preservação da ordem econômica, o combate à lavagem de dinheiro e as novas criminalidades transindividuais, e a reivindicação por um Direito Penal mais recrudescido, demonstram que o filtro utilizado pelo Direito Penal para a seleção do que realmente é penalmente relevante encontra-se visivelmente prejudicado, corrompido, claramente alopoietico.

Para entendermos o que venha a ser “alopoiético” ou sistema “alopoiético”, devemos antes conhecer o conceito de autopoiese no mundo jurídico, estabelecido por Niklas Luhmann em sua Teoria dos Sistemas. Para Luhmann, a autopoiese, conceito extraído das ciências biológicas, no plano jurídico, refere-se à relação necessária exercida entre sistema e ambiente, ambos independentes em si, na qual um filtro é estabelecido pelo sistema jurídico, selecionando os fatores externos interessantes ao sistema na confecção de padrões concernentes ao lícito e ilícito²⁶⁵. Nessa senda, a influência econômica, política ou religiosa extraídas do ambiente, em um direito organizado com base nas relações autopoieticas, se não passarem por um crivo autorizativo, não serão consideradas para fins normativos²⁶⁶. O Direito pode assimilar, de acordo com um código de diferenciação, os elementos do ambiente por meio de uma abertura cognitiva, não sendo diretamente influenciado por eles, uma vez que a absorção no plano jurídico de expectativas normativas

²⁶⁵ LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 2006. p. 46.

²⁶⁶ NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 146.

decorre da seleção por meio de filtragem dentro do sistema jurídico²⁶⁷.

Dessa forma, o Direito posto assume um conceito de autodeterminação operacional, não se tratando de privação do meio ambiente, mas, baseado na distinção entre o normativo e o cognitivo, realiza um fechamento operativo do sistema jurídico assegurando simultaneamente uma abertura compatibilizada em relação ao meio ambiente.²⁶⁸

O sistema alopoietico, por seu turno, cumpre posição oposta a autopoiese. Representa a interferência direta do ambiente na disposição e organização jurídica sem que haja um devido filtro, gerando confusão dos códigos jurídicos aplicados e emaranhamento destas codificações com fatores externos ao sistema como por exemplo, a economia e a política. Um sistema jurídico alopoietico se reproduz por requisitos e códigos do mundo exterior em detrimento da diferenciação entre sistema e meio ambiente²⁶⁹.

Defende-se que, tanto a política quanto a economia, a religião, o Direito, etc., possuem sua autonomia operacional e seus próprios programas, selecionando o que lhe é relevante e se relacionando entre si com o devido respeito aos limites de atuação de cada esfera. Ao se inserir no Direito, critérios de “ter ou não ter” próprios da economia, de “poder ou não poder”, típicos da política, de transcendente/imanente, advindos da religião, “belo/feio” extraído das artes, depara-se com a incidência de graves distorções no plano do lícito/ilícito próprio dos ramos jurídicos²⁷⁰.

De forma ainda mais delimitada, restringindo a análise ao campo do Direito, vislumbra-se que cada ramo jurídico possui suas particularidades, devendo cada um incidir no seu campo de tutela. No plano penal, a partir do momento que se insere sem o devido filtro de relevância, tutela de novos bens, ampliação do espectro punitivo, percebe-se um desvirtuamento de seus postulados e uma corrupção de sua autonomia. O desvirtuamento da noção de bem jurídico afigura-se a base da alopoiese, agregando a si a inserção de todos os outros mecanismos estranhos.

²⁶⁷ OLIVEIRA, T. S. L. Legislação Simbólica e Alopoiese no Direito: Por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. In: **Filosofia do Direito I**. SILVA, E. P.; REPOLÊS, M. F. S. (Org.), p. 47-61, Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 55

²⁶⁸ NEVES, M. 1994. op. cit. p.120

²⁶⁹ Idem, Ibidem, p. 125.

²⁷⁰ NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermans**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.85-86.

Através da influência direta de fatores sociais, econômicos e políticos sobre a legislação penal, sem a existência de um filtro adequado que se preste a analisar quais bens jurídicos seriam efetivamente relevantes, levando o Direito Penal a condição de mecanismo de contenção dos novos riscos, resta clara a situação alopoiética que se encontra o Direito Penal moderno, máxime no tratamento nacional dado a lavagem de dinheiro.

A tendência é a destruição da autonomia e identidade do sistema jurídico penal, uma disseminação ainda mais acentuada da insegurança que se quer conter, além do imbricamento normativo em nome da eficiência e contenção de riscos.

Sabe-se que o fator delimitativo da relevância penal de determinado interesse é a análise seu enquadramento como bem jurídico penal. Assim como o Direito regula a noção de lícito e ilícito e dela não pode se desvincular, o Direito Penal protege bens jurídicos imprescindíveis a autorrealização do indivíduo e deles não pode se afastar.

É devido à distorção de tal compreensão que a legislação de lavagem de dinheiro utiliza-se da sobreposição de normas como recurso. Já que o Direito Penal nos moldes clássicos não consegue tutelar estes novos bens acobertados pela seara criminal sem o devido filtro de relevância, são criados mecanismos punitivos e de controle desproporcionais e desarrazoados para pretensamente cumprirem tal desiderato.

Na lavagem de capitais o bem jurídico que se busca tutelar não se inclui entre os bens tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal, a exemplo da vida, patrimônio, liberdade sexual, fé pública, etc, o que se evidencia como pretexto para a antecipação da tutela penal, democratização dos riscos, recrudescimento das medidas administrativas e utilização simultânea de ambos. Em decorrência, disso há ainda para o Direito Penal o reclame de uma proteção não alcançável pela tipicidade comum, afastando-se do princípio da taxatividade e criando tipos penais abertos, com normas penais em branco e repletas de elementos normativos.²⁷¹

Uma primeira consequência da corrupção ou alopoiése do sistema penal pela

²⁷¹ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo.** 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 62

inserção de novos bens jurídicos e viabilizador da sobreposição de normas é a já mencionada “administrativização do Direito Penal”. O Direito Penal ao criar novos tipos penais e intervir em novos âmbitos distintos dos tradicionais, antes adstritos ao Direito Administrativo, transforma-se num elemento de gestão da delinquência como “macrorrisco” social. Cria-se tipos penais protetores de funções estatais e carregadas de delitos de perigo abstrato.²⁷² Para Bernardo Feijó Sanchez²⁷³, a administrativização do Direito Penal deve ser tratada como uma patologia “que desnaturaliza as características essenciais do Direito Penal, implicando, portanto, uma utilização ilegítima da pena e das normas que estipulam como consequência jurídica uma pena”.

A administrativização do Direito Penal decorrente da corrupção do sistema enseja a sobreposição de normas. Utiliza-se um Direito Sancionador, rotulado de administrativo, que se insere em áreas antes restritas à jurisdicionalidade e isso em concomitância com o regramento penal, cada um incidindo sobre o mesmo destinatário da norma e dando um enfoque aparentemente próprio, mas ambos com cariz penal. A consequência é um ordenamento jurídico penal-administrativo formulado com camadas normativas justapostas²⁷⁴.

O que se pode pontuar, considerando os adeptos ou não da intervenção penal na ordem econômica, é que não existe um bem jurídico penal claramente delimitado no Direito Penal Econômico, mas, diversos bens e isso traz sérios desvirtuamentos à dogmática penal.

Infelizmente, a multiplicidade desmedida de bens jurídicos termina por ocasionar ainda mais problemas, também, para uma dogmática de viés garantista²⁷⁵. Isso se dá devido ao fato de que há casos em que não existe um bem jurídico genuinamente penal a se proteger, mas, com o objetivo de atribuir às normas penais uma função escusa, são adotadas criminalizações de alguns comportamentos e consequentes medidas punitivas que acabarão desempenhando função meramente

²⁷² FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. Sobre a "administrativização" do Direito Penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, p. 23-61., mai./ago. 2011. p. 25.

²⁷³ Idem, Ibidem, p. 39.

²⁷⁴ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. Revista de Direito da Universidade de Brasília. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 160-161.

²⁷⁵ HIRECHE, G. F. E. op. cit. p. 66.

simbólica²⁷⁶.

Nessa trilha, pode-se afirmar que, da alopoiese atestada pelo alargamento penal para tutelar bens transindividuais deriva, além da administrativização do Direito Penal, da sistemática da sobreposição de normas e do duplo sancionamento, o simbolismo que as normas penais que se valem da sobreposição de Direito Sancionador e Direito Penal passam a adquirir, ressaltando que todos os fenômenos estão ligados ao desvirtuamento da concepção de bem jurídico penal. Há, portanto, uma relação umbilical entre a corrupção do sistema penal ou alopoiese e o simbolismo da legislação penal relativa à lavagem de dinheiro.

Ao discorrer sobre simbolismo legislativo Marcelo Neves²⁷⁷, firmado em estudo da teoria do alemão Harald Kindermann, entende que simbólica é toda legislação utilizada para: “a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.”

Como primeira pretensão da legislação simbólica tem-se a confirmação de valores sociais, demonstrada na exigência imposta sobre o legislador pela adoção de uma posição relativa aos conflitos sociais em torno de valores. *In casu*, os grupos envolvidos nos embates pela prevalência de valores entendidos como relevantes enxergam a vitória legislativa como uma forma de predominância social de sua concepção valorativa, pondo em segundo plano a eficácia normativa à respeito da lei. A prevalência dos interesses de um grupo refletidos na legislação posta gera a um só tempo um sentimento de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores, sendo irrelevante os efeitos instrumentais²⁷⁸.

Acerca da demonstração de capacidade de ação do Estado, temos como simbólica a legislação que busca tão somente fortalecer a confiança do cidadão no governo ou no Estado. O legislador, pressionado, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, mesmo sem as condições devidas para a efetivação da aludida norma. Tais posturas afiguram-se como “legislação-álibi”, através da qual o legislador descarrega suas pressões políticas e apresenta o Estado como sensível às exigências dos cidadãos.

²⁷⁶ PASSOS, T. B. O. **A neosseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma aproximação entre dogmática e os Aspectos Criminológicos**. 2015. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 24.

²⁷⁷ NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.p. 34.

²⁷⁸ Idem, *Ibidem*, p. 35

Quanto a legislação simbólica como forma de compromisso dilatatório compreendem-se os casos em que as divergências entre grupos políticos não se dirimem através de uma lei, mas esta, revestida pela ineficácia e consensualmente aprovada pelas partes, apenas transfere a solução da discordância para um momento futuro e indeterminado²⁷⁹.

Nesse raciocínio, recorrer-se ao Direito Penal sempre que novas necessidades e novas proteções surgirem cria uma simbólica política criminal, à medida que atende a necessidades políticas e dispõe uma ilusória sensação de segurança para os administrados²⁸⁰.

Na legislação simbólica, que deriva da alopoiese como fenômeno mais amplo, há uma corrupção sistêmica do Direito²⁸¹. Nesse espectro, a produção normativo-jurídica ao invés de legitimar uma esfera de pluralidade se vê destinada a fazer valer interesses particulares em detrimento dos parâmetros constitucionais, ocorrendo, portanto, uma privatização do Estado²⁸². Como consequência da inserção de interesses particulares, no caso da legislação de lavagem de capitais, pretensões mercadológicas e econômicas, o sistema jurídico é descredibilizado e as leis não se efetivam²⁸³, mesmo tendo sido criadas a pretexto de maior rigor.

Tem-se, assim, uma legislação alopoiética e simbólica a partir do momento em que a legislação penal surge não para dirimir problemas, mas para funcionar como mero símbolo, como uma expressão de que alguma atitude foi tomada para resolver determinada demanda social, mas que, ao contrário, essa ação não goze de efetividade²⁸⁴.

O alegado é perceptível bastando observar que, mesmo em meio ao recrudescimento no tratamento dado a lavagem de capitais no plano nacional e da

²⁷⁹ NEVES, M. 1994. op. cit. p. 41.

²⁸⁰ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 276.

²⁸¹ OLIVEIRA, T. S. L. Legislação Simbólica e Alopoiese no Direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. In: **Filosofia do Direito I**. SILVA, E. P.; REPOLÊS, M. F. S. (Org.), p. 47-61, Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 13.

²⁸² NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermans**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

²⁸³ OLIVEIRA, T. S. L. op. cit. p. 13.

²⁸⁴ FIGUEIREDO, R. S. **Direito de Intervenção e Lei 12.846/2013: A adoção do Compliance como excludente de responsabilidade**. 2015. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2015. p. 19

utilização de dois ramos punitivos na contenção desta modalidade delituosa, especialmente após as mudanças ocasionadas pela Lei 12.683/12, os índices envolvendo o branqueamento não recuaram, ao contrário, passaram a fazer parte das manchetes nacionais, a exemplo dos casos relativos à controversa operação Lava Jato.

Serve, portanto, o Direito Penal Econômico, na busca de tutelar da lavagem de capitais, apenas ao alívio de tensões e ao controle de determinadas atividades e grupos, retirando o foco do real problema social e acomodar pessoas, tratando dos efeitos, dos sintomas, sem atacar as reais causas²⁸⁵ e abraçando postulados estranhos ao Direito Penal, prejudicando sua autonomia, e valendo-se do Direito Sancionador em conjunto para a proteção de bens jurídicos intangíveis.

Raúl Chaves, manifestando-se a respeito da reforma do Código Penal Brasileiro, em 1978, já alertava para os vícios e contradições diversas oriundas do Direito Penal econômico²⁸⁶ e dessas infiltrações expansionistas na legislação penal. A desastrosa experiência nacional da época, na elaboração apressada de leis, e aplicação, evidenciou a ineficácia das aludidas normas na disciplina da matéria pretendida²⁸⁷.

3.3.1 Criminal Compliance e seu papel na sobreposição normativa

Conforme defendido, a raiz criminológica da sobreposição de normas constante na lei de lavagem de dinheiro e ensejadora do duplo sancionamento ora criticado, é a absorção por parte do sistema penal de lógicas estranhas e sem o devido filtro de relevância, sob o pretexto de maior segurança e maior eficiência no combate aos novos riscos. Reforça-se que a seleção de novos bens deflagrou a corrupção ou alopoiese do sistema penal. Somado a isso, racionalidades econômicas mercadológicas passaram a incorporar a lógica punitiva penal, tornando-o simbólico.

Os novos bens da vida inseridos no Direito Penal sem o devido filtro de

²⁸⁵ HIRECHE, G. F. E. op. cit. p. 274-275.

²⁸⁶ CHAVES, R. Descriminalizações e despenalizações no Direito Penal positivo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 59 jul/set. 1978. p. 175

²⁸⁷ Idem, *Ibidem*, p. 174.

relevância trouxeram consigo estranhas necessidades como a segurança do mercado, das divisas, das relações econômicas e desencadearam a democratização de riscos e a necessidade ainda maior de controle e gerenciamento das atividades difusas, *in casu*, atividades econômicas.

Diante da realidade enfrentada pelos governos ocidentais - mormente as situações relacionadas à instabilidade econômica, e dos novos riscos sociais - a política criminal contemporânea se viu sujeita a três tendências, a saber, o populismo, o gerencialismo e o apelo a uma justiça global. Dentre tais inclinações, aquela que se vislumbrou mais viável para a modelo econômico de gestão de riscos e, portanto, adotada no combate às novas criminalidades foi o “*managerialism*”, ou gerenciamento, afixado no princípio da eficiência e viabilizado pela lógica atuarial, da qual deriva a noção de *Criminal Compliance*²⁸⁸.

Nesse contexto, a corrupção ou alopoiese do sistema penal agrega a si, além do desvirtuamento da noção de bens jurídicos e como consequência deste fenômeno, as lógicas gerencialistas e atuariais que, conforme se verá, operam em favor da sobreposição de normas.

Percebe-se uma profunda aderência da política criminal atuarial a administrativização das práticas penais em busca da ação eficiente por parte do Estado. O controle atrela-se à ideia de o eficientismo. Sobre o tema, aduz Dieter:

Integra-se perfeitamente, portanto, ao compromisso oficial do sistema de controle social com o eficientismo, caracterizado pela (a) prévia e precisa elucidação de seus objetivos, não raro via fixação de metas, (b) controle da produção (no caso, de criminosos), (c) redução de custos, (d) otimização de processos, (e) especialização de setores e (f) coordenação integrada de esforços.²⁸⁹

A política criminal atuarial, vinculada ao gerencialismo, atua na lógica da criminalização secundária, aquela que seleciona o indivíduo ou grupos sociais pelo sistema de justiça criminal em decorrência da sua propensão para a realização ou participação em crimes. A intenção, nas colocações de DIETER,²⁹⁰ é ocasionar a “incapacitação seletiva” de seus membros. O objetivo precípua dessa política

²⁸⁸ DIETER, M. S. **Pólitica Criminal Atuarial**. A criminologia do fim da história. 2012. 309 f Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, Curitiba. 2012. p. 6.

²⁸⁹ Idem, *Ibidem*, p.6

²⁹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 8

criminal é gerenciar grupos. A punição é uma finalidade avocada quando conveniente. O interessante nesse contexto é identificar, classificar e gerir seguimentos indesejáveis.

A lógica atuarial, historicamente, surge com a nova economia da criminalidade. Supera-se o antigo modelo Bem-estar social cujo projeto girava em torno da ressocialização dos indivíduos. A pena perde seu caráter inclusivo e reabilitador objetivando, agora, apenas isolar e incapacitar certos indivíduos do plano social. Há nessa conjuntura o abandono do controle corporal para a adoção de um controle difuso, deslocado da prisão para os grandes centros urbanos e metrópoles, mapeando e identificando setores e grupamentos propensos a prática delituosa²⁹¹.

Lyra²⁹² consigna, nesse enredo, a mudança do paradigma da disciplina²⁹³ para o paradigma do controle ou atuarial, sendo este imediatista, enquanto aquele pautava-se em um tratamento do delinquente e da delinquência a longo prazo. A nova lógica atuarial nasce como instrumento da gestão “racional e econômica do risco”.

Como consequência, não há o exercício do controle mediante o encarceramento. O que se verifica é controle contínuo e comunicação instantânea. Seja na forma como o Direito Penal se porta na hora de sancionar, *ex. vi.*, através de monitoramento eletrônico, ou na dinâmica como as novas relações empresariais se desenrolam identifica-se claramente a propagação de um regime de dominação²⁹⁴. Tal controle, para se operar, avoca a participação particular sob pretexto de democratização na prevenção da criminalidade.

Em linhas gerais, a lógica atuarial vale-se da retórica do risco para, através de cálculos e estatísticas, reorientar o sistema de justiça criminal com o escopo de exercer controle coletivo social ou de determinado seguimento e não apenas de

²⁹¹ LYRA, J. F. D. C. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013. p. 306.

²⁹² Idem, *Ibidem*, p. 303-305.

²⁹³ A teoria relativa a sociedade disciplinar, desenvolvida por Foucault e antecessora da noção de sociedade de controle, expunha um modelo social no qual o exercício do poder se operava por intermédio de disciplinas, vigilâncias institucionais e não gerais como na sociedade de controle, a exemplo dos conventos, fábricas, escolas e da própria prisão, gerando a submissão corporal através de uma microfísica de poder. (Cf. FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.119-122)

²⁹⁴ DELEUZE, G. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: 34, 1992. p. 215-216.

peças concretas²⁹⁵. A pena nesse sentido assume delimitações neutralizantes, identificando e intimidando grupos propiciadores de riscos²⁹⁶.

Por meio da insegurança generalizada, ocasionada pela sociedade de risco, é implantada a ideia de distribuição de responsabilidade entre os cidadãos na guerra contra a criminalidade e na busca por segurança, mitigando o monopólio estatal, antes tão marcante na sociedade de disciplina²⁹⁷.

Os destinatários da norma, além de se veem compelidos a promoverem a própria segurança mediante a prevenção da criminalidade, são cercados por normas punitivas cujo fito é o exercício do controle, e em se tratando de lavagem de dinheiro, gerenciamento estatal das atividades interessantes à economia.

Tanto Dieter quanto Lyra abordam o atuarismo penal como forma de exclusão e inocuização de grupos considerados ameaçadores, inimigos. O raciocínio estabelecido traz a compreensão de como o Direito Penal atua através de cálculos e controles para segregar e selecionar com o fito de exercer dominação. Em que pese os posicionamentos críticos serem fundamentais para a compreensão da lógica atuarial, pretende-se ir mais além, não atentando apenas para os grupos isolados nos nas favelas ou considerados como ameaças em decorrência do cometimento de crimes violentos ou contra o patrimônio.

A lógica atuarial típica da sociedade de risco, caracterizada pelo gerenciamento de grupos tidos como arriscados, no plano do Direito Penal econômico, notadamente no crime de lavagem de capitais, objetiva não mais manter a vigilância sobre as classes violentas ou perigosas, cometedoras dos crimes de rua.

O atuarismo, através do gerenciamento de atividades economicamente arriscadas, possui um novo escopo. Agora, presta-se a selecionar as atividades interessantes à ordem econômica impondo-lhes autorregulação que se desdobram notadamente no dever de colaborar com a prevenção e persecução penal, conforme ocorre no crime de lavagem de capitais, prestando informações resguardadas, inclusive, pelo Direito Constitucional ao sigilo inerente ao exercício da atividade profissional, sob pena de se ver sujeito à imposição de duas medidas punitivas

²⁹⁵ DIETER, M. S. **Pólitica Criminal Atuarial. A criminologia do fim da história**. 2012. 309 f Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, Curitiba, 2012. p.9

²⁹⁶ LYRA, J. F. D. C. op. cit. p.310.

²⁹⁷ Idem.

extremamente estigmatizantes.

Em similar colocação, expõe Gloeckner e Da Silva²⁹⁸:

Com o alastramento do gerencialismo, possibilita-se, inclusive, a existência normal de uma duplicidade de códigos que permeia este campo a partir da imperatividade de tendências populistas e mandamentos internacionais de criminalização, apoiados em visões paranoicas de constantes ameaças. Acaba-se, com isso, funcionalizando o Direito Penal simbólico com a criminalização segundo interesses de mercado e hipertrofiando a suspeita insustentável de que todos são culpados (não se pode chegar a outra conclusão diante do prevenicionismo exacerbado da nova Lei de Lavagem de Dinheiro).

Em outras colocações, divide-se com o particular a obrigação de prevenção impondo-lhe deveres administrativos que, em caso de descumprimento, ensejará sobre ele a incidência de normas de Direito Sancionador e Direito Penal de formas concomitantes. Nessa conjuntura, a autorregulação regulada, gerada nos moldes atuariais, se afigura mecanismo viabilizador da sobreposição de normas aqui tratada.

Não obstante o exercício constante da vigilância e do controle como objetivos prioritários da lógica atuarial, a pena de prisão não é afastada. Sua finalidade, conforme Lyra²⁹⁹, é redirecionada não para o exercício da função reintegradora, mas para figurar como um lugar de contenção provisória, desprovido de qualquer outra finalidade. A intenção prevalente é o exercício do controle.

Adiante se verá que a busca de controle e gerenciamento constante na lavagem de dinheiro, recrudescendo medidas punitivas, servem tão somente para reforçar o caráter simbólico da aludida legislação penal, porquanto acabam por mitigar garantias e dar a norma o caráter de legislação-álibi.

²⁹⁸ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 164.

²⁹⁹ LYRA, J. F. D. C. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013. P. 306. p. 315

3.3.1.1 Ampliação do controle através do Criminal Compliance.

Em apertada síntese dos termos já expostos, se depreende que a dinâmica punitiva vislumbrada na utilização de Direito Sancionador e Direito Penal de forma sobreposta advém da corrupção do sistema penal pelo desvirtuamento da noção de bem jurídico e pelas lógicas trazidas pelo *Criminal Compliance*, a saber, democratização de riscos, gerencialismo e maior segurança com menor custo.

Esclarece-se que tais racionalidades derivam, a princípio, da própria tutela Penal da ordem Econômica e, para mais, da mudança histórica na maneira como o Direito Penal Econômico passou a estabelecer suas formas de controle. Imperativo pontuar que o Direito Penal Econômico, desde sua inicial configuração heterorregulatória, já havia incorporado ao Direito Penal lógicas que lhe eram estranhas. Contudo, com a crise da heterorregulação, o Estado encontra na autorregulação regulada um mecanismo controle mais amplo, exercido à distância e com participação do particular. O *Criminal Compliance*, portanto, notadamente no plano da lavagem de capitais, protagoniza a ascensão do ingresso de lógicas estranhas ao Direito Penal Clássico e desencadeadoras do imbricamento normativo em análise.

Ora, sabe-se que, ao longo da história, a relação do Direito Penal com a economia se dá como necessária, sempre que se entende pertinente a defesa a economia³⁰⁰. A necessidade do Direito Penal Econômico surgiu, portanto, quando o Estado centralizador resolve dirigir a economia³⁰¹. Reforça-se que o caráter heterorregulador do Direito Penal Econômico apresentou-se desde o início carregado de distorções ao Direito Penal e de ampliação do espectro de ação do Direito Administrativo, a exemplo a inserção, no plano da tutela penal da ordem econômica, de normas penais em branco e tipos penais abertos³⁰².

O próprio conceito de delito econômico já nos faz entender o caráter de um Estado interventor no qual se funda as bases do Direito Penal econômico. Na

³⁰⁰ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 28.

³⁰¹ Idem, *Ibidem*, p. 28.

³⁰² LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 45-46.

compreensão de Tiedemann³⁰³ os delitos de ordem econômica compreendem as transgressões no plano do Direito econômico, incluindo neste contexto a defesa penal da atividade interventora e reguladora do Estado na economia, e as violações no campo dos chamados bens jurídicos coletivos ou supraindividuais da atividade econômica.

O conceito de delito econômico, de primeira mão, nos faz perceber a mitigação do caráter subsidiário do Direito Penal demonstrando que a tutela penal da ordem econômica avoca para o plano criminal poder sancionatório plenamente exercível por outra esfera jurídica que não a penal. Ademais, de pronto se observa a modificação da noção de bem jurídico do plano individual para a ideia de interesse coletivo.

Convém conceituar, ainda, o que venha a ser ordem econômica, fruto de um novo interesse por parte da criminologia e do Direito Penal e, como dito, um dos bens jurídicos alegadamente protegido pela legislação de lavagem de capitais. Na lição de Vital Moreira³⁰⁴ o termo “ordem econômica” pode assumir mais de um sentido, dependendo da forma de análise. Em uma primeira linha, ordem econômica é “o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta”, afigurando-se como um conceito de fato e não como um conceito normativo. Em um segundo sentido, ordem econômica designa um conjunto de todas as normas, independente da natureza (moral, jurídica ou religiosa), atreladas à regulação do “comportamento dos sujeitos econômicos”. Num terceiro sentido, “ordem econômica” reporta à ordem jurídica da economia.

Como bem jurídico, a ordem econômica possui caráter supraindividual, destinado a garantir a política econômica do Estado, o equilíbrio na produção, distribuição e circulação de riquezas entre os diversos grupamentos sociais³⁰⁵. Salienta-se que, de todas as concepções relativas à “ordem econômica”, a que interessa ao presente trabalho é a compreensão de tal conceito como ordem jurídica da economia, portanto, o terceiro sentido.

Ademais, é clara a percepção de que a intervenção do Estado na Economia

³⁰³ TIEDEMANN, K. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal económico y de delito económico. **Revista Chilena de Derecho**. v.10, p. 59-68. 1983, p. 61-62

³⁰⁴ MOREIRA, V. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973, p. 61-67

³⁰⁵ ARAUJO JUNIOR, J. M. O Direito Penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 142-156, jan./mar. 1999. p. 151.

apresentou uma considerável acentuação nos primeiros anos do século XX, em especial no período pós-primeira Guerra Mundial, ocorrendo significativas rupturas nas relações entre Estado e economia. Tanto socialistas quanto capitalistas, cada um de sua forma, passaram a ditar os rumos das relações entre cidadãos, Estado e corporações³⁰⁶. O Direito Penal econômico se afigura nesse cenário como uma série de políticas do Estado destinadas a regular, através do Direito Penal, as crises econômicas³⁰⁷.

Como marcos históricos para o Direito Penal econômico pode-se mencionar três momentos importantes, a saber, as convenções de Paris de 1810 e 1833, o Sherman Act, e a concepção criminológica de Sutherland, a respeito da criminalidade de colarinho branco³⁰⁸.

Neste cenário evolutivo, concernente ao interesse penal pela economia, cumpre destacar as investigações e teorias desenvolvidas por Sutherland que influenciaram na noção geral formada sobre a criminalidade econômica. Através da teoria do colarinho-branco e das discussões político-criminais acerca do tema levantou-se o questionamento sobre a legitimidade do Direito Penal Econômico e do novo Direito Penal.³⁰⁹

Através da Teoria da Associação Diferencial, Sutherland inicia uma revolução no objeto da criminologia, pois o foco da pesquisa passa pela primeira vez aos indivíduos integrantes das classes sociais mais elevadas³¹⁰. O delinquente do colarinho branco consiste em “pessoa com elevado status socioeconômico que viola

³⁰⁶ SCHMIDT, A. Z. Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico. **Revista dos Tribunais online**. v. 111, 2014. p. 61-89, nov./dez. 2014. p. 61.

³⁰⁷ COSTA, H. R. L. **Direito penal econômico e Direito Administrativo Sancionador: Ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p.22.

³⁰⁸ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 29

³⁰⁹ SOUZA, A. B. G. Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. _____. (Org). Brasília: ESMPU, 2011. p.117.

³¹⁰ NEVES, E. V. P. A Atualidade de EDWIN H. SUTHERLAND, In: **Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Souza, Artur de Brito Gueiros (Org.), p. 45-64, Brasília, 2011.p. 55

as leis destinadas a regular suas atividades profissionais”³¹¹, sendo que, o fator comum ao fenômeno da criminalidade, independente da classe, é a aprendizagem, porquanto, a conduta criminal se aprende como qualquer outra conduta³¹².

A atenção do estudo criminológico volta-se para as ditas “cifras negras” da criminalidade, que na lição de Molina³¹³, aludem a um quociente que expressa a relação entre o número de delitos efetivamente cometidos e os delitos estatisticamente refletidos.

Através da teoria de Sutherland e conseqüente mudança no perfil do criminoso as discussões sobre a criminalidade econômica, crimes de colarinho branco e lavagem de capitais expandiram-se e passaram a ser alvo da preocupação da ciência penal. Sutherland, além de trazer uma análise criminal mais acurada aos crimes econômicos, praticados por um perfil de criminoso distinto dos habitualmente conhecidos, deixou patente a compreensão de que o Direito Penal é deficiente para, através de seus mecanismos tradicionais, tutelar tais condutas.

Embora a contribuição de Sutherland tenha sido marcante para o estudo da criminalidade econômica, as bases do Direito Penal Econômico, inicialmente heterorregulatórias e instadas a evoluções apenas em momentos de crises impediram uma abordagem distorções das dogmática sólida em relação a matéria³¹⁴.

No plano nacional, até as primeiras décadas do século XX, pouca foi a relação entre Direito Penal e economia, apresentando alguns pequenos resquícios de interligação no período colonial e pós-independência.³¹⁵

As primeiras significativas intervenções do Estado no plano da economia, no Brasil remontam à década de 30. O governo se viu forçado a proteger a economia em decorrência da crise de 1929 ocorrida nos EUA. Nesse cenário, diversos diplomas legislativos começam a ganhar vida com o fito de intervir diretamente na economia. Dentre eles pode-se mencionar os decretos leis 1716/39, 431/1938,

³¹¹ Texto original: “persona com elevado status socioeconómico que viola las leyes destinadas a regular sus actividades profesionales” (SUTHERLAND, E. H. **El delito de cuello Blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madri: La Piqueta, 1999. p. 330)

³¹² SUTHERLAND, E. H. op. cit. p. 312.

³¹³ MOLINA, A. G. P. **Tratado de Criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 3ª ed. 2003, p. 265

³¹⁴ COSTA, H. R. L. op. cit. p.29.

³¹⁵ SOUZA, L. A. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica**. 202 f, 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 29.

7666/45, 9125/46, 9840/46, 1641/39 e 869/38. Há de se mencionar, também, as leis 4137/62, 4595/64 e 1521/51³¹⁶.

A massiva edição de decretos no âmbito interno, influenciadas pela crise no âmbito mundial, deixa clara a percepção já levantada no presente trabalho, a saber, a influência da economia internacional, notadamente a norte-americana, na regulamentação de disposições legais que objetivem a proteção da economia. Nesse contexto, as legislações de Direito Penal Econômico surgem, sempre carregadas de racionalidades estranhas ao Direito Penal.

Observa-se que a via de escolha para legislar em matéria penal econômica no Brasil foi a das leis penais extravagantes, sendo acentuada a intervenção penal na ordem econômica na década de 80 e anos subsequentes, período de promulgação da Constituição vigente. Sobre o tema, vejamos o que leciona Hireche³¹⁷:

O grande desenvolvimento do Direito Penal econômico no Brasil se deu com a abertura da economia, no final da década de oitenta do século passado. Com efeito, o encerramento da ditadura militar e, sobretudo, com a aproximação do Brasil de outros blocos econômicos, passaram a ser editadas diversas leis para tratar da matéria, bastando notar que são da década de 90 a lei dos crimes tributários (8137/90); a lei dos crimes contra as relações de consumo (8078/90); a lei de lavagem de dinheiro (9613/98). A despeito de não se referirem a matéria exclusivamente, ainda é deste momento histórico a criação da lei de crime organizado (9034/95), bem como a lei que trata dos crimes contra o meio ambiente, a permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica (9605/98). Dos principais diplomas que regulam a matéria, somente uma, a 7492/86, foi anterior a este período.

No âmbito constitucional o art. 170 da carta Magna³¹⁸ de 1988 elenca as bases

³¹⁶ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 57-58.

³¹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 58.

³¹⁸ Vejamos: **Art. 170**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos

fundamentais da atividade econômica nacional, estabelecendo, inclusive a repressão ao abuso do poder econômico que objetive a dominação do mercado, o aumento arbitrário dos lucros e à eliminação da concorrência.³¹⁹

O contexto por ora apresentado evidencia que diante da supervalorização dos riscos e das novas modalidades delituosas, o poder econômico assume importante papel, ganhando destaque a criminalização de condutas econômicas. As distorções do Direito Penal tendem a se acentuar.

Não obstante, percebeu-se que o Estado heterorregulador se mostrou incapaz de estabelecer de forma satisfatória as condições de convivência em sociedade, modificando sua forma de atuação para outros mecanismos igualmente questionáveis quanto ao combate de condutas econômicas socialmente reprováveis.³²⁰ A heterorregulação perdeu força entre as décadas de 1970 e 1980 através das críticas elaboradas por Friedman, Robert Lucas e Robert Barro que argumentavam serem as economias de mercado autorreguláveis e que as políticas governamentais seriam ineficazes para estabilizar a economia de maneira sistemática³²¹.

Em que pese todos os desdobramentos da heterorregulação que, como dito, firmou grande parte do desenrolar do Direito Penal Econômico e iniciou a entrada de estranhos mecanismos de controle no plano penal, foi com o advento de um novo e, conforme salientado, controvertido modelo de intervencionismo público que a sobreposição de normas de Direito Sancionador e Direito Penal ganharam contornos mais expressivos.

Através da *self regulation* ou autorregulação regulada o Estado, por intermédio de uma nova estratégia reguladora, passou a intervir à distância, baseando sua atuação na cooperação entre os poderes públicos e privados, sujeitos regulados e demais agentes sociais com a finalidade não de apenas gerar normas, mas de

casos previstos em lei. (BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 dez. 2017.)

³¹⁹ SOUZA, L. A. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica**. 202 f, 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 33.

³²⁰ HIRECHE, G. F. E. op. cit. p. 51.

³²¹ SACHS, J. D; LARRAIN, F. **Microeconomia en la economia global**. México: Prentice Hall Hispanoamericana, 1994. p. 3.

encarregar-se de impor seu cumprimento³²². Dentre os numerosos exemplos de autorregulação regulada estão os deveres de *Criminal Compliance* estabelecidos na lei de lavagem de capitais.

Por meio dos mecanismos de cumprimento normativo, pautados na democratização da prevenção dos riscos da atividade empresarial, o Direito Penal Econômico, acredita-se, conforme pontua Ilana Martins Luz³²³, adquire um novo fôlego para resolver as demandas ocasionadas pelo exercício da atividade empresarial e, em complemento, da criminalidade econômica, notadamente, do crime de lavagem de capitais.

Em que pese tal compreensão, ao revés, percebe-se na *self regulation*, a exemplo do que se detrai da Lei 9.613/98, uma sofisticada forma de se solapar garantias. Impõe-se ao particular o dever de se autofiscalizar e de se ver sancionado em caso de descumprimento do dever de vigilância, anteriormente típico do Estado. Além de evidenciar a falência estatal, resta demonstrada a forma como os indivíduos se prestam a abrir mão de direitos e garantias fundamentais em busca de uma suposta ampliação da segurança.

Essa nova manifestação de gestão ou gerenciamento da criminalidade, conforme aduzido, formou-se tendo como principal característica a incorporação ao Direito Penal de lógicas mercadológicas e do chamado *cost-benefits analysis* ou corrente da análise econômica do Direito Penal, ampliando o controle, viabilizando a sobreposição de normas de raiz penal, o duplo sancionamento ora criticado, através de máximas de maior segurança com o mínimo de recursos investidos³²⁴.

³²² NIETO MARTÍN, A. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política criminal**, n.º 5, p. 1-18, 2008. p. 5-6.

³²³ LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 53.

³²⁴ LYRA, J. F. D. C. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013. P. 306. p. 302.

4 A MITIGAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* ATRAVÉS DO DUPLO SANCIONAMENTO EM CASO DE INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES DE COMPLIANCE.

Resta agora, após a devida análise da legislação e dos deveres estabelecidos, bem como de críticas tecidas ao mecanismo do duplo sancionamento pela sobreposição de normas de cariz penal, discorrer sobre a relevância do princípio da não autoincriminação e como a dinâmica punitiva desenvolvida na lei de lavagem de dinheiro mitiga tal garantia tão cara ao Estado Democrático de Direito.

Para tal desiderato, inicialmente, convém estabelecer alguns conceitos referentes ao princípio em epígrafe e a necessidade de se conservar a observância ao direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo, não obstante os constantes atentados sofridos por esse preceito de elevada importância.

4.1 *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: DELIMITAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

O surgimento da expressão “*Nemo tenetur se detegere*” possui localização imprecisa no tempo. Em tradução literal, indica que ninguém é obrigado a se descobrir. Também cunhada de, *Nemo tenetur se accusare*, *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, *Nemo tenetur se ipsum prodere*, *Nemo tenetur edere contra se* e *Nemo testis contra se ipsum*, o princípio assumiu várias interpretações ao longo dos anos³²⁵.

Das traduções das expressões acima levantadas se compreende do princípio em comento que ninguém é obrigado a se acusar, compelir-se a trair a si mesmo em público, revelar a própria vergonha ou produzir provas contra si mesmo.

Pode-se claramente estabelecer que esse princípio existe desde a existência do próprio ser humano, exteriorizando-se através do senso de autopreservação³²⁶.

³²⁵ QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

³²⁶ HADDAD, C. H. B. **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação.** 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 69.

Em que pese tal compreensão, relatos históricos apontam para a aparição do princípio desde o código de Hamurabi, comparecendo, também, nas Leis de Manu, no direito egípcio e hebreu. Em todos os casos o acusado era submetido a juramento, como prova da veracidade das alegações levantadas³²⁷.

Existe ainda a defesa de que a primeira aparição de uma concepção atrelada ao princípio da não autoincriminação advém do Talmud, livro sagrado do povo hebreu. Em uma instrução criminal, presidida pelos juízes do sínédrio, o tribunal criminal da época, eram delimitadas regras às testemunhas ou “acusadores” antes de procederem com as acusações ao réu. Os tribunais recusavam-se a aceitar boatos ou provas circunstanciais e, em caso de dúvida quanto à execução do crime, seriam rejeitada as alegações de testemunhas que destoassem em pontos essenciais. Em que pese parecer uma exposição do princípio do *in dubio pro réu, in casu*, os procedimentos criminais das antigas cortes rabínicas eram regidos pela máxima *ein adam meissim atsmo rasha*, equivalente hebreu do princípio do *Nemo tenetur seipsum tenetur* que, literalmente, aduz que nenhum homem pode se representar como culpado ou transgressor, reivindicando, portanto, para a devida incriminação, não apenas que a incriminação parte de outrem, como também que exista contundência nas acusações levantadas³²⁸.

Para Rochester Oliveira Araújo³²⁹, o Direito a não autoincriminação possui uma relação estreita com a religião, notadamente o cristianismo. Em defesa de tal argumento, o autor demonstra, através de exemplos da Bíblia Sagrada dos Cristãos, que o Direito ao silêncio poderia ser utilizado pelo acusado, importando uma renúncia à defesa e uma facilidade para o julgador que não se veria envolto em embates defensivos. Em outras palavras, “o silêncio não conferia um direito a não ser prejudicado pelo seu exercício”. Como exemplo, na passagem em que Jesus Cristo é interrogado por Pôncio Pilatos e permanece silente, há uma sensação de satisfação por parte do prefeito da província romana da Judeia, que na ocasião figurava como juiz, diante do exercício do silêncio pelo acusado.

Foi com o iluminismo, marcado pela ascensão da razão e da valorização da

³²⁷ QUEIJO, M. E. O. op. cit. p. 29

³²⁸ LEVY, L. W. **Origins of the Fifth Amendment**. New York: Oxford University Press, 1968. p. 434.

³²⁹ ARAÚJO, R. O. **O Direito Fundamental contra a autoincriminação: Análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional**. 278 fl. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2013. p. 21-23.

liberdade individual, que o princípio do *Nemo tenetur se detegere* passou a vigorar como garantia ao acusado em relação ao interrogatório³³⁰. A superação ao Direito Canônico, de viés inquisitorial, e a revigoração do sistema acusatório transformaram a legislação penal através dos ideais iluministas, determinando o desenvolvimento do princípio da não autoincriminação. Por passar a punição a ter menos caráter de defesa social e maior feição de controle e reforma psicológica e moral de comportamento, é introduzida também a noção de periculosidade, vindo o indivíduo a ser analisado não apenas pelos seus atos mas no plano da sua potencialidade delitiva³³¹.

Luigi Ferrajoli³³² distingue os sistemas acusatório e inquisitivo pela forma como se processa a participação do julgador e a relação entre acusado e acusador. Em uma separação teórica e histórica, o autor expõe o sistema inquisitório como aquele em que há iniciativa do juiz em campo probatório, disparidade de poderes entre defesa e acusação e o caráter secreto e escrito da instrução criminal. No sistema acusatório, por seu turno, existe uma separação rígida entre juiz e acusação, paridade entre acusação e defesa e publicidade e oralidade no julgamento. Além destes mecanismos processuais asseguradores do amplo direito a defesa, elenca ainda o autor a discricionariedade da ação penal, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado, etc.

Cesare Beccaria³³³, em sua obra “Dos delitos e das penas”, já se opunha as ideias inquisitórias e antagônicas ao princípio da não autoincriminação, criticando duramente a obrigatoriedade de juramento. Segundo o autor, existia uma “contradição entre as leis e os sentimentos naturais” ao se exigir de um réu, sob pretexto de que só assim seria um verdadeiro homem, o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em falseá-la ou não revelá-la. Não há, conforme o próprio extinto de sobrevivência, um juramento de sincero emitido pelo indivíduo, que vai contribuir para sua própria destruição. Outro embate de grande

³³⁰ QUEIJO, M. E. O. **Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 32

³³¹ HADDAD, C. H. B, **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação.** 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 83.

³³² FERRAJOLI, L. **Direito e razão do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer et al. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 451-452.

³³³ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas.** 2ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

envergadura travado por Beccaria e que demonstra a aplicação do *Nemo tenetur se detegere* como instrumento de à superação das práticas inquisitoriais diz respeito a tortura, amplamente difundida na Inquisição. Nas colocações do autor, representa “crueldade”, própria dos governos inquisitoriais submeter o réu a tortura durante instrução do processo “para forçá-lo a confessar o delito, ou por haver caído em contradição, ou para descobrir cúmplices”³³⁴.

Percebe-se que o aprimoramento dos ideais de não autoincriminação, malgrado possuírem pontuais aparecimentos ao longo da história, com evidências no Direito hebreu e canônico, se insuflam diante do diagnóstico de que as punições e perseguições criminais implementadas pelo Estado afiguram-se como estigmatizantes mecanismos de controle social e prejudiciais a direitos de liberdade e autonomia inerentes ao homem.

Conforme salientado, foi com a retomada do sistema acusatório que o direito a não autoincriminação se viu fortalecido. Taylor³³⁵ expõe que até o final do século XVIII o próprio caráter dos julgamentos criminais militava contra a noção de um direito a não ser obrigado a se auto incriminar e responder perguntas incriminatórias. Nas colocações do autor, antes do sistema acusatório advogados de defesa não eram permitidos e a acusação não tinha obrigação de provar claramente o alegado, mas apenas expor argumentações razoáveis. Nesse sentido, o exercício do direito ao silêncio equivaleria à perda ao Direito de defesa. Com a superação dos institutos inquisitoriais, os réus passaram a gozar do direito de refutar acusações, exercendo a defesa e deixando de ser mero objeto do processo.

No mesmo sentido Helmholtz³³⁶ expõe que, na vigência dos mecanismos inquisitoriais, inexistia a presença de defesa técnica e o silêncio corroborava para uma espécie de autoacusação. O princípio da não autoincriminação, segundo o autor, no plano do *common law* se deu graças ao “trabalho do advogado de defesa”.

Antes da instituição da defesa técnica, ainda em exposição de Helmholtz, em suas pesquisas não foi vislumbrada nenhuma invocação por parte dos acusados ao princípio de não produzir provas contra si mesmo. Os acusados negociavam o

³³⁴ BECCARIA, C. op. cit. p. 61.

³³⁵ TAYLOR, J. B. **The right to counsel and privilege against self-incrimination: Rights and liberties under the law**. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2004. p. 31.

³³⁶ HELMHOLTZ, R. H. et al., **The privilege against self-incrimination: its origins and development**, Chicago: Universidade de Chicago, 1997. p. 82.

fornecimento de informações com o escopo de minorar a pena, mormente fugindo da pena capital.³³⁷

Das análises de Helmholtz se vê que é típico do sistema inquisitorial a negociação do Direito de não produzir provas contra si mesmo a fim de se ver punido com uma sanção mais branda , ou escapar de uma sanção. Afronta, portanto, o direito de defesa, inerente a todo acusado em qualquer instância.

Destaca-se que o sistema inquisitorial, não obstante predominar em diversos países da Europa, encontrou resistência na Inglaterra que, por não se submeter a uma inquisição religiosa conduzida pelo alto clero da igreja católica, optou por outra alternativa, qual seja, a manutenção de formas investigativas próprias através das denominadas provações. Daí o porquê de se expor que após o sistema inquisitorial houve um reforço e evolução do sistema acusatório, visto que, este já existia com algumas peculiaridades.

No sistema inglês, as ditas provações tinham o condão de dar paridade entre acusação e defesa próprio do sistema acusatório. Através do Quarto Concílio de Latrão, em 1215, a Inglaterra optou por proibir a participação do clero nas provações ou batalhas, afastando, assim, os tentáculos inquisitoriais em ascensão, e prevendo, inclusive, um sistema de resguardo a garantias dos mais vulneráveis, *i.e.*, idosos, aleijados, mulheres, na busca pela defesa³³⁸.

A participação da defesa técnica e a superação dos mecanismos de tortura, confissão sob juramento e de julgamentos pautados em padrões religiosos marcaram a sedimentação do princípio da não autoincriminação ao longo da história. Todos esses fatores, agregados a instituição de instrumentos próprios do sistema acusatório cooperaram para uma maior valorização dos direitos do acusado ante o sentimento de vingança, seja ele privado ou estatal.

Colaciona-se aqui as colocações de Carlos Henrique Borlido Haddad sobre a relevância do sistema acusatório para a difusão e consolidação do princípio do *Nemo tenetur se detegere*:

O princípio contra a autoincriminação só poderia desenvolver-se no processo acusatório, uma vez suprimida a tortura e a submissão a

³³⁷ HELMHOLZ, R. H. et al. op. cit. p. 96.

³³⁸ LEVY, L. W. **Origins of the Fifth Amendment**. New York: Oxford University Press, 1968. p. 14.

juramento. Parece não haver dúvida de que fora invocado nos julgamentos promovidos pela Igreja, como protesto contra métodos manifestamente inquisitórios e injustos de interrogatório das pessoas acusadas de um crime.

No mesmo sentido, relacionando a transposição do sistema Inquisitorial para o sistema acusatório e a relevância alcançada pelo princípio da não autoincriminação, Trois Neto³³⁹ expõe que o sistema acusatório pugna pela participação do acusado como sujeito processual e não como mero objeto de investigação. Relaciona-se, portanto, os direitos assegurados pelo princípio em comento, à autonomia pessoal do indivíduo, ao abandono dos resquícios inquisitoriais e, “em maior ou menor grau, na realização da busca da verdade”.

Tendo como berço o sistema acusatório, notadamente pela inicial defesa na Inglaterra, o *Nemo tenetur se detegere* teve seu início envolto em concepções de luta entre a Igreja e o Estado inglês, voltado para a proteção contra as perseguições religiosas. Conforme Haddad³⁴⁰, no final do século XVII o “*privilegie against self-incrimination*” ou “privilégio contra a autoincriminação” tornou-se direito estatuído no common law sendo, um século e meio após, incorporado a Constituição norte-americana no *Bill of Rights*. O reconhecimento do termo *Nemo tenetur se detegere*, de origem latina, se dá na própria Inglaterra, que por séculos adotou o latim como um dos idiomas. Exemplo disso são os vários institutos ingleses no âmbito jurídico que possuem escrita em latim, i. e, *habeas corpus*, *mandamus*, *stare decisis*, etc.

Antes de ser reconhecido constitucionalmente nos Estados Unidos, a não autoincriminação ressoava como parte de garantias e não como um direito autônomo. Após a declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e a consignação de que ninguém poderia ser compelido a produzir provas contra si mesmo, vários estados como Geórgia, Carolina do Sul, Nova Iorque, Nova Jersey, preferiram não adotar os termos elencados na declaração, levando o governo federal, na convenção de 1788 a inserir no plano constitucional um impedimento de o acusado formular provas e testemunhos contra si mesmo³⁴¹.

³³⁹ NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21.

³⁴⁰ HADDAD, C. H. B. **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação**. 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 85-89.

³⁴¹ QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 45.

No plano norte-americano o *privilege against self-incrimination* alcançaram maior notoriedade no século XX, após julgamento pela Suprema Corte americana do caso *Miranda v. Arizona* (1966). *In casu*, Ernesto Miranda foi compelido por policiais a confessar mediante termo assinado, após interrogatório de duas horas, ser autor dos crimes de roubo, estupro e sequestro. Em que pese a confissão ter sido atrelada ao crime de roubo, em julgamento a confissão foi utilizada para os demais crimes. Ocorre que, os policiais não avisaram ao acusado do seu direito de permanecer em silêncio e não lhe conferiram o direito a um advogado, sendo o caso anulado em decorrência de pedido formulado pelo próprio réu. No caso *Miranda v. Arizona* o direito de defesa, no âmbito do direito ao silêncio, desdobramento do princípio do *Nemo tenetur se detegere*, estabeleceu um padrão pautado no afastamento de confissões obtidas mediante meios escusos.³⁴²

Em *Miranda v. Arizona* tem-se a exposição casuística de um dos desdobramentos do princípio da não autoincriminação, a saber, o direito ao silêncio. Há de se pontuar que, atrelado a este exercício regular de direito, outros tantos parâmetros garantísticos podem ser extraídos da norma.

Sobre os desdobramentos do *Nemo tenetur se detegere*, discorre Ferrajoli³⁴³:

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela "tortura espiritual", como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o "direito ao silêncio", nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a conseqüente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.

O direito contra autoincriminação garantiu, ao longo da história, direitos de abstenção à manifestações verbais e não verbais que afigurem-se

³⁴² CARVALHO, G. P.; DUARTE, E. P. As abordagens policiais e o caso *Miranda v. Arizona* (1966): Violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 303-334, jan-abr. 2018. p. 306-307

³⁴³ FERRAJOLI, L. **Direito e razão do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 486.

autoincriminatórias. A liberdade de declaração, a inexigibilidade de confissão, a proscricção ao juramento, o direito ao silêncio e a vedação a obrigação de apresentar elementos probatórios que tenham ou possam vir a ter valor incriminatório, agregada ao direito ao silêncio, são exemplos das manifestações verbais do *Nemo tenetur se detegere*. Sobre as manifestações não verbais, impera nos ordenamentos jurídicos no plano internacional o critério da anuência do acusado, sendo afastada a violação ao princípio em casos de sujeição passiva e convocada sua incidência protetiva em casos de exigência de atividade positiva³⁴⁴. Em outras colocações, é concedido ao acusado o Direito de não depor contra si, de não se conformar com a acusação e de não contribuir com a produção de outras provas³⁴⁵.

O *Nemo tenetur se detegere* constitui-se um princípio de justiça universal estampado em diversas convenções e tratados internacionais. Em que pese não ser atestada sua presença expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode-se encontrar menção declarada ao princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também cunhado como Pacto de San José da Costa Rica em seu art. 8, § 2º, g, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 23 de março de 1976 em seu art. 14, n. 3, g. Em ambos os dispositivos é resguardado o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo e de não se declarar culpado³⁴⁶.

Trois Neto³⁴⁷ delimita o princípio em comento como expressão do direito a um procedimento correto. Um procedimento correto, na visão do autor, denota um processo penal que visualiza o acusado como participante de um processo de comunicação recíproca e não apenas como objeto de comunicação. Nesse sentido, o acusado possui direitos de participação ativa e passiva no curso do processo penal. Como participação ativa há o recurso da ampla defesa, cujo escopo é fornecer paridade de armas entre o órgão persecutor e o inculcado. No âmbito da participação passiva, o procedimento correto deve respeitar a presunção de inocência e a proibição a autoincriminação, condições umbilicalmente ligadas. Nesse

³⁴⁴ HADDAD, C. H. B, **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação**. 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 44-56.

³⁴⁵ NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 123-134.

³⁴⁶ QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

³⁴⁷ NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 108-115.

sentido, vejamos:

A condição de inocente enlaça-se, portanto, um direito *prima facie* do imputado de negar-se à participação na produção de prova, tais como apresentação de documentos, submissão a exames, reconhecimentos ou outras diligências probatórias. Especificamente quanto à liberdade de declaração, aqui ela se manifesta sob o aspecto negativo, no sentido de desobrigar o acusado a depor contra si.

Depreende-se da análise histórica e conceitual do princípio contra a autoincriminação a ocorrência de uma gradual evolução em sua compreensão, sendo inicialmente entendido como direito de nada responder e, a posteriori, vindo a abarcar outros meios de prova, a exemplo do direito de não servir como testemunha quando essa condição puder comprometer o exercício do *Nemo tenetur se detegere* e dos casos de intervenção corporal.

Com base em tais análises, Gloeckner e Da Silva percebem o princípio da não autoincriminação como um postulado correlato ao direito à ampla defesa³⁴⁸.

Concorda-se tanto com a compreensão de que a vedação a autoincriminação viabiliza um procedimento correto quanto com a percepção de que o princípio em testilha correlaciona-se com a ampla defesa, dela não se apartando. Não obstante as compreensões doutrinárias desenvolvidas para demarcar a relevância da não autoincriminação, tem-se que o respeito a este princípio viabiliza tanto um devido processo legal como mecanismo de participação passiva, bem como fundamenta o próprio direito ativo à ampla defesa. A aludida compreensão é embasada no fato de ser a não autoincriminação um desdobramento da defesa técnica e terem ambos os institutos uma correlação histórica a ponto de o primeiro vir a existir a partir do segundo.

A relação entre o *Nemo tenetur se detegere* e a defesa técnica, nesse sentido, afigura-se como ponto de convergência entre o caráter passivo e ativo constante inerente a tal princípio, afinal, mediante uma defesa tecnicamente elaborada o exercício do silêncio pode figurar a mais acertada forma de ampla defesa.

Em apertada síntese, se pode extrair da proibição a autoincriminação uma norma de extrema relevância na vedação do arbítrio estatal na persecução do

³⁴⁸ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 157-158.

acusado em processo criminal. Por se destinar à proteção da autonomia e autodeterminação do homem, à vedação à tortura e às práticas inquisitoriais atentatórias à dignidade humana, pode-se claramente atribuir a este princípio, em análise inicial, um caráter de fundamentalidade.

4.1.1 *Nemo tenetur se detegere* como norma de direito fundamental

O princípio da não autoincriminação evoluiu conceitualmente ao longo da história para ser compreendido hodiernamente como um direito fundamental do cidadão não restrito ao direito ao silêncio. O caráter de fundamentalidade se dá notadamente pela proteção conferida ao indivíduo contra os excessos estatais na persecução criminal. Nessa trilha, pode-se inserir, conforme expõe Queijo³⁴⁹, o *Nemo tenetur se detegere* como direito de primeira geração, entre os direitos de liberdade.

Ademais, de início, cumpre pontuar que, como todo direito fundamental a proibição a autoincriminação goza de: a) universalidade, por ser um direito usufruído por todo aquele ameaçado por condenação ou risco de lesão em processo criminal, independente do modelo de persecução penal estabelecido; b) historicidade, porquanto, todo direito fundamental decorre de um caráter evolutivo, levado a efeito pelas lutas por liberdade e resistência à opressão do Estado; c) Indisponibilidade, uma vez que, sua preterição não pode ser acobertada pelo simples fato de o titular consentir em dispô-lo³⁵⁰.

O princípio em epígrafe configura-se como um desdobramento da dignidade da pessoa humana e informa o acusado não apenas como objeto da persecução penal e dos estigmas impostos pelo processo penal mas como sujeito de direitos ativo no plano processual, dinâmica própria dos sistemas processuais acusatórios que retiram da acusação o caráter de superioridade. Nesse sentido, o *Nemo tenetur se detegere* é um princípio de civilidade cujo escopo é resguardar direitos e garantias individuais, restando inconcebível o seu apartamento do Estado democrático de

³⁴⁹ QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

³⁵⁰ ARAÚJO, R. O. **O Direito Fundamental contra a autoincriminação: Análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional.** 278 fl. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2013. p. 140-144.

Direito.

A respeito dos Direitos Fundamentais, notadamente o direito fundamental a não autoincriminação, necessário se faz lançar mão à teoria de Robert Alexy, porquanto, a sistematização dada por Alexy ao estudo das garantias fundamentais em sua Teoria dos Princípios torna clara a relevância que tais resguardos possuem no asseguramento de direitos inerentes à pessoa humana.

O supedâneo para a compreensão dos direitos fundamentais e a saída para a resposta de questões fulcrais da “dogmática dos direitos fundamentais”, nas palavras de Alexy³⁵¹, reside na diferenciação entre regras e princípios. Enquanto os princípios evidenciam-se como mandamentos de otimização, as regras externam-se como determinações no âmbito daquilo que possível plano fático e jurídico.

Os posicionamentos de Alexy, malgrado não ser esta uma abordagem que objetiva a análise profunda da teoria dos Princípios, entendem os princípios como mandamentos de otimização³⁵², sendo, portanto, normas que determina a realização de algo “na maior medida possível, dentro das possibilidades” seja no campo jurídico ou fático³⁵³. Entende-se que a aplicação de um princípio demanda acima de tudo uma análise axiológica e um sopesamento ante o caso concreto, a fim de se extrair a máxima efetividade da norma emanada. Ainda nesse sentido, Alexy compreende que princípios são dotados de caráter *prima facie* e, diferentemente das regras, apartam-se do caráter de definitividade.

A partir dos ensinamentos de Alexy e de sua teoria dos direitos fundamentais pode-se extrair o raciocínio de que o *Nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, e, portanto, princípio ou mandado de otimização, de caráter *prima facie*, deve ser realizado na maior medida possível, podendo, contudo, as suas razões serem afastadas ou não, a depender da situação fática.

Sobre o princípios, consoante alexy Alexy, vejamos:

Exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. [...] eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um

³⁵¹ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85-91

³⁵² Idem, Ibidem, p. 575

³⁵³ Idem, Ibidem, p. 90.

princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

O Direito de não constituir prova contra si mesmo e de permanecer em silêncio denota um direito *prima facie* que resguarda tanto o preso quanto a pessoa em liberdade de não contribuir contra sua própria condenação, seja através de declarações ou de manifestações não verbais de caráter autoincriminatório³⁵⁴.

Dimoulis e Martins³⁵⁵ entendem que os Direitos Fundamentais possuem o escopo de conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, de natureza material e processual que viabilize uma consequente limitação à liberdade de atuação do Estado. Em menção a consolidada teoria de Jellinek, pugnam que cada direito fundamental consiste em um direito público subjetivo que vincula o Estado.

Nessa senda, na relação indivíduo e Estado, os Direitos fundamentais se distinguem em: direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal; direitos prestacionais ou de *status positivus*, que permitem ao indivíduo exigir atuação do Estado na implementação de garantias; e direitos de *status activus* ou políticos de participação, que possibilitam uma “intromissão” do particular na esfera política.

O *Nemo tenetur se detegere* se evidencia, com base na categorização acima descrita, como Direito de *status* negativo a ingerência estatal na esfera privada. São, conforme Alexy³⁵⁶ e em complemento a delimitação acima estabelecida, Direitos a

³⁵⁴ NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

³⁵⁵ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. 5ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 49-53.

³⁵⁶ “Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.” (ALEXY, R. **Teoria dos**

ações negativas ou Direitos de defesa.

Reforça-se que os direitos fundamentais não reivindicam a adoção de um rol taxativo nem de uma restrição conceitual, para não serem dotadas tais normas de estaticidade e inalterabilidade.³⁵⁷

A compreensão que se extrai de tal assertiva, bem como do caráter *prima facie* atribuído aos direitos fundamentais é que as normas alusivas a tais direitos, por resguardarem o que é imprescindível à autodeterminação e autonomia do homem, devem ser levados a efeito em sua máxima amplitude, bem como respeitadas as transformações que venham a configurar maior efetividade na implementação.

Para que ocorra um eventual afastamento de um princípio fundamental no caso concreto, deve-se, anteriormente, atentar o aplicador da norma para a realização de um sopesamento, pautado no princípio da proporcionalidade, em casos que se constate colisão com outro princípio de direito fundamental.³⁵⁸

A possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais, de análise à luz da proporcionalidade e eventual afastamento de um Direito em detrimento do outro, expressa que nenhum direito fundamental possui aplicação incondicionada ou caráter absoluto. Dessa forma, firmado na concepção Alexyana e entendendo a não autoincriminação como princípio e direito fundamental, não se mostra sensato advogar a aplicação de tal norma de forma absoluta.

Não se pode, contudo, se dispor à realização de um afastamento que não se pautem na proporcionalidade. Em existindo colisão entre direitos fundamentais e, apenas nesses casos, descartada, portanto a hipótese de afastamento da não autoincriminação por questões de mera exigência prática ou imposição que destoe de parâmetros constitucionais, o princípio da proporcionalidade deve ser avocado para que se analise de forma harmônica o afastamento ou o acolhimento de determinado direito fundamental.

Nas colocações de Ávila³⁵⁹, a proporcionalidade deve ser utilizada em casos que houver “uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”. Vinculada à

Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 196)

³⁵⁷ ALEXY, R. op. cit. p. 67.

³⁵⁸ Idem, *Ibidem*, p. 117.

³⁵⁹ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-114.

ideia de proporcionalidade, salienta o autor que deve existir um exame de adequação, que consiste na análise da possibilidade de a medida levar a realização da finalidade, de necessidade, a saber, a constatação de que a medida será a menos restritiva aos direitos envolvidos, e proporcionalidade em sentido estrito, assegurando que a finalidade pública é tão valorosa que enseje a restrição.

O afastamento do *Nemo tenetur se detegere*, pelo caráter de direito fundamental e feição de indisponibilidade não pode prescindir de uma análise à luz da conformação constitucional e da capacidade de autodeterminação do indivíduo quando da decisão de não se valer do direito ao silêncio. Devem ser afastadas banalizações ou relativização, notadamente por dispositivos legais que, ao revés, deveriam conferir certeza ao respeito de garantias tão caras ao Estado democrático de Direito.

4.1.2 Não autoincriminação como princípio Constitucional previsto na CRFB/88: avanços e retrocessos no âmbito nacional

No plano nacional a aplicação do *Nemo tenetur se detegere* e de outros direitos e garantias fundamentais passaram por alguns percalços, máxime pela influência colonizadora exercida pelo Direito Penal português, de raiz medieval, com penas atrozes e pautado nas ordenações do Reino, vigente no plano infraconstitucional e do Direito Penal até 1830, sendo superado pelo Código Criminal do Império do Brasil. As ordenações do Reino se subdividiram em três disposições normativas, a saber, as ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as ordenações Filipinas. As ordenações Manuelinas, fruto de deliberação de D. Manuel, o Venturoso, vigeram na terra conquistada e objetivava uma normatização que beirasse a “perfeição”, conforme moldes legais da época³⁶⁰.

Foi com as ordenações Manuelinas, de 1514, que no plano nacional houve a primeira manifestação da não autoincriminação, mesmo sem uma maior aplicabilidade, porquanto, o acusado que o reivindicasse poderia ser submetido a

³⁶⁰ TINÔCO, A. L. F. **Código Criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003. p. 13.

tortura ou pagamento de multas caso recusasse prestar informações³⁶¹. As ordenações Filipinas adotaram a mesma linha das ordenações manuelinas, tendo a confissão como meio de prova, bem como os instrumentos do crime, as testemunhas e os tormentos. Cumpre recordar que no plano das ordenações Filipinas foi julgado Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, tendo sido torturado e interrogado por diversas vezes para a obtenção de confissão.³⁶²

Após a Constituição de 1924, influenciada pelo liberalismo inglês, foram atestados significativos avanços atrelados ao direito a não autoincriminação, notadamente pelo acolhimento de princípios e garantias fundamentais e do afastamento da tortura³⁶³.

No mesmo sentido evolutivo, malgrado não trazer expressamente nenhuma menção ao princípio da não autoincriminação, o código de Processo Criminal de 1932 representou uma modificação ao conservadorismo constante nas Ordenações Filipinas, em decorrência de seu caráter liberal. No aludido dispositivo, foi contemplado o afastamento da imposição de juramento ao acusado e a possibilidade de acolhimento da confissão apenas em caso de manifestação espontânea por parte do réu³⁶⁴.

Após a criação da justiça Federal, a edição do código Penal de 1980 e a instituição da República, diversos dispositivos versando sobre depoimento e interrogatório do acusado passaram a estabelecer parâmetros ao conteúdo do depoimento com o fito de afastar o conteúdo incriminatório. Exemplo disso é o Regulamento 737 de 1850 em seus artigos 206 e 208, afastando obscuridades nos questionamentos³⁶⁵ e o Decreto 848 que conferiu a possibilidade de o acusado responder sim ou não ao questionamento do juiz³⁶⁶.

Com o advento da Constituição de 1891 foi inserido no plano pátrio um rol genérico de direitos individuais e a concorrência entre os Estados da federação para

³⁶¹ NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 94.

³⁶² YOKOYAMA, M. C. D. **O Direito ao Silêncio no Interrogatório**. 165 fl. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 38-39

³⁶³ NETO, P. M. C. T. *op. cit.* p. 94.

³⁶⁴ HADDAD, C. H. B. **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação**. 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 92-93

³⁶⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 93

³⁶⁶ NETO, P. M. C. T. *op. cit.* p. 95

legislarem sobre processo penal no plano de suas respectivas competências. Diversos Estados elaboraram os seus códigos de processo Penal próprios sem, contudo, abordarem de forma mais aprofundada seu alcance, conferindo apenas o desdobramento negativo ao acusado que optasse por recorrer ao direito ao silêncio³⁶⁷.

O Código de Processo Penal de 1941 trouxe uma uniformização às legislações, contudo, em que pese o caráter de avanço ao tratamento do acusado, no plano interno não houve menção expressa ao direito a não autoincriminação, mas uma concessão ao silêncio que, em caso de exercício, ensejaria prejuízo ao réu na interpretação do aplicador da lei. Nesse sentido, dispunha o art. 186 que, embora o acusado não estivesse obrigado a responder as perguntas que lhe fossem formuladas, o seu silêncio poderia “ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.³⁶⁸

O Decreto-lei 1.002 de 21 de outubro de 1969 concedeu um tratamento mais amplo aos dispositivos com conteúdo garantista e cuja interpretação apontassem para a proteção contra a autoincriminação, a exemplo do art. 296 § 2º, que dispunha que “ninguém será obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão”, e dos artigos 305 e 308 que, a exemplo do código de Processo Penal de 1941, estabeleciam que, malgrado o acusado poder exercer o direito de não responder os questionamentos, permanecendo silente, tal postura, mesmo não importando confissão, seria tida como elemento para formação do convencimento do juiz³⁶⁹.

Com a Constituição de 1988, foi estabelecido no art. 5º, em seu inciso LXIII ³⁷⁰, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado. Juntamente com diversos outros direitos e garantias fundamentais, também atreladas ao direito de defesa do acusado, como o devido processo legal, a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, a não autoincriminação passa a, mesmo de forma textual não extensiva, a figurar no plano constitucional.

³⁶⁷ YOKOYAMA, M. C. D. op. cit. p. 41.

³⁶⁸ ARAÚJO, R. O. **O Direito Fundamental contra a autoincriminação: Análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional**. 278 fl. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2013. p. 69.

³⁶⁹ YOKOYAMA, M. C. D. op. cit. p. 42.

³⁷⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. loc. cit.

Rochester Oliveira Araújo³⁷¹ defende que a causa de o texto constante na Constituição de 1988 sobre a não autoincriminação ser tão reducionista advém da estreita simetria que a norma nacional possui com a previsão norte americana fixada após o caso Miranda. Em que pese a restrição estampada no texto, cujo fito era exclusivamente fornecer amparo ao preso, em decorrência das reações aos excessos da ditadura militar, máxime no âmbito do STF, alicerçou-se o entendimento de aplicação ampla ou irrestrita do *Nemo tenetur se detegere* como garantia inerente aos acusados em processo penal³⁷².

A promulgação da Carta Magna de 1988 ensejou também discussões sobre a recepção do art. 186 do CPP de 1941. Para dirimir tais dúvidas a Lei 10.792/03, dentre as diversas mudanças empreendidas no código de Processo Penal, alterou o art. 186 prevendo, em seu parágrafo único, que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Em que pese a lei em comento não alterar o art. 198 do CPP que aduz ser o silêncio do acusado elemento formador do convencimento do juiz, concorda-se com a posição de Moura e Moraes³⁷³ e Queijo³⁷⁴ que aduzem ter sido esse dispositivo implicitamente revogado pelo disposto no art. 186.

Ademais, com a adesão nacional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos a Convenção americana de Direitos humanos, que, conforme já aduzido, delimitaram de forma expressa o direito a não autoincriminação, o Brasil estabeleceu no âmbito internacional o compromisso em respeitar o *Nemo tenetur se detegere*.

Através de tais diplomas, providos de garantias processuais e de um arcabouço mundial de asseguramento dos direitos humanos, não se pode conceber, no plano interno, uma interpretação restritiva dos direitos contra a autoincriminação. É lido pontuar que tais cartas internacionais possuem significativa influência no posicionamento protetivo de feição ampla adotado pelo STF.

Apesar de não haver distinção entre as nomenclaturas utilizadas por parte do

³⁷¹ ARAÚJO, R. O. op. cit. p. 77.

³⁷² HADDAD, C. H. B, **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação**. 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 99.

³⁷³ MOURA, M. T. R. A.; MORAIS, M. Z. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun., 1994. p. 136.

³⁷⁴ QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

Supremo Tribunal Federal, o que se pode perceber é a aplicação do direito contra a autoincriminação como um princípio amplo e absoluto, não podendo ser alvo de “limites especiais nem procedimentais”. Assim entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 79.244-8/DF³⁷⁵. Nesse sentido, entende o STF que o direito em voga não abarcaria apenas o exercício do silêncio, mas, na lição de Trois Neto³⁷⁶, também o direito de não se sujeitar a quaisquer diligências para obtenção de prova que demande atuação positiva do acusado, a exemplo do fornecimento de voz³⁷⁷ ou padrões de escrita.

Ainda nesse sentido, entre os direitos englobados pelo exercício do *Nemo tenetur se detegere*, conforme o STF, estariam a não obrigatoriedade de fornecer material para exame pericial e de participar ativa ou passivamente de procedimentos probatórios que lhe afetem a esfera de defesa, a exemplo da reprodução simulada,³⁷⁸ a incoerência de crime de desobediência em caso de exercício do silêncio³⁷⁹ e o direito a mentir³⁸⁰.

³⁷⁵ HC 77.135 SP, Relator Ministro Ilmar Galvão: “Com base no princípio que concede ao réu o privilégio contra a auto-incriminação, a Turma deferiu habeas corpus para trancar a ação penal instaurada contra o paciente por crime de desobediência (CP, art. 330), porquanto este se recusara a fornecer à autoridade policial padrões gráficos de próprio punho para a instrução de procedimento investigatório do crime de falsificação de documento. Considerou-se que o art. 174, IV, do CPP (“quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado”) não obriga o indiciado a fornecer prova para caracterizar sua própria culpa, mas apenas determina a intimação deste para, querendo, fornecê-la.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 122, 7 a 11 set. 1988. Brasília, 1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo122.htm>> Acesso em: 04 fev. 2018.

³⁷⁶ NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97.

³⁷⁷ HC 83096 RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie: “O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que endente lhe ser desfavorável”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 333, 8 a 12 dez. 2003. Brasília, 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo333.htm>> Acesso em: 04 fev. 2018.

³⁷⁸ “Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 99289 RJ. Relator Ministro Celso de Mello. DJ. 03/08/2011. **STF**, 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000176687&base=baseAcordaos>> Acesso em: 04 fev. 2018.

³⁷⁹ HC 77.135 SP, Relator Ministro Ilmar Galvão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 122, 7 a 11 set. 1988. op. cit. loc)

³⁸⁰ “E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.”

Ressalta-se que, conforme entendimento do STF, não apenas o réu como também a testemunha e a própria vítima são assistidos com o direito ao silêncio e com o direito de afastar a verdade quando estas configurem prejuízo a não autoincriminação.

A obrigação de dizer a verdade por parte da testemunha vai até o ponto em que tal obrigação não lhe resulte em prejuízo³⁸¹. Nessa trilha, aquele que, mesmo não figurando como indiciado ou denunciado em processo ou comissão parlamentar de inquérito, deponha falsamente para não se autoincriminar não cometerá o crime de falso testemunho³⁸².

Premente pontuar que o Direito ao silêncio não gera como consequência lógica o direito de mentir. Nesse sentido, o STJ que também possui uma compreensão extensiva sobre o direito a não autoincriminação, entende que nem a falsa identidade³⁸³, configurada como a mera atribuição de falsa identificação sem contudo apresentar-se documento, e nem o uso de documento falso³⁸⁴ atrelam-se ao “direito de mentir” encampados pela autodefesa. Salienta-se que o Direito de mentir não assegura a não imputação penal aquele que falsamente atribua crime a outrem, nos moldes do art. 399 do CP.

Não obstante a aplicação ampla do princípio da não autoincriminação, assim percebido pela doutrina e jurisprudência, respeitadas as limitações com amparo em

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC. 68299 SP. Relator Ministro Celso de Mello. DJ. 28/08/1992. **STF**, 1992. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335> > Acesso em: 04 fev. 2018.

³⁸¹ YOKOYAMA, M. C. D. **O Direito ao Silêncio no Interrogatório**. 165 fl. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 38-39. p. 113.

³⁸² NETO, P. M. C. T. op. cit. p. 358.

³⁸³ “É típica a conduta do acusado que, no momento da prisão em flagrante, atribui para si falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que em alegada situação de autodefesa. Isso porque a referida conduta não constitui extensão da garantia à ampla defesa, visto tratar-se de conduta típica, por ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome seja utilizado no falso.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.362.524 MG. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. 23 out. 2013, Brasília. **STJ**, 2013. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199622371/recurso-especial-resp-1517428-mg-2015-0037140-5>> Acesso em: 04 fev. 2018.)

³⁸⁴ “A utilização de documento falso para escamotear a condição de foragido, não descaracteriza o delito de uso de documento falso - art. 304 do CP. Inaplicável nestas circunstâncias a tese de autodefesa cuja utilização restringe-se ao delito previsto no art. 307 do Código Penal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 205.666 SP. Relator Ministro Vasco Della Giustina. 23 ago. 2011, Brasília. **STJ**, 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16719408&num_registro=201101006557&data=20110908&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 04 fev. 2018)

sopesamento de interesses, tem-se visto por parte do legislador ordinário uma atuação, em alguns casos, contrária aos direitos conquistado ao longo de anos de avanços garantísticos.

Como exemplo, tem-se a lei federal 12.654/12 que tornou, mediante decisão judicial, obrigatória a coleta de material biológico através de métodos indolores para confrontar com materiais genéticos localizados no lugar do crime.

Cumprindo colacionar a concepção defendida por Queijo³⁸⁵, para quem as provas que envolvam intervenção corporal do acusado violam o direito à intimidade, bem como a integridade física e moral, sejam elas invasivas ou não invasivas. *In casu*, a Lei 12. 645/12, ao admitir a utilização de provas invasivas, aquelas que incidem sobre a esfera íntima da pessoa, a exemplo da coleta sanguínea, afeta diretamente direito fundamental, só podendo ser manejada com o consentimento do acusado. Em sentido contrário, Bezerra e Rodrigues³⁸⁶ entendem que a coleta invasiva se afigura mecanismo plenamente aceitável, porquanto, a retirada de sangue para fins de exames médicos é largamente utilizada sem, contudo, comportar ofensa ao princípio da dignidade humana.

A posição adversativa levantada por Bezerra e Rodrigues aparenta olvidar-se do fato de que uma mera coleta de sangue para fins de exames rotineiros não se reveste de todo o estigma imposto pela persecução penal. É, por assim dizer, reduzir a um caráter extremamente simplório e pragmático uma discussão que envolve embate de poderes entre o Estado persecutor e o acusado renegado, por longos períodos da história, a objeto processual.

Gloeckner e Da Silva³⁸⁷ alertam para o efeito cascata que essa permissiva e violadora norma pode acarretar em relação a outras espécies de provas, notadamente “aquelas em que o corpo do investigado ou acusado possa estabelecer nexos de causalidade probatório entre a ação e o resultado”. Em crítica, os autores apontam para um processo em que, fatalmente, no plano nacional, será obrigatório o

³⁸⁵ QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 348-361

³⁸⁶ BEZERRA, M. G. A. A.; RODRIGUES, F. A. A coleta obrigatória de Material biológico e o Princípio da Não Autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS.** v. 4, n. 2, p. 65-77, 2016. p. 75.

³⁸⁷ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília.** v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 158-159.

uso do bafômetro e de outras técnicas autoincriminatórias firmadas neste precedente legislativo.

Parece que as alegações dos aludidos articulistas soaram com certo ar profético. Não obstante a não obrigatoriedade expressa da utilização do bafômetro, a legislação nacional apresentou um claro retrocesso nas conquistas alcançadas no plano nacional em relação ao princípio da não autoincriminação, especificamente quanto a Lei 13.281/16, em seu artigo 165-A³⁸⁸, que realizou modificações no Código de Trânsito Brasileiro.

Conforme o aludido artigo, “recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa” gera para o motorista punição administrativa que vai desde multa e recolhimento da habilitação até a suspensão do direito de dirigir por doze meses. Percebe-se no dispositivo em comento uma imposição velada, mediante mecanismo ardiloso, a saber, a justaposição de normas punitivas que afetam a autodeterminação do indivíduo, levando-o a abdicar do seu direito de não produzir provas contra si mesmo no plano criminal, porquanto, uma vez a embriaguez sendo constatada mediante teste do bafômetro este incorrerá em crime de trânsito previsto no art. 306 do CTB³⁸⁹, para fugir da multa administrativa.

A afronta ao *Nemo tenetur se detegere* acima descrita, valendo-se da sobreposição de normas punitivas, não é exclusiva da legislação de trânsito. Nos moldes percorridos na presente dissertação, na lei de lavagem de dinheiro vislumbra-se semelhante e mais nociva dinâmica autoincriminatória.

Tais dispositivos possuem o condão de afetar a autodeterminação do indivíduo que, nas palavras de Araújo³⁹⁰, afigura-se o núcleo de proteção que o direito a autoincriminação visa assegurar. Nesse sentido, mesmo que o indivíduo decida abrir

³⁸⁸ BRASIL. **Lei n.º 13.281, de 4 de maio de 2016**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm> Acesso em: 04 fev. 2018.

³⁸⁹ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL. **Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9503.htm> Acesso em: 04 fev. 2018.)

³⁹⁰ ARAÚJO, R. O. **O Direito Fundamental contra a autoincriminação: Análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional**. 278 fl. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2013. p. 189-219.

mão do seu direito a não autoincriminação, deve ser levado em conta a sua liberdade de escolha e a voluntariedade de sua participação na produção de determinada prova.

A norma deve conferir ao indivíduo, quando da sua inclinação a cooperar com a produção de determinada prova, o direito de agir e não somente isso, mas, também, o direito de delimitar a forma como irá agir. Caso contrário, toda prova, mesmo que possua participação do acusado e não lhe respeite a vontade em produzi-la ou manipule sua autodeterminação, deve ser reputada como ilícita.

Nota-se nas legislações tipicamente administrativizadas o perfil de sobreposição de normas para afetar a capacidade de escolha do destinatário da norma, encurralando-o a fim de que, fugindo de uma sanção administrativa, incorra em uma incriminação no plano penal. Essa é a forma que, no plano infraconstitucional, mesmo na vigência de uma Constituição garantista, as legislações têm forçado a violação, de forma velada, de um princípio fundamental tão caro ao Estado democrático de Direito.

4.2. A AUTOINCRIMINAÇÃO COMO “MELHOR” ALTERNATIVA ANTE A DUPLICIDADE DE SANÇÕES POR LAVAGEM DE DINHEIRO

Após a análise das possibilidades de duplo sancionamento em decorrência do descumprimento dos deveres de *Compliance* por parte das pessoas diretamente obrigadas pela Lei 9.613/98, da devida análise da norma sancionadora como norma de natureza penal e do conseqüente *Bis in idem* na duplicidade de sanções, e, por fim, de reflexões a respeito do princípio da não autoincriminação e da relevância deste instituto na defesa do cidadão contra a potestade acusatória do Estado, convém discorrer sobre a forma como o imbricamento normativo e o duplo sancionamento repercutem sobre a pessoa física mitigando o princípio do *Nemo tenetur se detegere*.

Conforme se verá, a ideia de reforço na persecução penal, recrudescendo as sanções administrativas e dando-as caráter de direito sancionador, acompanhadas pelas interpretações no sentido de se punir penalmente a pessoa física que atue em área sensível à lavagem de dinheiro pelo descumprimento dos deveres de

Compliance criam uma dinâmica autoincriminatória levando o indivíduo a optar pela incriminação no plano penal como alternativa menos gravosa.

4.2.1 A dinâmica autoincriminatória e o dever de comunicar operações suspeitas

Nos moldes já aduzidos, viu-se no dever de comunicar operações suspeitas um elevado grau de subjetividade, dando ao destinatário da norma, pessoa física atuante em área sensível a prática de lavagem, um verdadeiro poder policlesco e a obrigação de atuar no plano da subjetividade. Observa-se em tais obrigações, pelo seu nível de subjetividade e por todos os demais argumentos já levantados, a saber, duplicidade de sanções, sobreposição de normas de raiz penal, a criação de uma dinâmica autoincriminatória “vantajosa”, obrigando o indivíduo a abrir mão do direito de não produzir provas contra si mesmo.

Levanta-se, para uma melhor elucidação, um caso hipotético de um joalheiro, regulado pela Resolução nº. 23 do COAF. Nos moldes da aludida resolução, o joalheiro deve, conforme art. 3º³⁹¹, “avaliar a existência de suspeição nas propostas e/ou operações” e, através da análise das “partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal”, aferir a configuração de indícios dos crimes previstos na lei de lavagem de dinheiro. O art. 10³⁹² da mesma resolução estabelece que, após a análise da suspeição, aquelas operações em que constem indícios de cometimento do crimes de lavagem devem ser informadas ao COAF.

Diante de tais argumentos vislumbremos um joalheiro que após crises

³⁹¹ Art. 3º As pessoas de que trata o art. 1º devem avaliar a existência de suspeição nas propostas e/ou operações de seus clientes, dispensando especial atenção àquelas incomuns ou que, por suas características, no que se refere a partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar sérios indícios dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3.3.1998, ou com eles relacionar-se. (BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012**. loc. cit.)

³⁹² Art. 10. Adicionalmente ao disposto no artigo 9º, deverão ser comunicadas ao COAF quaisquer operações que, considerando as partes e demais envolvidos, os valores, modo de realização e meio e forma de pagamento, ou a falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar sérios indícios da ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3.3.1998, ou com eles relacionar-se. (BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012**. loc. cit.)

financeiras e poucas movimentações se depare com um cliente que resolva comprar, de forma esporádica, joias com valor alcançando média pouco abaixo do teto de R\$ 30.000,00, estabelecidos para as comunicações automáticas, nos moldes do art. 9º, inciso I³⁹³ da resolução. A situação financeira, a busca pro lucratividade, próprias das atividades de cunho empresarial, o levam a não aferir com investigação mais profunda a procedência dos valores, operando um desconhecimento intencional mesmo em meio a elevada probabilidade da origem ilícita do dinheiro, afinal, no plano comercial crítico a intenção é recobrar o fôlego financeiro. O joalheiro, portanto, opta por realizar o cadastro do cliente e mantê-lo em decorrência das diversas compras serem superiores à R\$ 10.000,00, nos moldes do art. 4º da resolução, mas não comunica as operações como suspeitas.

Em meio a um turbilhão de informações veiculadas na mídia, o vendedor de joias certifica-se de forma inequívoca que o comprador, já não mais tão frequente, é um empresário de grande envergadura, com profundo envolvimento em crime de sonegação fiscal, e se valia de operações em diversas áreas para lavar dinheiro. De pronto, duas podem ser as posturas adotadas pelo joalheiro: a) quedar-se inerte, exercendo seu direito ao silêncio e aguardando a apuração dos órgãos administrativos e judiciais; ou b) comunicar as operações, apresentando-as como suspeitas ao COAF por meio de relatório das movimentações, antes mesmo de ser notificado, a fim de responder ao requisito estabelecido na lei e afastar a multa administrativa.

No primeiro caso, o exercício do direito ao silêncio poderia levá-lo fatalmente à responsabilização no plano administrativo e a sujeição à persecução no plano criminal, podendo se ver submetido a pesadas multas de Direito Sancionador em concomitância com a pena no plano do Direito Penal. No segundo caso, por seu turno, a opção poderia significar o afastamento da sanção administrativa, contudo, o fornecimento de robustas provas para uma condenação penal pela lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual.

³⁹³ Art. 9º As operações e propostas de operações nas situações listadas a seguir devem ser comunicadas ao COAF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração: I - qualquer operação ou conjunto de operações de um mesmo cliente no período de seis meses, que envolva o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), ou equivalente em outra moeda, em espécie, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis que integrem o ativo das pessoas de que trata o art. 1º; (BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012**. op. cit. loc.)

Diante do caso hipotético, e optando o joalheiro pela segunda alternativa, questionamentos podem surgir a respeito do efetivo cumprimento do dever de *Compliance* por parte do profissional, afinal de contas ele informou as operações. Uma vez que a informação de operações suspeitas, ao contrário das operações automáticas, gozam de amplo espectro de subjetividade, as atividades são por vezes confundidas com as habituais do ramo, há confusão quanto ao prazo para informar, reivindicam constatação subjetiva do profissional obrigado, etc., há margem para se entender que o dever de *Compliance* foi cumprido.

Ocorre que, uma vez que os deveres de *Compliance* possuem a finalidade precipuamente preventiva e o fito de, mesmo que não seja o de obstar, de criar ferramentas impeditivas da ocorrência delituosa, seus objetivos, *in casu*, não foram cumpridos. O que se tem com a comunicação é a mera formalização da informação ou a simulação do cumprimento, com escopo de afastar uma pesada multa administrativa ou minorá-la, preservando, inclusive, o exercício da atividade. Há portanto o descumprimento do dever de *Compliance*, que seria aferir a suspeição das operações e comunicá-las, e a mera simulação de cumprimento ou simulacro de *Compliance* através da informação administrativa.

A simulação ao cumprimento dos mecanismos de *Compliance* foi pauta tratada pelo Conselho de Administração de Defesa Econômica – CADE³⁹⁴ em seu guia de programas de *Compliance*, evidenciando a possibilidade da ocorrência dos chamados “programas de fachada”. Malgrado se tratar de embuste no plano da pessoa jurídica, notadamente com o intuito de, no âmbito da lei anticorrupção, se valerem os entes dos programas para atenuarem as sanções em caso de condenação, a compreensão dos *sham programs* ou programas de fachada pode facilmente ser transportadas para a realidade aqui exposta, qual seja, o simulacro de cumprimento.

O objetivo da comunicação, no caso do simulacro de cumprimento dos deveres de *Compliance*, não é que se maneje uma atuação preventiva no curso da atividade com o fito de evitar o desenrolar da conduta delituosa. A lei permite, no âmbito do

³⁹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance: Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. Brasília, jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> Acesso em: 4 fev. 2018.

dever de informar operações suspeitas, que o destinatário da norma, atuante em área sensível a lavagem, burle os deveres estabelecidos e maquie o cumprimento, vindo a se incriminar no plano penal em decorrência das informações por ele mesmo prestadas.

Vislumbra-se que a comunicação nos moldes do caso hipotético explanado pode ter o condão de eliminar a sanção Administrativa ou abrandá-la, mesmo não tendo o dever de *Compliance* sido efetivado em sua essência. O artigo 11, § 2º³⁹⁵, da Lei 9.613/98 e correspondente ao art. 17 da Resolução 23, no plano administrativo, fortalece o argumento daquele que realiza o simulacro de *Compliance*. Conforme o texto em epígrafe, as comunicações devem gozar de “boa-fé”, requisito para afastar a responsabilidade civil e administrativa. A boa-fé estabelecida na norma aponta para a necessidade de os profissionais e instituições que atuem em áreas sensíveis à lavagem adotarem posturas cautelosas, com o fito de afastar abusos que viabilizem responsabilização civil e administrativas. Braga e Lima³⁹⁶ entendem como boa-fé nas comunicações o não exagero no número de notificações, a fim de que não se dificulte as investigações que efetivamente possuam indícios de lavagem, a devida cautela para que não haja prejuízo ao cliente em decorrência de denúncias infundadas e diversas do que realmente se configura como indícios de lavagem.

Contudo, mesmo com a possibilidade de afastamento das sanções impostas pela autoridade administrativa, tais informações serão utilizadas em um Relatório de Inteligência Financeira que poderá servir de substrato, inclusive, para uma investigação e denúncia no plano penal pela ocorrência do crime de lavagem de dinheiro.

Conforme Bechara³⁹⁷, o Relatório de Inteligência Financeira tem se constituído um dos principais meios de investigação no processo penal, havendo uma clara relação entre o relatório, a investigação criminal e a prova penal. Nessa trilha, é reconhecido no RIF uma natureza mista ou híbrida, sendo utilizado para

³⁹⁵ Art. 11 [...] § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. op. cit. loc.)

³⁹⁶ BRAGA, R. P.; LIMA, W. M. M. Crime de Lavagem de Dinheiro: Participação punível de agentes financeiros (funcionários) no delito de lavagem de dinheiro. **SynThesis Revista Digital FAPAN**, Pará de Minas, v. 1, n. 1, p. 94-123, out. 2009. p. 113.

³⁹⁷ BECHARA, F. R. Desafios na Investigação de Organizações Criminosas: Meios de obtenção de prova; Relatório de Inteligência Financeira. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 10, p. 159-186, 2016. p. 170-179.

fundamentar o início de uma investigação criminal, decretação de medidas de natureza cautelar, instrução no processo penal e, inclusive, como objeto valorativo nos julgamentos de mérito.

Cumprе salientar que os tribunais pátrios seguem o entendimento levantado por Bechara. O STF, no Agravo Regimental na Ação cautelar 3872 DF³⁹⁸, entendeu que o pedido de afastamento de sigilos fiscal e bancário podem ser embasados nos fatos investigados em Relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. No STJ, conforme se detrai do Recurso em Mandado de Segurança 52.677/SP³⁹⁹, há o entendimento de que as informações repassadas ao Ministério Público Federal constantes no Relatório de Inteligência Financeira não reivindicam prévia autorização judicial por não se configurarem “risco de obtenção de informações protegidas pelo sigilo fiscal” e “embora revelador de movimentações atípicas” não fornece “dados sigilosos, para além do permissivo legal”. Ainda nesse sentido, o STJ entendeu, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 45.207/PA que inexistе nulidade em denúncia oferecida pelo ministério público com supedâneo no relatório do COAF.⁴⁰⁰

Na AP 470 o relatório do COAF foi utilizado na decisão como meio de prova. Em crítica a tal entendimento, Fábio Ramazzini Bechara⁴⁰¹ entende que, *in casu*, o relatório do COAF constitui-se ato de documentação e não documento ou qualquer meio de prova. Para mais, na visão do autor, o relatório pode se qualificar como meio de pesquisa ou obtenção de prova, vez que a prova estaria no conteúdo e não no relatório.

Não obstante as análises à respeito das informações contidas no RIF e a avaliação do conteúdo como meio de prova ou argumento de prova, percebe-se que

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR: AGR. AC. 3872 DF. Relator Ministro Teori Zavaski. DJ 13/11/2015. **STF**. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9783617>> Acesso em: 3 fev. 2018.

³⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 52.677 SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ. 05/05/2017. QUINTA TURMA, **STJ**. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1596225&num_registro=201603215600&data=20170505&formato=PDF> Acesso em: 03 fev. 2018.

⁴⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 45.207 PA. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Relator p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 03/02/2015. SEXTA TURMA, **STJ**. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400293190&dt_publicacao=03/02/2015> Acesso em: 3 fev. 2018.

⁴⁰¹ BECHARA, F. R. op. cit. p. 180-182.

informações levadas até o COAF e constantes no Relatório de Inteligência Financeira, conforme visto, podem fundamentar outras medidas investigativas que levem à obtenção de informações prejudiciais à defesa do profissional e elaboradas com o seu próprio auxílio através de uma dinâmica autoincriminatória. No âmbito penal, sob alegação de implementação de filtros de cegueira, pode responder o profissional pelo crime de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual. O substrato para sua acusação são provas por ele mesmo criadas quando da prestação de informações ao COAF sobre as operações realizadas.

Aqui cabe um adendo. Pela análise da lei de lavagem de capitais e pela forma como se dispõem as obrigações nela inseridas, entende-se que a informação ao COAF, mesmo nos moldes do caso hipotético, ou seja, em simulacro, deveria figurar não apenas para o afastamento da sanção administrativa, mas, também, para que se aparte a repercussão penal. Tal percepção ocorre devido ao fato de se vislumbrar nos deveres ditos administrativos uma condicionante da ocorrência penal, típica das já citadas legislações penais administrativizadas.

Concorda-se com as colocações de Ilana Martins Luz⁴⁰² que fundamenta nesses casos o afastamento da sanção penal, haja vista que, uma vez realizada a informação pelo profissional de área sensível, atua este no âmbito do risco permitido pelo ordenamento que apenas lhe obriga a informar, não a se abster. Contudo, a própria autora percebe que, o cumprimento do dever per se não afasta automaticamente a responsabilidade penal que prescinde de uma investigação que reivindica análises à luz dos institutos penais⁴⁰³.

No mesmo sentido Saad-Diniz⁴⁰⁴ entende que no plano nacional, notadamente após o julgamento da AP 470, existe um terreno movediço quanto à observância do dever de *Compliance* e a repercussão no plano penal. De início, coloca o autor que a aludida ação penal põs em pauta a relevância penal do mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo. Pontua-se que, mesmo se tratando de decisão atinente aos dirigentes financeiros de empresa, o raciocínio aqui é aplicável porquanto evidencia que os profissionais despidos da proteção da pessoa jurídica estão ainda mais vulneráveis a tal entendimento. O sentido normativo conferido ao

⁴⁰² LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 163

⁴⁰³ Idem, *Ibidem*, p. 241.

⁴⁰⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da ação penal 470. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 9-10., jan. 2013. p. 10.

dever de informar as operações, no caso da AP 470, e transportado para a análise em comento, desencadeou interpretação duvidosa, aduzindo que “nem sempre o simples descumprimento significa prática de um delito, assim como é possível cumprir os deveres e ainda assim realizar uma conduta típica de lavagem”.

Em momento algum a lei determina que o profissional obste a ocorrência da operação, abstenha ou recuse as movimentações ou deixe de receber os valores que sejam objeto de lavagem. O dever em análise consiste tão somente em comunicar as operações suspeitas. Malgrado a lei estabelecer no § 2º, I⁴⁰⁵, entendido como passível de imputação por dolo eventual, que quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal” incorre no crime de lavagem de dinheiro na forma equiparada, a lei e a praxe deixa transbordar o entendimento de que a nocividade não está na “utilização”, mas, na utilização sem a devida comunicação.

Afinal de contas, nos moldes da boa-fé, nem o suspeito pode ser prejudicado com ações desarrazoadas, nem pode saber da comunicação realizada ao COAF, conforme art. 11, inciso II⁴⁰⁶. Presume-se que a operação ou operações devam se processar, não sendo obstadas ou informadas ao suspeito, desde que comunicadas ao COAF. Nesse sentido, em análise facilmente aplicável às pessoas físicas, o Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 0121488-35.2008.8.26.0100⁴⁰⁷, decidiu pela responsabilização de instituição financeira que estornou valores de um cliente em decorrência da suspeita de lavagem nas transações bancárias. Nos termos do acórdão, as transações bancárias que possam enquadrar-se nas situações tipificadas na lei de lavagem de dinheiro devem ser comunicadas à autoridade competente para que tomem as providências necessárias e não obstaculizadas, como no caso do estorno indevido da quantia depositada na conta corrente do autor. Restringe-se, portanto, a atividade daquele que atua em

⁴⁰⁵ I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. op. cit. loc)

⁴⁰⁶ II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (BRASIL. **Lei 9.613 de 3 de março de 1998**. op. cit. loc)

⁴⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 0121488-35.2008.8.26.0100. Apelantes Santander Brasil S/A e Banco Bradesco S/A. Apelado: Flavio Heloany Ferreira Viana. Relator Desembargador Jose Reynaldo. São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_1214883520088260100_SP_1337370867269.pdf?Signature=xYyaxDBKaHNKOoFTshPFQmIRu3Y%3D&Expires=1526775898&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e6f5bb61fe5157c40679dcc650d31d29> Acesso em: 4 fev. 2018.

área sensível apenas à comunicação, sob pena de, agindo em sentido contrário, ser responsabilizado.

Em que pese tal entendimento explanado, conforme exposto, o profissional do caso hipotético potencialmente responderá pela lavagem de dinheiro aplicando-se a teoria da cegueira deliberada, que, conforme se sabe, no plano nacional, é equiparada ao dolo eventual. Renato de Mello Jorge Silveira⁴⁰⁸, valendo-se das decisões proferidas no âmbito da operação Lava Jato, já alerta para o fato de que na realidade nacional isso se torna um risco dogmático. A aludida operação, quando da aplicação da teoria da cegueira deliberada, reduz tão complexo instituto a noção de um “mero fechar de olhos” há muito já abandonada nos países de *common law*. Não implementa-se uma análise acurada dos mínimos requisitos para a aplicação, a saber, “o necessário conhecimento da presença de uma alta probabilidade de ocorrência danosa”. Conforme o autor, no cenário pátrio é inviável a equiparação da teoria da cegueira deliberada com o dolo eventual, notadamente em relação a lavagem de dinheiro. Contudo, diante da aceitação de tal possibilidade, conforme se extrai do atual cenário nacional, “tudo, simplesmente tudo, poderia ser enquadrado, de alguma forma, como situação de cegueira, em algum momento, deliberada.”

Diante desta conjuntura, e conforme já visto que as sanções administrativas podem por vezes ser mais severas que as penais, *i. e.*, substituição de pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito quando ausentes causas de aumento e agravantes e a pena for inferior a 4 anos, mais vantajoso para o profissional que atua em áreas sensíveis à lavagem de dinheiro e se vê em situações como a levantada fornecer as informações através do simulacro de *Compliance*, fugir das multas administrativas e, constituindo provas contra si mesmo no plano criminal se ver punido nesta seara com penas mais brandas.

O mesmo raciocínio acima exposto vale para aquele que de forma dolosa descumpre os deveres de *Compliance*, podendo ser incriminado como cúmplice no crime de lavagem em decorrência da ocultação, nos moldes já estabelecidos nesse trabalho. Afinal, para aquele profissional que atua dolosamente, não informando as operações com o fito de ocultar a lavagem, melhor é, após a realização de diversas movimentações de dinheiro negro, simular o cumprimento alegando ter atestado a

⁴⁰⁸ SILVEIRA, R. M. J. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280., ago. 2016. p. 277-278.

suspeição nas transações e se incriminar no plano penal, com a vantagem de afastar a mais nociva pena administrativa. Ademais, se considerado o dever de garantia por parte do profissional, percebe-se no simulacro de cumprimento, após reiteradas omissões na comunicação de operações suspeitas, uma fachada para afastar a sanção administrativa mas, assim como nos casos supra, constituir prova no plano criminal em caso de eventual persecução.

Nas operações de conteúdo expresso, desprovidas de elevado grau de subjetividade, como os deveres de registro, comunicação de operações automáticas, fornecimento de informações quando solicitado, em decorrência de serem as determinações, as formas e o tempo quanto ao cumprimento estabelecidos de maneira clara, há o afastamento da hipótese de simulacro de cumprimento e da violação do *Nemo tenetur se detegere* ora narrado. A título de exemplo, uma vez descumprido o prazo de 24 horas para informar uma operação acima de R\$ 30.000,00, não há como, após este lapso temporal, forjar sua observância.

Estas operações, apesar de não se vislumbra a dinâmica autoincriminatória aqui criticada, não escapam a análise da nocividade da sobreposição de normas, pois, no descumprimento de tais disposições, a exemplo do dever de informar operações automáticas, o profissional da atividade sensível que assim procede, estaria, também, eventualmente sujeito às imposições de Direito Sancionador e Direito Penal, portanto, sofrendo penas desproporcionais.

Ademais, em tais casos, percebe-se que a prestação de informações não ofende a autodefesa do profissional que exerce habitualmente sua atividade sem nenhum vínculo com a lavagem de dinheiro ou viola o exercício do direito ao silêncio, não obstante transparecer a lógica controladora e atuarial que mitiga direitos, notadamente o de sigilo profissional. Somado a isso a tais críticas, entende-se que a comunicação das operações automáticas, a manutenção do registro, etc., corrobora para demonstrar o caráter simbólico da legislação de lavagem de dinheiro em relação aos deveres de *Compliance* impostos às pessoas físicas.

Explica-se. A lei que supostamente foi formulada para um combate mais incisivo à lavagem de capitais enseja a interpretação de que um profissional, no exercício de sua atividade, pode realizar operações com alguém que sabe ser lavador e tranquilamente informar todas as operações sem que lhe seja imputada responsabilidade penal. Compete ao COAF, e não ao profissional, proceder com as

apurações e procedimentos administrativos devidos. Como já exposto, a lei reivindica que o profissional de área sensível informe, cadastre e mantenha registro, não que impeça a operação. Se a pessoa física destinatária da norma negocia e opera, informando corretamente, mesmo contribuindo para a lavagem de dinheiro, pode-se considerar incurso em conduta neutra⁴⁰⁹ ou no plano do risco permitido.

Retornando à dinâmica autoincriminatória das operações suspeitas, aqui cabe o transporte de algumas críticas tecidas à delação premiada. Premia-se, *in casu*, a traição⁴¹⁰. Ao contrário da delação premiada, não há o prêmio ao traidor dos comparsas ou partícipes, mas o prêmio à traição de direito próprio, forçada pela dinâmica punitiva. Permite-se que penalmente se imponha uma pena mais leve no âmbito penal e se afaste a sanção administrativa daquele que mutile o direito que lhe assiste de não produzir provas contra si mesmo.

Malgrado a ciência de que os Direitos fundamentais elencados no texto constitucional não possuem valor absoluto, não pode a lei estipular mecanismos que influam no afastamento e mitigação de garantia inerente à defesa. O que se vê é o retorno às práticas inquisitoriais, nas quais se trocava o direito de silenciar ou de não contribuir ativamente para a própria condenação pelo afastamento de uma pena mais severa. Na verdade, reflete-se o ataque às garantias inerentes à defesa e a sinalização de um tormentoso retrocesso.

4.2.2 Reprimenda de Direito Sancionador e Direito Penal sobre mesmo fato: evidência da administrativização e simbolismo penal

Entende-se, então, que lei de lavagem de capitais, através da imposição de

⁴⁰⁹ Na lição de Luis Greco condutas neutras são “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais. Tudo aquilo que, num primeiro contato, superficial, é verdade, pareça irrelevante para o Direito Penal, tenha um aspecto inocente, inofensivo, seja dotado daquela aura angelical do que é socialmente adequado, tudo isso será uma ação neutra. E proporemos também uma regra de decisão para casos de dúvida: os casos de dúvida também podem ser tidos como casos de ações neutras. Poderíamos, assim, reformular a definição dada de forma a compreender tanto a regra geral quanto a regra para o tratamento de casos duvidosos numa única formulação: ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis” (GRECO, L. **Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110)

⁴¹⁰ Conforme Rômulo de Andrade Moreira “é tremendamente perigoso que o direito positivo de um país permita, e mais do que isso, incentive os indivíduos que nele vivem à prática da traição como meio de obter um prêmio ou um favor jurídico” (MOREIRA, R. A. A institucionalização da delação no direito positivo brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 49, p. 05-06, dez. 1996. p. 5.)

responsabilização penal e sancionadora de forma sobreposta, atua de maneira corrompida, administrativizada e simbólica demonstrando a influência desmedida do ambiente econômico através das rotulações de novos bens jurídicos e do ingresso das lógicas atuariais sobre o sistema criminal a ponto de desorganizar e imbricar as normas punitivas constantes aludido no diploma legal, mitigando inclusive princípios e garantias fundamentais.

Outra grave situação, e que aqui se opõe, em relação à sobreposição das normas incidindo sobre o mesmo fato e supostamente ampliando o espectro protetor, é a falsa alegação de que se tratam de dispositivos que tutelam interesses distintos e violados pela mesma conduta, amparados pela independência das instâncias administrativa e penal.

Como consequência da justaposição de normas de raiz penal sobre um mesmo destinatário, se observa a violação gradual do princípio da não autoincriminação. Conforme assevera Gloeckner e Da Silva⁴¹¹, a perversidade do mecanismo punitivo se evidencia quando a formação de camadas jurídicas de normas viabiliza a renúncia a um direito indisponível em prol do afastamento de uma sanção camuflada de “administrativa”.

A crítica a administrativização do Direito Penal e de sua utilização em conjunto com o Direito Sancionador alcança todas as formas de manifestação daquele ramo punitivo que objetivem a tutela de bens coletivos. As normas de Direito Administrativo por vezes condicionam a incidência da norma penal e, nos termos já explicitados nesta dissertação, impõem sanções que chegam a superar o rigor das penas no plano criminal.

Em crítica à administrativização do Direito Penal e a sobreposição de normas dela decorrente, tecida no plano da legislação penal ambiental mas facilmente transportável para a análise da lavagem de dinheiro em curso, Luis González Guitián⁴¹² entende que tais legislações constituem um ambiente extremamente controverso. Nesse sentido, vejamos:

⁴¹¹ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 160-161.

⁴¹² GONZÁLEZ GUITIÁN, L. Sobre la accesoriidad del Derecho Penal en la protección del ambiente. In: **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, t. XIV, p.109-135, 1991.

A normativa de proteção ambiental constitui um *mare magnum* de difícil navegação: um número muito elevado – e que só faz aumentar – de normas de toda classe se acumulam, se entrelaçam e se superpõem em uma rede que pretende ser protetora e que, apesar de tudo, se mostra incoerente e incompleta. A acessoriedade do Direito Penal na proteção do ambiente se constrói, assim, sobre uma base instável, o que, como é lógico, repercutirá na hora da (in) aplicação do preceito.⁴¹³

Esse ambiente movediço e propenso a ineficiência da norma pode claramente ser relacionado ao caráter simbólico que o Direito Penal, na tutela desses novos bens e com legislações ditas mais eficazes no combate a nova criminalidade, passa a adquirir.

Conforme Gamil Foppel⁴¹⁴, a função simbólica serve de apelo ao aspecto imaginário das pessoas, dando de forma ilusória a “tão sonhada e almejada segurança”. O simbolismo liga-se diretamente a criação de novos bens jurídicos e a expansão do Direito Penal e objetiva incutir na compreensão dos indivíduos uma visão de controle e segurança. A consequência desse simbolismo, conforme salienta o autor, e em consonância com os argumentos aqui defendidos, é o prejuízo dos próprios cidadãos que têm suas garantias violadas “em nome de um ‘direito’ penal que nada assegura”.

As lógicas atuariais se somam a todas as distorções sofridas pelo Direito Penal. Com base em dados econômicos firmados em ideais de eficiência e colaboração entre o público e o privado, percebe-se que a intenção na verdade é exercer o controle de áreas interessantes à economia mediante a sensação de segurança supostamente fornecida pelo recrudescimento punitivo.

A inobservância dos deveres de *Compliance* e seus desdobramentos punitivos trazem em si a efetivação das lógicas atuariais e gerencialistas, maximizando o fenômeno da administrativização do Direito Penal e do controle por meio de dados

⁴¹³ Texto no original: “la normativa de protección ambiental constituye un *mare magnum* de muy difícil navegación: en muy elevado número – que no hace más que crecer- normas de toda clase se acumulan, se trenzan y se superponen en una red que pretende ser protectora y que, pese a todo, sólo es incoherente e incompleta. La accesoriedad del Derecho penal em la protección del ambiente se construye así sobre una base inestable, lo que, como es lógico, repercutirá a la hora de la (in) aplicación del precepto.”

⁴¹⁴ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e Suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

estatísticos. Se verifica o alargamento do controle punitivo e administrativo incidindo sobre as áreas econômica⁴¹⁵.

O atuarismo e as logicas gerencialistas e segregadoras dele advindas, outrora ligados às análises da criminalidades de rua, atualmente se dispõem a demonizar a lavagem de capitais e outros crimes econômicos. Os demônios foram mudados mas o etiquetamento em si permanece o mesmo. A definição dos “inimigos”, conforme pontua Gamil Föppel El Hireche⁴¹⁶, legitima a base teórica da estrutura de poder e é utilizada como justificativa para a limitação e violação de garantias aos direitos individuais.

Em conjunto com as lógicas mercadológicas e gerencialistas trazidas pela inserção de análises econômicas da criminalidade estão as práticas de democratização de riscos, que mitigam o monopólio estatal na persecução da criminalidade e denunciam a evidente falência pública na criação de mecanismos idôneos de contenção dos novos riscos sociais.

Conforme O'Maley⁴¹⁷, a inserção de racionalidades políticas neoliberais na análise da criminalidade acabaram por desencadear a necessidade de supostamente restaurar a posição central dos indivíduos. Cria-se, então, um “novo prudencialismo”⁴¹⁸, com uma população dependente, e a iniciativa privada gradualmente responsável pela gestão dos riscos, desencadeando a responsabilização dos indivíduos em caso de inobservância. Difunde-se a ideia de prevenção em vez de retribuição moral após o evento.

Essa nova “estratégia de responsabilização” impõe e delega responsabilidades na prevenção criminal antes atreladas apenas ao Estado. Impõe-se a compreensão de que o combate ao crime não se exerce mais apenas pelos organismos estatais, mas com a participação de mecanismos privados. Assim se opera o que David Gerland⁴¹⁹ chama de “manutenção da ordem da comunidade” ou “manutenção da ordem de participação. Dito de outro modo, identifica-se quem pode atuar em

⁴¹⁵ GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014. p. 165

⁴¹⁶ HIRECHE, G. F. E. 2005. op. cit. p. 32

⁴¹⁷ O'MALLEY, P. Governmental Criminology. In: MCLAUGHLIN, E.; NEWBURN, T. (Eds.). **The Sage Handbook of Criminological Theory**. Sage: London, Forthcoming. 2009. p. 11.

⁴¹⁸ No original “new prudentialism” (O'MALLEY, P. op. cit. p. 11)

⁴¹⁹ GERLAND, D. As contradições da “Sociedade Punitiva”: O caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba. n. 13, p. 59-80, nov. 1999. p. 67-68.

controle do crime e inventa-se formas de obriga-lo a assim proceder.⁴²⁰

Essa estratégia amplia os tentáculos do Estado mediante o controle difuso, e responde às exigências centralizadoras do Poder Público. Contudo, em contrapartida, esse mecanismo controlador se opõe a noção de *Welfare State*, minora significativamente os direitos sociais de cidadania, diminui as atribuições dos serviços públicos e amplia a já criticada influência mercadológica sobre aspectos fundamentais do bem estar da população, notadamente, os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a representação dos Direitos e da igualdade tem limitada atuação e a relação política entre destinatário da norma e Estado é trocada por uma avença de caráter econômico. Reduz-se a dependência do Estado, mas de outra banda vislumbra-se a submissão ao capital privado⁴²¹.

Daí por se dizer que os mecanismos constantes na lei de lavagem de dinheiro são exemplos claros da corrupção ou alopoiese e do simbolismo da legislação penal. As racionalidades estranhas ao Direito Penal são utilizadas a pretexto de maior segurança, solapando garantias e fazendo prevalecer os interesses econômicos em detrimento das garantias individuais. Não se vislumbra uma diminuição da criminalidade que se objetiva atacar, antes, o acréscimo da delinquência vem acompanhado pela descrença na efetividade do Direito Penal.

O desiderato precípua é, através dos deveres de cumprimento, da sobreposição de normas, da inserção de responsabilizações “administrativas” e dos discursos de integração de esforços no combate à criminalidade, encurralar o destinatário da norma, prestador de atividade economicamente interessante ao Estado, *ex.vi*, joalheiro, contador, advogado, corretor de imóveis, etc., a fim de que os tentáculos Estado estejam sempre controlando à distância as áreas ditas

⁴²⁰ Nesse sentido, imperativo consignar as análises de Gloeckner e Da Silva: “Nesse rumo, desenvolve-se uma nova forma de gestão do crime a partir da estratégia de transferência de responsabilização, segundo a qual se delega a responsabilidade do controle a grupos e indivíduos, de modo que o Estado, em alguns setores, não mais atua diretamente contra o crime (com polícia, tribunais, prisões, etc.), senão de forma indireta, preventivamente, com apoio de organismos e organizações não estatais. Trata-se de uma nova ética ou de um mandamento ético⁶⁰ que se alastra segundo o regime de governança cujo interesse estratégico não é outro senão o de formar uma cultura compliance e, conseqüentemente, ampliar o controle econômico. É justamente disso que se trata, pois dirão alguns autores que “a cultura é o elemento mais eficaz de orientação e controle da conduta de indivíduos e de organizações.” Eis que, com isso, delineia-se uma tentativa forçada de se instaurar uma cultura delirante da administração da vida social em nosso contexto, tal como um significativo mestre que instaura uma nova ordem pela força e pela violência. E nada obstante, o próprio aparelho judiciário assume cada vez mais uma função reguladora, como já previra Foucault.” (GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. op. cit. p. 164)

⁴²¹ GERLAND, D. op. cit. p. 69-70.

sensíveis a lavagem mas, necessariamente interessantes ao mercado. A intenção de punir penalmente é limpidamente secundária e o Direito Penal se afigura como um mero símbolo à medida que, conforme já explanado, há possibilidade de, mitigando o direito ao silêncio, fugir da sanção administrativa e negociar benefícios no plano penal.

O que se quer é reforçar no ideário popular a convicção de que o Direito Penal é a solução eficaz para todos os males sociais, e para tanto, necessário também se faz a sua junção com outros ramos punitivos a fim de satisfazer a sensação de segurança diuturnamente reivindicada na sociedade de risco.

4.3 PROPENSAS ALTERNATIVAS PARA O DEBATE

Em face das distorções apresentadas nas legislações penais que tutelam a ordem econômica, notadamente na lei nacional de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) e das violações que a administrativização do Direito Penal tem ocasionado à dogmática penal e a garantias fundamentais por intermédio da sobreposição de normas de raiz penal, notadamente ao direito contra a autoincriminação, torna-se questionável a permanência da tutela penal do delito em testilha.

Robustecendo as críticas à legitimidade do Direito Penal, o simbolismo que a norma exara é patente, prestando-se a satisfazer aos anseios securitários, como se o recrudescimento de punições ou a justaposição de normas penais fosse o método mais viável para a redução da criminalidade, seja qual a sua forma de manifestação. Daí o porquê de a proposta de Hassemer se mostrar tão atual e de imprescindível análise como instrumento de contenção do Direito Penal a um núcleo mínimo.

4.3.1 Autonomia do Direito Sancionador na tutela da lavagem de dinheiro

Diante das críticas e distorções ocasionadas ao Direito Penal na tutela de novos bens jurídicos incorpóreos, nos quais se enquadra a legislação de lavagem de dinheiro, conforme já exposto, o Direito de Intervenção, fundamento do Direito Sancionador, afigura-se como mecanismo de contenção a expansão penal e de

tutela mais efetiva aos novos interesses. Miguel Bajo Fernández⁴²² vê a figura delitiva de lavagem de capitais como inoportuna, desnecessária e perturbadora, respondendo a mentalidade de uma classe burocrata alicerçada em organismos como a GAFI que “confunde os fins preventivos, políticos e policiais na luta contra a criminalidade organizada com a função do Direito Penal”.

Não obstante já ser atestada a incoerência da tutela penal da conduta perpetrada pelo lavador quando em atuação direta da prática de lavagem, porquanto outros meios de repressão configuram-se mais aptos, percebe-se que em relação ao profissional atuante em área sensível a lavagem o Direito Sancionador é convocado a punir, em conjunto com o Direito Penal, o profissional envolvido que potencialmente se verá submetido a reprimenda maior do que aquele que diretamente comete o delito.

Indo mais além nas críticas tecidas às legislações de lavagem de dinheiro, entende Bajo Fernández que a solapam delitos relativos ao comportamento pós delitivo, a saber, encobrimento e receptação e se mostra totalmente dependente, por isso seu caráter perturbador, do delito base, não podendo razoavelmente estabelecer com concretude o bem jurídico protegido. Ademais, a tutela penal do branqueamento de capitais, na visão do autor e conforme já levantado na presente dissertação, responde a um Direito Penal expansivo, incompatível com um Estado liberal, porquanto impõe deveres positivos aos destinatários da norma, obrigando-os a fornecer informações que podem, inclusive, dificultar as suas atividades econômicas⁴²³.

Com a tutela penal da lavagem de capitais há ao menos dois erros nítidos. Em primeira mão, passa-se a acreditar que as medidas penais são mais eficazes que as Sancionadoras na luta contra a delinquência. De outro plano, concebe-se o Direito Penal como um mecanismo ideal para acabar com a conduta delituosa⁴²⁴.

A utilização de tipos penais imprecisos ou ambíguos é um fato recorrente no Direito Penal Econômico, simbólico e típico da sociedade de risco, reivindicando a contextualização com normas externas ao texto de lei. O que se nota é que há uma

⁴²² Conforme texto original: “confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho penal.” (BAJO FERNÁNDEZ, M. *El Desatinado delito de blanqueo de capitales*. In. _____; BACIGALUPO SAGGESE, S. (Org.) **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 12.)

⁴²³ BAJO FERNÁNDEZ, M. op. cit. p. 12.

⁴²⁴ Idem, *Ibidem*. p. 15

dificuldade de compreensão relativa aos assuntos tutelados, agravada pela dinamicidade da realidade econômica na era da globalização o que leva a produção desenfreada de tipos abertos.⁴²⁵

Não apenas esse afigura-se um problema típico deste ramo jurídico, uma vez que, para o Direito Penal Econômico o bem jurídico protegido seria tão importante que a simples causação de perigo já demandaria uma verdadeira lesão ao que se busca resguardar. Daí percebe-se a ocorrência frequente dos crimes de perigo abstrato, de mera conduta, infrações omissivas próprias ou puras, passando ao largo do princípio da ofensividade, postulado basilar do Direito Penal liberal. Legitima-se toda proteção em nome do risco e da simbólica segurança⁴²⁶.

Os crimes de perigo abstrato são largamente encontrados nas legislações cujo fito é a tutela penal do sistema econômico, não sendo, portanto, restrita a Lei 9.613/98. No Brasil, a Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), bem como a Lei 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo) e a Lei 6.385/76 (acrescido pelo artigo 5º da Lei nº 10.303/01 – uso indevido de informação privilegiada) trazem vários dispositivos nesse sentido⁴²⁷.

A construção dos crimes de perigo abstrato, típica da sociedade de risco, representa uma criminalização relativa a um momento prévio a uma lesão. A tipificação econômica configura-se, nessa senda, uma categoria de Direito Penal de perigo⁴²⁸.

Ao apontar a inadequação e ilegitimidade do Direito Penal para tutelar a ordem econômica, notadamente a lavagem de capitais, objeto do presente trabalho, não se

⁴²⁵ Importante distinguir “tipos penais abertos” de “leis penais em branco”. Na lição de Souza “Portanto, as leis penais em branco não se tratam de tipos abertos, pois estes últimos não são hipóteses de técnica legislativa, mas sim disposições cujo “complemento” (valorização!) é produzido pelo juiz por meio de um juízo de valor, enquanto que nas leis penais em branco se exige o preenchimento do tipo à partir de outros dispositivos, de modo que para a sua realização remete-se à outras disposições jurídicas (remissão interna e externa) ou atos administrativos face à imprecisão do conteúdo do tipo. Em outras palavras, para concretizar a norma da lei penal em branco, o intérprete precisa recorrer a estas disposições, sem as quais não se torna possível, pois elas limitam as margens de espaço de decisão” (SOUZA, L. A. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica**. 202 fl. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 66-69)

⁴²⁶ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 61.

⁴²⁷ SOUZA, L. A. op. cit. p. 66

⁴²⁸ Idem, *Ibidem*, p. 67

pretende, contudo, a exclusão radical do Direito Penal do rol dos mecanismos a do controle dos riscos na sociedade moderna⁴²⁹. Selma Pereira de Santana, a respeito de uma intervenção penal “moderada ou judiciosa”, que o Direito Penal somente pode atuar como interventor, onde se constatem “lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e a realização da personalidade de cada homem⁴³⁰”.

A adoção autônoma do Direito Sancionador, dando-lhe a verdadeira instrumentalidade do Direito de Intervenção, objetiva obstar a função simbólica e tecnocrática adquirida pelo Direito Penal, dado, na tutela de novos bens, a cumprir a função de modificar a realidade observada pelos espectadores e não a situação de fato. Cria-se no público uma sensação de segurança e de confiança nas frágeis instituições estatais. Nesse plano, as funções simbólicas do Direito Penal tendem a prevalecer ante as funções instrumentais. É daí que advém a intenção de Hassemer em dar autonomia a um novo ramo jurídico para tutelar os novos interesses e obstar as distorções do Direito Penal, a saber, a busca por um equilíbrio entre a realização das funções simbólicas e instrumentais do Direito Penal⁴³¹.

Direito Sancionador, ramo jurídico intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com princípios e garantias extraídas, inclusive, do Direito Penal, afigura-se como instrumento menos gravoso para tutelar os novos riscos, máxime os delitos relativos à ordem econômica, em decorrência do afastamento da pena de prisão e do respeito à diversas garantias constitucionais. Esse ramo jurídico, ao tutelar à ordem econômica, deve por consequência racional afastar a incidência do Direito Penal sob a mesma situação fática, sob pena de violação de princípios e garantias constitucionais protetoras do indivíduo, em especial, o princípio da não autoincriminação.

Diante do cenário autoincriminatório incidente sobre os profissionais das áreas sensíveis, narrado e vislumbrado na lei de lavagem de dinheiro, têm-se que o afastamento do Direito Penal da tutela da lavagem de capitais, abrindo mão para uma efetiva proteção por parte do Direito Sancionador, se afigura a forma mais

⁴²⁹ HIRECHE, G. F. E., op. cit. p. 277.

⁴³⁰ SANTANA, S. P. **A justiça restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos.** Revista do Ministério Público Militar, Brasília. v. 36, n. 21. p. 15-48, abr. 2010. p. 21-22.

⁴³¹ BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24., jan./mar. 1994. p. 22.

efetiva de resolução das distorções observadas.

Não se pode olvidar da existência de alternativa diversa, inclusive vislumbrada pela jurisprudência internacional. A título exemplificativo, o precedente firmado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos já seguiu o entendimento de que resta proibida a posterior utilização em processo penal por parte das autoridades dos resultados advindos de informações prestadas no plano administrativo e obtidas de forma coativa ou mediante imposição de sanções. Com isso, conforme tal precedente, não seria, *per se*, violação ao direito de não autoincriminação a prestação de informação, mas, apenas a posterior utilização em processo penal para obtenção de uma condenação⁴³².

Venia concessa, vê-se nessa medida um mero paliativo atacando os efeitos sem incidir sobre a causa. Sana-se, aparentemente, uma distorção, sem, contudo, atentar para todas as demais aqui elencadas, a saber, a desproporcionalidade nas sanções, a administrativização do Direito Penal, o simbolismo e o caráter não efetivo do qual tem sido dotada a legislação de lavagem de dinheiro.

Sobre a relevância do Direito de Intervenção, fundamento do Direito Sancionador, premente colacionar as palavras de Gamil Föppel El Hireche:

De fato, o Direito da Intervenção é um direito sistematizado, em que não se pode falar em um sem-número de infrações soltas. Malgrado tenha menos garantias que o Direito Penal, ele conserva as garantias fundamentais, consoante já demonstrado. E, mais importante do que tudo isso, o Direito da Intervenção não usurpa, do Direito Penal, os bens que lhe são próprios. Para os bens tradicionais – vida, patrimônio, honra, costumes – as garantias tradicionais. Para os novos bens, que escapam à seara penal, as novas determinações do Direito da Intervenção.

O Direito Sancionador, contudo, não está imune a críticas. Dentre os posicionamentos contrários, tem-se o argumento de que o Direito Sancionador ensejaria o Direito Penal de classes, direcionando a pena de prisão apenas para os delitos comuns e cometidos por excluídos e marginalizados sociais⁴³³. Seria, portanto, o Direito de Intervenção um ramo jurídico criado para conceder privilégios para determinadas classes, a exemplo dos criminosos econômicos, e segregar a

⁴³² SANGUINÉ, O. Os Direitos Fundamentais das pessoas Jurídicas no Processo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. v. 2, n. 2, p. 23-71, 2014. p. 44.

⁴³³ DONINI, M. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudio de derecho penal**. Lima: Ara, 2010. p. 385.

sanções penais severas os criminosos menos favorecidos pela persecução estatal.⁴³⁴

Ainda nesse sentido, Schünemann⁴³⁵ entende que os preceitos propugnados pela Escola de Frankfurt e defendidos por Hassemer no seu modelo de Direito de Intervenção adotam uma funcionalidade individualista ao afastar da tutela penal os bens coletivos. Corroborando com essa proposição, Bottini⁴³⁶ salienta que a compreensão de proteção distinta a depender do bem jurídico tutelado, voltaria o Direito Penal para a delinquência tradicional enquanto afastaria sua incidência das classes mais abastadas.

Malgrado tais posições, concorda-se com as afirmações levantados por Hireche que entende existir uma reivindicação pelo abandono do Direito Penal na tutela de determinados bens não pela qualidade do sujeito, mas por critérios de distinções que considerem fatos e consequências no plano jurídico. O que, ao ver do autor, gera o Direito Penal de classes é a busca por parte do Direito Penal em tutelar bens jurídicos não afetos à dogmática penal tradicional⁴³⁷. A intervenção do Direito Sancionador, na concepção de Hassemer, ocorre conforme o bem jurídico tutelado e não pela seleção do autor da conduta desviada.

Ademais, com o afastamento da pena de prisão e possibilidade de flexibilização de garantias, foge-se do ideário popular de que apenas o encarceramento resolve a demanda por segurança e contenção de riscos. Medidas de precaução e antecipação da tutela, concebíveis à luz do Direito Sancionador.

Ainda em reforço a flexibilização dos procedimentos, por ser aplicada a sanção através de agentes administrativos, podendo ser revistas pelo judiciário, restam afastadas as exigências relativas à jurisdicionalidade, conferindo maior celeridade nos procedimentos. Respeita-se, inclusive, a tipicidade, não afeta ao Direito Administrativo, mas presente no Direito Penal. Contudo, aqui, restaria este instituto

⁴³⁴ TOMILLO, M. G. **Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo**. Espanha, Aranzadi, 2008. p. 42-43.

⁴³⁵ SCHÜNEMANN, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. n. 1, p. 187-218, 1996. p. 206.

⁴³⁶ BOTTINI, P. C. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

⁴³⁷ HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005. p. 378.

flexibilizado, comportando interpretação extensiva e permitindo que o intérprete complemente o alcance dos tipos infracionais⁴³⁸.

Outro argumento que pode soar como crítica ao Direito de intervenção na tutela de novos bens diz respeito a este ramo jurídico figurar como um Sistema Penal Paralelo. Zaffaroni e Batista⁴³⁹ vislumbra o risco de o poder punitivo exercido pelo sistema penal ser transposto para instâncias com funções e racionalidades diversas, tecendo uma rede punitiva exercida por “sistemas penais paralelos”. Nesse contexto, expõem os autores:

E mais: é comum o discurso penal legitimar esses sistemas penais paralelos como alheios ao Direito Penal (elementos negativos do discurso), com o que acaba sendo o único discurso de programação do exercício de um poder cuja estratégia implica reduzi-lo, na contramão do que buscam todos os discursos de poder e todas as corporações existentes.

Nas colocações de Hireche⁴⁴⁰, malgrado ser pertinente a preocupação de Zaffaroni e Batista, elas não são aplicáveis ao Direito de Intervenção, uma vez que, a transferência de matéria punitiva criticada pelo autor se dá pelo transbordar do Direito Penal para outras áreas sem a respectiva transferência de garantias. Garantias como a legalidade, *Non bis in idem*, anterioridade, nas colocações do autor, são devidamente asseguradas pelo Direito Administrativo Sancionador. Ainda nesse sentido, expõe o autor:

Convém esclarecer alguns pontos. Inicialmente, releva notar que há diferenças significativas entre Direito Penal e direito sancionador. Diferenças entre as possibilidades de atuação, entre os princípios, entre os limites. As diferenças são, verdadeiramente, estruturais. Estas diferenças, com efeito, conduzirão à aplicação de sanções de forma efetiva para comportamentos desviantes, motivando comportamentos dentro da legalidade, sem que haja violações às garantias penais clássicas e sem que se recorra às agruras da intervenção penal. Com as devidas licenças, percebe-se, nas palavras de Zaffaroni, uma tendência a relegitimar, forçosamente, a intervenção penal. Com efeito, ao criticar os sistemas penais paralelos, aduzindo não terem as mesmas garantias que o Direito Penal, a alternativa viável seria permitir, então, que o tratamento continuasse a ser dispensado pelo Direito Penal, com todas as suas agruras e problemas.

⁴³⁸ HIRECHE, G. F. E. op. cit. p. 373-389.

⁴³⁹ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. et al. **Direito Penal brasileiro – primeiro volume: teoria geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p.69-70.

⁴⁴⁰ HIRECHE, G. F. E. op. cit. p. 403-406.

Assim, cremos que o receio de Zaffaroni e Batista bem como a preocupação de toda a coerente doutrina penal quanto a possibilidade de se existirem setores penais atuando em paralelo ao Direito Penal deve soar contrário ao Direito Sancionador todas as vezes que, assim como na legislação de lavagem de dinheiro, este ramo jurídico for convocado não como um “sistema penal paralelo”, mas para a realização de uma tutela justaposta de normas com racionalidades penais, mitigando garantias, impondo penas desproporcionais e, contra a capacidade de autodeterminação do indivíduo, o dever de incriminar a si mesmo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

- 1) O protagonismo na repressão à lavagem de dinheiro é assumido pelos países ricos, a exemplo dos Estados Unidos, dotados de estruturas e mecanismos altamente desenvolvidos para a aplicação de suas leis. Em decorrência disso, a centralização da prática de lavagem volve-se para países de regulamentação menos rígida, prejudicando indiretamente a economia e reduzindo o crescimento das grandes potências. Essa conjuntura enseja uma pressão política exercida pelas economias mais avançadas sobre as de menor poder. No plano nacional, a Lei 9.613/98 prestou-se a atender as reivindicações internacionais relativas ao combate à lavagem de dinheiro.
- 2) Após as diretivas estabelecidas em Viena o Brasil, através do decreto 154/91, promulga a Convenção contra o tráfico ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas. A Lei 9.613/98 surge como lei de segunda geração, tendo um rol de crimes específicos antecedentes ao branqueamento.
- 3) A lei cria como mecanismo de combate à lavagem, além de tipificações penais, deveres administrativos, ampliados pela Lei 12.613/98, e deixa a cargo do Conselho de Atividades Financeiras (COAF), a responsabilidade de receber informações de áreas sensíveis a prática de lavagem de dinheiro e proceder com apurações no plano administrativo.
- 4) Além do COAF, os órgãos de fiscalização próprios da atividade passam a regulamentar os deveres a serem seguidos na prevenção dos crimes de lavagem.
- 5) Atreladas as legislações de lavagem evoluem os mecanismos denominados de *Criminal Compliance*, termo que denota cumprimento de diretrizes e ações de conformidade, firmado na noção de democratização dos riscos e prevenção da criminalidade empresarial.

- 6) A empresa ou profissional que objetive a evitação da responsabilização penal e a minoração dos riscos, com o escopo de preservar a sua imagem e credibilidade, estabelecerá uma gama de comportamentos a serem exigidos dos colaboradores.
- 7) Malgrado o entendimento de que o Direito Penal supera um paradigma volvido para a repressão e passa a adotar uma perspectiva preventiva através dos mecanismos de *Compliance*, tal assertiva deve ser analisada com certa cautela. Firmado nas teorias da pena e nas compreensões da teoria do delito, afere-se que a ideia de Direito Penal atuando *ante factum* já guarda análises à luz do Direito Penal Clássico.
- 8) Para uma melhor compreensão dos deveres de *Compliance* incidentes sobre as pessoas físicas atuantes em áreas sensíveis, entende-se dever de *Compliance* como o gênero dos quais os deveres em sentido estrito e os programas de *Compliance* são espécies.
- 9) O *Criminal Compliance* presente na lei de lavagem de dinheiro e imposto às pessoas físicas como obrigação vinculante levada a efeito através da observância, por parte do destinatário da norma, das exigências legalmente instituídas não reivindicam a instituição de um programa. São, portanto, deveres em sentido estrito.
- 10) Os deveres de diligência, exame e comunicação de ocorrência ou inoocorrência de operações suspeitas gozam de elevado grau de subjetividade e reivindicam uma atuação policlesca por parte do profissional atuante em área sensível, podendo, inclusive, leva-lo a exorbitar no seu raio de atuação.
- 11) As celeumas em relação aos deveres com elevado halo interpretativo se agravam pela inexistência na legislação de lavagem de dinheiro da obrigatoriedade de recusa ou abstenção na realização das operações vislumbradas como suspeitas. Essas zonas indefinidas abrem espaço para uma incerteza no plano da responsabilização penal.

12) A Lei 12.683 ampliou o rol de pessoas físicas obrigadas, aumentando o espectro de controle das atividades sensíveis à lavagem e avolumou discussões sobre a violação de princípios constitucionais, a exemplo do sigilo profissional e da liberdade profissional, notadamente no âmbito da advocacia.

13) A partir da imposição às pessoas físicas dos deveres de *Criminal Compliance* que por vezes condicionam a ocorrência de conduta delituosa no plano penal, surge a necessidade de se discutir a possibilidade de o profissional de área sensível se ver submetido à incidência do duplo sancionamento.

14) Não obstante a lei estabelecer que o descumprimento dos deveres de *Criminal Compliance* ensejam apenas sanções administrativas, extrai-se da doutrina e de decisões judiciais a possibilidade de responsabilização penal pelo descumprimento dos deveres de *Compliance*. Sabe-se que a responsabilização é potencial e não automática.

15) As sinalizações pela responsabilização penal da pessoa física pelos descumprimentos dos deveres de *Criminal Compliance* tendem a se inclinar pelos casos de Omissão imprópria e cegueira deliberada, mesmo diante de sonoras e pertinentes críticas doutrinárias.

16) A possibilidade de se sancionar no plano administrativo e penal a mesma pessoa pelo mesmo fato, constante na lei de lavagem de capitais, soa extremamente nociva à medida em que as ditas sanções administrativas, notadamente pela mudança legislativa ensejada pela Lei 12.683/12, revestem-se de feição de Direito Sancionador.

17) O Direito Sancionador, também cunhado como Direito Administrativo Sancionador, afigura-se como um ramo jurídico situado entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, valendo-se, inclusive, de racionalidades e

garantias penais. Há no direito Sancionador a materialização do Direito de Intervenção, contudo, a distinção é que o Direito Sancionador não goza da devida autonomia e de um sistema delimitado de garantias, sendo, por vezes, convocado a atuar em conjunto com o Direito Penal, travestido de Direito Administrativo. A sanção imposta pelo Direito Sancionador difere-se da comumente usada no plano administrativo em decorrência das raízes penais e da severidade com a qual se desenvolve, sendo legítima e apta a incidir quando da ausência da tutela penal e conseqüente sanção penal concomitante.

18) No plano internacional, a severidade da punição de Direito Sancionador tem inclinado as cortes a entenderem pela desproporcionalidade na imposição de tais sanções em concomitância com a pena criminal. Em decorrência da severidade nas punições de Direito Sancionador estabelecidas na legislação de lavagem de capitais e da incidência concomitante destas sanções com as penas do plano Criminal sobre o mesmo fato, atesta-se a ocorrência de *Bis in idem*. Tal constatação parte basicamente da utilização justaposta de dois severos ramos punitivos na tutela do bem jurídico, ou bens jurídicos, protegidos na legislação de lavagem de capitais.

19) O duplo sancionamento possui como principal lastro a utilização concomitante de normas de Direito Penal e Direito Sancionador na tutela do bem jurídico ou bens jurídicos penais econômicos, notadamente os relativos à lavagem de dinheiro. Ressalta-se que esta dupla proteção não se afigura uma particularidade da tutela penal da ordem econômica. Sempre que se fala de novos bens jurídicos incorpóreos, intangíveis e coletivos, *i.e.*, meio ambiente, relações de consumo, etc., as leis e levantam a possibilidade de incidência desses dois ramos punitivos na proteção dos novos interesses. No plano da lavagem de dinheiro, a suposta necessidade de dupla tutela não restringe-se apenas à natureza intangível do bem mas, acredita-se, à multiplicidade de bens incorpóreos alegadamente tutelados.

20) Não obstante o argumento de que nem todos os casos traçados na lei de lavagem de capitais se amolde à justaposição de normas, afinal, o descumprimento dos deveres de *Compliance*, via de regra, não ensejam a penalização no âmbito penal, premente aduzir que a duplicidade de sanção não é o único problema da sobreposição. Há ainda a existência de uma zona obscura entre a inobservância dos deveres de *Compliance* e a repercussão penal, ensejando insegurança ao destinatário da norma que potencialmente se verá submetido ao duplo sancionamento. Nesse sentido, não se contempla necessária a utilização concomitante destes severos ramos punitivos, notadamente pela severidade apresentada nesta sobreposição, sob pena de desvirtuamentos serem suportados por ambos.

21) A Sobreposição de normas protetivas de Direito Sancionador e Direito Penal afigura-se mecanismo punitivo inserido na legislação penal por intermédio de padrões estranhos à esta seara criminal, *i. e.*, bens jurídicos incorpóreos, tornando o Direito Penal em um ramo corrompido, alopoiético. Como consequência da alopoiese do sistema penal tem-se a administrativização e o simbolismo que este ramo adquire, externado de forma clara na legislação penal econômica, notadamente no âmbito da lavagem de capitais. A tendência é a criação de legislações nas quais o âmbito penal seja condicionado por normas administrativas e a inefetividade na aplicação da norma.

22) A corrupção ou alopoiese do sistema penal quando da tutela de bens intangíveis agrega a si, além do desvirtuamento da noção de bens jurídicos e como consequência deste fenômeno, as lógicas gerencialistas e atuariais que operam em favor da sobreposição de normas. O *Criminal Compliance*, firmado em lógicas da análise econômica do Direito, Eficientismo e democratização de riscos favorece a sobreposição de normas e funcionalizando o direito penal simbólico, criminalizando e segundo interesses de mercado.

23) Os desvirtuamentos do Direito Penal e a ampliação do controle por parte deste ramo punitivo já foram sentidos desde a faceta heterorregulatória e controladora do Direito Penal Econômico que introduziram lógicas estranhas, a exemplo das normas penais em branco e dos tipos abertos. Contudo, através da *self regulation* ou autorregulação regulada, lastro do *Compliance*, que o Estado passou a interferir à distância baseando sua atuação na cooperação entre os poderes públicos e privados, sujeitos regulados e demais agentes sociais com a finalidade não de apenas gerar normas, mas de encarregar-se de impor seu cumprimento. Foi com o advento deste novo e controvertido modelo de intervencionismo público que a sobreposição de normas de Direito Sancionador e Direito Penal ganharam contornos mais expressivos.

24) Diante da sobreposição de normas e da possibilidade de duplo sancionamento vislumbrado na lei de lavagem de dinheiro, percebe-se a criação de uma dinâmica punitiva que direciona à violação do princípio do *Nemo tenetur se detegere*.

25) O *Nemo tenetur se detegere* constitui-se um princípio de justiça universal estampado em diversas convenções e tratados internacionais. Depreende-se da análise histórica e conceitual do princípio contra a autoincriminação a ocorrência de uma gradual evolução em sua compreensão, sendo inicialmente entendido como direito de nada responder e, a posteriori, vindo a abarcar outros meios de prova, a exemplo do direito de não servir como testemunha quando essa condição puder comprometer o exercício do *Nemo tenetur se detegere* e dos casos de intervenção corporal. Há uma relação estreita entre o princípio e a defesa técnica, porquanto, só após a aceitação da defesa técnica e a transposição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório que a proteção contra a autoincriminação passou a ser respeitada.

26) O princípio da não autoincriminação evoluiu conceitualmente ao longo da história para ser compreendido hodiernamente como um direito fundamental do cidadão não restrito ao Direito ao silêncio. O caráter de fundamentalidade se

dá notadamente pela proteção conferida ao indivíduo contra os excessos estatais na persecução criminal. Tal princípio vincula-se a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa, e a presunção de inocência, direitos ativos e passivos do acusado como sujeito de direitos no processo penal.

27) O caráter de fundamentalidade do Direito a não autoincriminação não o torna absoluto. Contudo, deve-se respeitar, na sua incidência ou afastamento a proporcionalidade, a adequação e a necessidade de restrição de tal direito fundamental. Ademais, não pode a legislação criar mecanismos que suplantem a capacidade de autodeterminação do indivíduo a ponto de viciar sua vontade e leva-lo a produzir provas contra si mesmo.

28) No plano nacional, após pontuais avanços ao longo da história, foi positivada na constituição de 1988 o direito de não produzir provas contra si mesmo, adotada no Brasil de forma extensiva, compreensão agasalhada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

29) Não obstante a aplicação ampla do princípio da não autoincriminação, assim percebido pela doutrina e jurisprudência, respeitadas as limitações com amparo em sopesamento de interesses, tem-se visto por parte do legislador ordinário uma atuação, em alguns casos, contrária aos direitos conquistado ao longo de anos de avanços garantísticos. Como exemplos, têm-se a lei 2.654 que tornou possível, mediante decisão judicial, a coleta de material biológico através de mecanismos indolores, e a lei de trânsito, Lei 13.281/16 em seu art. 165-A, que impôs multa administrativa para quem não se submete ao teste do bafômetro, forçando o destinatário da norma a, para fugir da multa administrativa, realizar o teste do bafômetro e potencialmente se incriminar no plano penal.

30) No caso da lavagem de capitais, mormente nos deveres relativos às operações suspeitas, à criação de uma dinâmica autoincriminatória decorrente da possibilidade de duplo sancionamento. Devido ao elevado grau de

subjetividade presente nas operações suspeitas, vislumbra-se a possibilidade de o profissional de área sensível a lavagem pode incorrer em inobservância dos deveres de *Compliance* e, ante a possibilidade de se ver sancionado nos dois planos, apresentar informações apenas para fugir da multa administrativa, mesmo após a ocorrência de várias operações tidas como suspeitas, e vindo a potencialmente se incriminar no plano penal. O objetivo da comunicação, no caso do simulacro de cumprimento dos deveres de *Compliance*, não é que se maneje uma atuação preventiva no curso da atividade com o fito de evitar o desenrolar da conduta delituosa. A lei permite, no âmbito do dever de informar operações suspeitas, que o destinatário da norma, atuante em área sensível a lavagem, burle os deveres estabelecidos e maquie o cumprimento, vindo a se incriminar em uma investigação no plano penal em decorrência das informações por ele mesmo prestadas.

31) Diante do fato de que as sanções administrativas podem por vezes ser mais severas que as penais, *i. e.*, substituição de pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito quando ausentes causas de aumento e agravantes e a pena for inferior a 4 anos, mais vantajoso para o profissional que atua em áreas sensíveis à lavagem de dinheiro e se vê em situações como a levantada fornecer as informações através do simulacro de *Compliance*, fugir das multas administrativas e, constituindo provas contra si mesmo no plano criminal se ver punido nesta seara com penas mais brandas.

32) Nas operações de conteúdo expresso, desprovidas de elevado grau de subjetividade, em que pese se vislumbrar violações decorrentes de um potencial duplo sancionamento, não se vê a dinâmica autoincriminatória levantada, porquanto, não se observa possibilidades de se simular cumprimento para fugir da multa administrativa ou forjar sua observância.

33) A autoincriminação constante na duplicidade de sancionamento levantada viola a autodeterminação do indivíduo, porquanto, se produz prova contra si mesmo por engrenagem ardilosa imposta pela legislação decorrência de uma distorcida análise de custo-benefício. Mais viável é violar direito próprio do que

se ver sancionado de forma a, quiçá, inviabilizar até mesmo o exercício da atividade. A crítica cabível é a mesma tecida a delação premiada, porquanto, há a premiação da traição. Traição não de comparsas, coautores ou partícipes, mas a traição de direito próprio.

34) As lógicas inseridas no Direito Penal por intermédio da tutela penal da ordem econômica e utilizadas na lei de lavagem de dinheiro acabam por desvirtuar seus postulados clássicos tornando-o administrativizado e simbólico. Em concurso, com a ampliação da noção de bem jurídico, O atuarismo e as lógicas gerencialistas e segregadoras dele advindas, outrora ligados às análises da criminalidades de rua, atualmente se dispõem a demonizar a lavagem de capitais e outros crimes econômicos. Os demônios foram mudados mas o etiquetamento em si permanece o mesmo. O escopo é reforçar no ideário popular a convicção de que o Direito Penal é a solução eficaz para todos os males sociais, e para tanto, necessário também se faz a sua junção com outros ramos punitivos a fim de satisfazer a sensação de segurança diuturnamente reivindicada na sociedade de risco.

35) Diante do cenário autoincriminatório incidente sobre os profissionais das áreas sensíveis, narrado e vislumbrado na lei de lavagem de dinheiro, têm-se que o afastamento do Direito Penal da tutela da lavagem de capitais, abrindo mão para uma efetiva e autônoma proteção por parte do Direito Sancionador, se afigura a forma mais efetiva de resolução das distorções observadas.

36) Medidas paliativas, a exemplo da impossibilidade de utilização das informações advindas do processo administrativo no âmbito da persecução penal apenas atacam os efeitos sem incidir sobre a causa. Estanca-se, aparentemente, uma distorção, sem, contudo, atentar para todas as demais, *i. e.*, a desproporcionalidade nas sanções, a administrativização do Direito Penal, o simbolismo e o caráter inefetivo do qual tem sido dotada a legislação de lavagem de dinheiro.

37) O Direito Sancionador, moldado com autonomia e um rol de garantias próprias não se afigura uma adoção de um Direito Penal de classes, porquanto, a proposta de Hassemer não objetiva um tratamento diferenciado a depender do autor. Antes, busca-se um novo ramo apto a conter as distorções do Direito Penal e voltado a proteger situações de fato e os novos bens jurídicos não afetos à tradicional dogmática penal.

38) O Direito Sancionador, utilizado com a devida autonomia proposta pelo Direito de intervenção, não se afigura sistema penal paralelo. Há sim o respeito a garantias, extraídas inclusive do próprio Direito Penal. A preocupação que se deve ter em pauta, tanto no plano legislativo quanto na aplicação da norma, é a utilização justaposição de normas com racionalidades penais, afastando garantias e estabelecendo penas desproporcionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARAÚJO, R. O. **O Direito Fundamental contra a autoincriminação: Análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional**. 278 fl. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2013.
- ARAÚJO JUNIOR, J. M. O Direito Penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 142-156. jan./mar. 1999.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. Introducción a la autorregulación. In:_____; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). **Autorregulación y sanciones**. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BACK, U. **La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós, 2002.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. El Desatinado delito de blanqueo de capitales. In:_____.; BACIGALUPO SAGGESE, S. (Org.) **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24., jan./mar. 1994
- BARROS, M. A. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARBOSA, D. M. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: HIROSE, T.; BALTAZAR JR. J. P. (Org.). **Curso Modular de Direito Penal**. 1ed., v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010.
- BARCELAR FILHO, R. F. Reflexões a propósito do Regime disciplinar do Servidor Público. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECHARA, F. R. Desafios na Investigação de Organizações Criminosas: Meios de obtenção de prova; Relatório de Inteligência Financeira. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 10, p. 159-186, 2016.

BENEDETTI, C. R. **Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERMEJO, M. G.; PALERMO, O. **La Intervención Delictiva del Compliance Officer.** In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; GIMENO, I. O. U. (Org.). *Compliance y teoría del Derecho penal.* cap. IV, p. 171-220. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BEZERRA, M. G. A. A.; RODRIGUES, F. A. A coleta obrigatória de Material biológico e o Princípio da Não Autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS.** v. 4, n. 2, p. 65-77, 2016

BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e processuais Penais.** Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA DA SILVA, A. O. **Risco de Compliance: Função, consolidação e desafios do mercado global.** 182 fl. 2011. Dissertação (Mestrado em Gestão de Recursos Humanos e Análise organizacional) – Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2011.

BRAGA, R. P; LIMA, W. M. M. Crime de Lavagem de Dinheiro: Participação punível de agentes financeiros (funcionários) no delito de lavagem de dinheiro. **SynThesis Revista Digital FAPAN,** Pará de Minas, v. 1, n. 1, p. 94-123, out. 2009.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 dez. 2017.)

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm> Acesso em: 30 jan. 2018

_____. **Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de junho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9503.htm> Acesso em: 04 fev. 2018.

_____. **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 dez. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de jan. de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. **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#art2> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **Lei n.º 13.281, de 4 de maio de 2016**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm> Acesso em: 04 fev. 2018.

_____. Banco Central Do Brasil. **Circular nº 3.461 de 24 de julho de 2009**. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v7_P.pdf> Acesso em: 24 dez. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-23-de-20-de-dezembro-de-2012-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.6.2013>> Acesso em 25 dez. 2017.

_____. Conselho Federal de Economia. **Resolução 1.902, de 2013**. Define as obrigações das pessoas físicas e das pessoas jurídicas que exploram atividade de economia e finanças, em razão dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cofecon.org.br/dmdocuments/Atos-Normativos/Res/2013/Res-2013%2816%29.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução CFC nº 1445/13**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/RES_1445.pdf> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. **Resolução COFECI n. 1336/2014**. Altera a Resolução COFECI nº 1.168/2010 em conformidade com a nova redação da Lei 9.613/98 em face da edição da Lei 12.683/12. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cofeci.gov.br/arquivos/legislacao/2014/resolucao1336_2014.pdf> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução CFC nº 1530/2017**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e organizações contábeis para cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 9.613/1998 e alterações posteriores. Diário Oficial da União, Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-cfc-1530-2017.htm>>: Acesso em 25 jan. 2018.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Resolução nº 29, de 7 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas reguladas pelo COAF, na forma do § 1º do artigo 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relativamente a pessoas expostas politicamente. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/resolucao-coaf-no-29-de-7-de-dezembro-de-2017>> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance: Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. Brasília, jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> Acesso em: 4 fev. 2018.

_____. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. **Operações Suspeitas**. Disponível em: <[http://www.cofeci.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=549:cadaastro-coaf&catid=7:noticias&Itemid=386](http://www.cofeci.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=549:cadastro-coaf&catid=7:noticias&Itemid=386)> Acesso em: 25 dez. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Atuação**. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/sendo-regulado/regulacao-e-supervisao>> Acesso em: 21 de dez. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **GAFI**. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/participacao-no-gafi> > Acesso em 25 dez. 2017

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Grupo de Egmont. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/grupo-de-egmont>> Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Normas do COAF.** Disponível em: < <http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf>> Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Notícias.** Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/consulta-publica-no-01-2018>> Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Perguntas Frequentes.** Disponível em: < http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/Pessoas_Obrigadas/perguntas-e-respostas> Acesso em: 25 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC. 68299 SP. Relator Ministro Celso de Mello. DJ. 28/08/1992. **STF**, 1992. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335> > Acesso em: 04 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 122, 7 a 11 set. 1998. Brasília, 1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo122.htm>> Acesso em: 04 fev. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. HC 94958 SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 05/02/2009. **STF**, 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573765>> Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 24. 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. DJ: 11/12/2009, **STF**, 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>> Acesso em: 2 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 107264. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 07/02/2011 **JusBrasil**, 2011. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998375/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-107264-df-stf/inteiro-teor-110218905?ref=juris-tabs>> Acesso em 23 de dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 99289 RJ. Relator Ministro Celso de Mello. DJ. 03/08/2011. **STF**, 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000176687&base=baseAcordaos>> Acesso em: 04 fev. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 684. 15 a 19 out. 2012, Brasília, 2012. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm> > Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 856126 MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa DJ: 07/12/2012. **STF**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=817415&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 333, 8 a 12 dez. 2003. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo333.htm>> Acesso em: 04 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL: AP 470 MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 18/09/2013. **STF**, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL: AP 470 EI-DÉCIMOS SEGUNDOS MG. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 02/05/2014. **STF**, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL: AP 863 SP. Relator Ministro Edson Fachin. DJ: 09/11/2016. **STF**, 2016 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP863f.pdf> > Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 205.666 SP. Relator Ministro Vasco Della Giustina. 23 ago. 2011, Brasília. **STJ**, 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16719408&num_registro=201101006557&data=20110908&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 04 fev. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.362.524 MG. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. 23 out. 2013, Brasília. **STJ**, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199622371/recurso-especial-resp-1517428-mg-2015-0037140-5>> Acesso em: 04 fev. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 221108 PR 2011/0240528-2. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 25/03/2014. **STJ**, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1302737&num_registro=201102405282&data=20140325&formato=PDF > Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR: AGR. AC. 3872 DF. Relator Ministro Teori Zavaski. DJ 13/11/2015. **STF**. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9783617>>
Acesso em: 3 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1342710 PR 2012/0185814-9. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 02/05/2014. **STJ**, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201858149&dt_publicacao=02/05/2014> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 39470 RJ 2013/0227222-2. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 01/07/2014. **STJ**. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302272222&dt_publicacao=01/07/2014> Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 45.207 PA. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Relator p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 03/02/2015. SEXTA TURMA, **STJ**. 2015 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400293190&dt_publicacao=03/02/2015> Acesso em: 3 fev. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 52.677 SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ. 05/05/2017. QUINTA TURMA, **STJ**. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1596225&num_registro=201603215600&data=20170505&formato=PDF> Acesso em: 03 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1368914 MG 2013/0056685-7. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ 09/08/2017. **STJ**, 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74692558&num_registro=201300566857&data=20170809&formato=PDF> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Ação Penal Pública. n. 5013405-59.2016.404.7000. Juiz: Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. 13ª Vara Federal de Curitiba. 24 fev. 2017. Diário Oficial do Estado. **TRF4**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. Ação Penal Pública n. 2005.81.00.014586-0. Juiz: Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. 11ª Vara Federal de Fortaleza, 28 jun. 2007. Diário Oficial do Estado. **TRF5** Fortaleza, 24 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>> Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. Apelação Criminal: ACR 5520/CE. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. DJU: 22/10/2008, **TRF5**. 2008. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf> Acesso em: 25 jan. 2018.

BRITO, T. Q. et al. Relevância dos mecanismos de "Compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. **Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais**, Lisboa, p. 75-91, jan. 2014.

BUONICORE, B. T. Criminal compliance como gestão de riscos empresariais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 234, p. 17-18., mai. 2012.

CABRERA, M. G. Compliance e imputação objetiva: a criação de risco proibido. In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C.; DAVID, D. F. (Org.). **Compliance e Direito Penal**. Cap. I, p. 120-141, São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, E. L. S.; NAHUR, M. T. M. **Criminal Compliance e Ética Empresarial: Novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, G. P.; DUARTE, E. P. As abordagens policiais e o caso Miranda v. Arizona (1966): Violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 303-334, jan-abr. 2018.

CÉSAR MARTÍNEZ, J. **El delito de blanqueo de capitales**. 698 fl. 2016. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidade Complutense de Madrid - Madrid. 2017.

CHAVES, R. Descriminalizações e despenalizações no Direito Penal positivo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 59 jul/set. 1978

COCA VILA, I. Programas de Cumplimento como forma de autorregulação regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, J. M.; FERNÁNDEZ, R. (Org.). **Criminalidade de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas**, Barcelona: Atelier, 2013.

CORRÊA, T. M. A lavagem de dinheiro e a comunicação de operações bancárias suspeitas pelo COAF: qual medida a ser adotada pelo "Dominus litis"? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 183, fev. 2008.

COSTA, H. R. L. **Direito penal econômico e Direito Administrativo Sancionador: Ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CRESPO, M. X. F. C. **Do Conhecimento da ilicitude em face da expansão do Direito Penal**. 247 fl. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São

Paulo, São Paulo. 2012.

CRETELLA JR, J. Do Ilícito Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973.

D'AVILA, F. R. Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II. In: GAUER, R. M. C. (Org.) **Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

DELEUZE, G. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: 34, 1992.

DE CARLI, C. V. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e análise do Discurso**. 231 fl. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006.

_____, C. V. Dos crimes: aspectos objetivos. In _____ (Org.). **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e controle Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DÍAZ, M. J. J. Sociedad del riesgo e intervención penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 16-8, out. 2014

DIETER, M. S. **Pólitica Criminal Atuarial. A criminologia do fim da história**. 2012. 309 f Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, Curitiba, 2012.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. 5ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

DONINI, M. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudio de derecho penal**. Lima: Ara, 2010.

D'URSO, L. F. B. Menos Direito Penal e mais Direito Administrativo Sancionador. A Proibição da acumulação de Sanções. In: BLAZECK, L. M. S.; MARZAGÃO JR., L. I. (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**, São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos. **Função de Compliance**. Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescpliance.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. Sobre a "administrativização" do Direito Penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 7, p. 23-61., mai./ago. 2011

FERRAJOLI, L. **Direito e razão do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer et al. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, R. S. **Direito de Intervenção e Lei 12.846/2013: A adoção do Compliance como excludente de responsabilidade**. 2015. 231 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 10, 1976.

GERLAND, D. As contradições da “Sociedade Punitiva”: O caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba. n. 13, p. 59-80, nov. 1999.

GIMENES, R. O. Lei ordinária em matéria penal: incongruência latente. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p. 143-156, mai./ago., 2007.

GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *Nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.01, n.01, p. 147-172, jan./jun. 2014.

GOMES, L. F. A lavagem de capitais como expressão do ‘direito penal globalizado’: enfoque crítico. In: SCHECAIRA, S. S (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**, São Paulo: Método, 2001.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L. Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente. In: **Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela**, t. XIV, p.109-135, 1991

GRACIA MARTÍN, L. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. Valencia:Tirant lo Blanch, 2003.

GRANDIS, R. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. ano 20, nº 237, p. 9-10, 2012.

GRECO, L. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147. jul./ago. 2004.

_____. **Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HADDAD, C. H. B, **Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação**. 352 fl. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41-51., out./dez. 1994.

_____. Perspectivas del derecho penal futuro. **Revista Penal**, Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41., jan. 1998.

_____. Perspectivas de una nueva política criminal. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 475-501., 2002.

_____. Características e crise do moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano III, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

_____. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política criminal – REDHPC**. Porto Alegre. n. 2, abr. 2008.

HELMHOLZ, R. H. et al., **The privilege against self-incrimination: its origins and development**, Chicago: Universidade de Chicago, 1997.

HIRECHE, G. F. E. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no ordenamento jurídico Pátrio. Manifestação do direito penal do Inimigo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2005.

_____. **Da (I)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: Simbolismo, ineficiência e desnecessidade do Direito Penal Econômico**. 432 fl. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2011.

_____.; LUZ, I. M. **Comentários críticos à Lei Brasileira de Lavagem de Capitais: Legislação Penal Especial em Homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HUNGRIA, N. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**, v.1, n. 1, p. 24-31, 1945.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1988.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LEVY, L. W. **Origins of the Fifth Amendment**. New York: Oxford University Press, 1968. p. 434.

LIMA, C. F. O Sistema nacional antilavagem de dinheiro: As obrigações de Compliance. In: CARLI, C. V. (Org.). **Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

LOZANO CUTANDA, B. Panorámica General de la Potestad Sancionadora de la Administración em Europa: Despenalización y garantía. **Revista de Administración Pública**, n. 121, jan./ abr., 1990.

LUHMANN, N. **La sociedade de la sociedade**. Mexico: Herder, 2006.

LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LYRA, J. F. D. C. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013.

MACHADO, L. M. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 34-43, fev./mar. 2015.

MAGALHÃES, V. C. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n.64, p. 164-186, jan./abr. 2014.

MAIA, R. T. **Lavagem de dinheiro: (Lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, L. F. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, p. 135-162. out./dez. 2014.

MENTOR, D. **Teoria do Direito de Intervenção: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MINAHIM, M. A. **Direito Penal e Biotecnologia**. Salvador, BA. Outubro 2004
Disponível < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>
em: Acesso em: 24 jun. 2017.

MIR PUIG, S. La perspectiva ex ante em Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales**. n. 1, p. 5-22. 1983.

MOLINA, A. G. P. **Tratado de Criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 3ª ed. 2003.

MOREIRA, R. A. A institucionalização da delação no direito positivo brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 49, p. 05-06, dez. 1996.

MOREIRA, V. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

MOURA, M. T. R. A.; MORAIS, M. Z. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun., 1994. p. 136.

MUÑOZ RUIZ, J. Princípio *Ne bis in idem* no caso de concorrência de ilícito penal e Administrativo: Notas sobre a doutrina do Tribunal Constitucional e outras instancias supranacionais. **Argumenta Journal Law**, n. 24, jan./ jun. 2016.

NETO, P. M. C. T. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NETTO, A. V. S.; COSTA, H. R. L.; SARCEDO, L. Lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 250, p. 2-3., set. 2013.

NEVES, E. V. P. A Atualidade de Edwin H. Sutherland, In: SOUZA, A. B. G. (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), p. 45-64, Brasília, 2011.

_____. A propósito do “big crunch” e do “big bang” no Direito Penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 23, fev., 2012.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermans**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIETO MARTÍN, A. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política criminal**, n.º 5, p. 1-18, 2008.

_____. **Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal**. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; GIMENO, I. O. U. (Org.). Compliance y teoría del Derecho penal. cap. I, p. 21-50. Madrid: Marcial Pons, 2013.

OLIVEIRA, A. C. C. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

OLIVEIRA, T. S. L. Legislação Simbólica e Alopoiese no Direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. In: **Filosofia do Direito I**. SILVA, E. P.; REPOLÊS, M. F. S. (Org.), p. 47-61, Florianópolis: CONPEDI, 2014.

O'MALLEY, P. **Governmental Criminology**. In: MCLAUGHLIN, E.; NEWBURN, T. (Eds.). *The Sage Handbook of Criminological Theory*. Sage: London, Forthcoming. 2009.

Ordem dos advogados do Brasil. **Proposição nº 49.000.2012.010315-1/COP**. Origem: Diretoria do Conselho Federal da OAB. Confederação Nacional das Profissões Liberais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.841. Persecução penal no crime de lavagem de dinheiro. Projeto de Lei nº 4341/2012. Rel. Cons. Federal Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, DF, out. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-08.pdf > Acesso em: 26 jan. 2018.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASSOS, T. B. O. **A neosseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de**

capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma aproximação entre dogmática e os Aspectos Criminológicos. 2015. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

PRADO, L. R. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2009.

_____. El Nuevo Tratamiento Penal Del Blanqueo de Capitales em El Derecho Brasileño (Ley 12.683/2012). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3.ª Época, n.º 10, jul. 2013, p. 379-412, 2013.

QUEIJO, M. E. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUINZACARA, E. C. El Derecho administrativo sancionador y su relación com El Derecho Penal. **Revista de Derecho**. Vol. XXV, n. 2, p.131-157, dez. 2012.

REALE JÚNIOR, M. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129., out./dez. 1999.

RIO DE JANEIRO, **Lei nº 7753, de 17 de outubro de 2017.** DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NAS EMPRESAS QUE CONTRATAREM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Rio de Janeiro, out 2017. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj> > Acesso em: 18 jan. 2018.

RODRIGUES, A. G. O COAF e as mudanças na Lei 9.613/1988. **Boletim IBCCRIM**, nº 237, ago. 2012.

ROTSCH, T. Criminal compliance. **Revista para el análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, jan. 2012. Disponível em: <www.indret.com/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

ROXIN, C. **Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito.** Madrid, Espanha: Civitas, 1997.

SAAD-DINIZ, E. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da ação penal 470. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 9-10., jan. 2013.

SAAVEDRA, G. A. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 226, p. 13-14, set. 2011.

_____, Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese – Direito**

Penal e Processual Penal, Ano XIII, n 75, ago./set, 2012.

SACHS, J. D; LARRAIN, F. **Microeconomia en la economia global**. México: Prentice Hall Hispanoamericana, 1994.

SALAS, M. S. **O Bem Jurídico protegido pela Lavagem de Dinheiro no padrão Internacional**. 2017. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2017.

SANCHEZ RIOS, R. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política-crimal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANGUINÉ, O. Os Direitos Fundamentais das pessoas Jurídicas no Processo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. v. 2, n. 2, p. 23-71, 2014.

SANTANA, S. P. A justiça restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília. v. 36, n. 21. p. 15-48, abr., 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0121488-35.2008.8.26.0100**. Apelantes Santander Brasil S/A e Banco Bradesco S/A. Apelado: Flavio Heloany Ferreira Viana. Relator Desembargador Jose Reynaldo. São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em:
<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_1214883520088260100_S P_1337370867269.pdf?Signature=xYyaxDBKaHNKOoFTshPFQmIRu3Y%3D&Expires=1526775898&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e6f5bb61fe5157c40679dcc650d31d29> Acesso em: 4 fev. 2018.

SCANDELARI, G. B. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C.; DAVID, D. F. (Org.). **Compliance e Direito Penal**. cap. I, p. 158-195. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHMIDT, A. Z. Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico. **Revista dos Tribunais online**. v. 111, 2014. p. 61-89, nov./dez., 2014.

SCHÜNEMANN, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. n. 1, p. 187-218, 1996

SILVA, D. P. **Vocabulário Jurídico**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid:Civitas. 2001.

_____. **Aproximacion al Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo: D de F, 2010.

_____, J. M. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; GIMENO, I. O. U. (Org.). **Compliance y teoría del Derecho**

penal. cap. II, p. 79-106. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. **Fundamentos del Derecho Penal de la empresa**. Madrid: Edisofer S. L. 2013b.

SILVEIRA, P. B. O Direito Administrativo Sancionador e o princípio *No bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**. v. 2, n. 2, p. 5-22, nov. 2014.

SILVEIRA, R. M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280., ago. 2016.

SOARES, G. S. **O discurso do Direito Penal do Risco e sua ilegitimidade como fundamento da política criminal no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 98 fl. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SOUZA, A. B. G. Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: _____. (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, L. A. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica**. 202 fl. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SUTHERLAND, E. H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madri: La Piqueta, 1999.

TAVARES, J. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAYLOR, J. B. **The right to counsel and privilege against self-incrimination: Rights and liberties under the law**. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2004.

TIEDEMANN, K. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal econômico y de delito económico. **Revista Chilena de Derecho**. v.10, p. 59-68. 1983.

TINÔCO, A. L. F. **Código Criminal do Império do Brazil anotado**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.

TIVERON, R. **Justiça Restaurativa: A emergência da cidadania na dicção do direito: A Construção de um novo paradigma de Justiça Criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TOMILLO, M. G. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho

administrativo sancionador y el derecho penal. **Revista Actualidad Penal**, n. 4, 2000.

_____. **Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo**. Espanha, Aranzadi, 2008.

Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo nº C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, parágrafo 35**. Disponível em: < <https://eulaworebro.wordpress.com/2013/04/26/aklagaren-v-hans-akerberg-fransson-case-c-61710-of-26-february-2013/> > Acesso em: 30 jan. 2018.

VEIGA, L. H. C. **Ensaio sobre o Sistema Financeiro: Lavagem de Dinheiro e Spread Bancário**. 164 fl. 2006. Tese (Doutorado em Economia). Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VITTA, H. G. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

YOKOYAMA, M. C. D. **O Direito ao Silêncio no Interrogatório**. 165 fl. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. et al. **Direito penal brasileiro – primeiro volume: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.