LUIS FELIPE VIDAL ARELLANO

FRONTEIRAS DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE
AGENTES FINANCEIROS NA LAVAGEM DE DINHEIRO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. TITULAR RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

SÃO PAULO

2012

LUIS FELIPE VIDAL ARELLANO

FRONTEIRAS DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE AGENTES
FINANCEIROS NA LAVAGEM DE DINHEIRO

Dissertação apresentada no Programa de
Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo
para a obtenção do título de Mestre em
Direito Penal.

Orientador: Prof. Titular Renato de Mello
Jorge Silveira

Departamento de Direito Penal, Medicina
Forense e Criminologia

SÃO PAULO

2012

Aos meus pais, por terem despertado em mim
o amor à leitura, a curiosidade para o desconhecido
e a determinação para encontrar respostas.

À minha cúmplice Carolina,
pela constante motivação e carinho,
desde o início deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao meu amigo, mestre e orientador Professor Renato de Mello Jorge Silveira pelos conselhos e pelo apoio desde os meus primeiros passos no mundo da pesquisa acadêmica, quando da realização de minha primeira iniciação científica ainda como aluno da Graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Sem seu auxílio no acesso às fontes estrangeiras e na estruturação de minhas ideias, o texto deste trabalho certamente seria diferente do texto que agora se apresenta.

Agradeço igualmente aos meus colegas da Receita Federal do Brasil, por compreenderem o esforço extra existente nos que se dedicam ao trabalho diário e à vida acadêmica, com igual empenho em ambas as tarefas. Faço menção especialmente à ajuda providencial da amiga Rozânia Guimaraes, na revisão do texto preliminar desta Dissertação, apresentado em minha Banca de Qualificação.

Por fim, agradeço aos funcionários da Biblioteca desta Faculdade, bem como às profissionais Dalva e Marcela, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, pelo auxílio e amizade.

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado visa a discutir os limites da imputação penal de delitos de lavagem de dinheiro a funcionários de instituições financeiras que, ordenada ou casualmente, sejam envolvidos em ações praticadas por terceiros, clientes ou não destas instituições, e que possam configurar a realização do tipo objetivo do crime de lavagem de ativos. Com este propósito, são discutidos aspectos como a evolução da ideia de imputação penal *vis-a-vis* o desenvolvimento do pensamento chamado “pós-contemporâneo” e suas implicações na dogmática do concurso de pessoas. Ademais, são também descritos detalhadamente os momentos relativos à lavagem de dinheiro que podem ser propícios à participação de agentes financeiros, debatendo-se, em cada caso, a possibilidade ou não de imputação do crime de lavagem a estes agentes.

ABSTRACT

The following dissertation aims to discuss the limits of criminal imputation of money laundering on financial institutions employees that, casually or not, become involved in actions perpetrated by third parties, clients or not, of those institutions, which may configure the money laundering criminal *fattie species*. With this purpose, aspects such as the development of criminal imputation idea vis-a-vis the “post-contemporary” thinking and its implications to criminal participation theory are discussed. In addition, we focus specifically on the probable moment of the money laundering scheme in which the financial agent might be involved, debating, case by case, the possibility of incrimination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	11
1.1. A sociedade contemporânea e a pós-modernidade.....	11
1.2. A tutela de bens jurídico-penais.....	21
1.3. A defesa da vigência das normas.....	29
1.4. O bem jurídico é realmente necessário?.....	37
2. CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO PENAL EM ESTRUTURAS EMPRESARIAIS.....	40
2.1. Da causalidade à imputação no direito penal.....	40
2.2. Os marcos causalista e finalista na participação penal.....	43
2.3. Imputação objetiva – o risco desautorizado.....	54
2.4. A empresa capitalista como organização de papéis sociais.....	63
3. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	79
3.1. Introdução.....	79
3.2. Integração dos mercados financeiros e criminalidade internacional organizada.....	79
3.3. As três fases da lavagem de dinheiro.....	88
3.4. Prevenção à lavagem de dinheiro.....	89
3.4.1. O papel do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).....	91
3.4.2. Obrigações das Instituições Financeiras (IF).....	93
3.4.2.1. O papel do comitê de compliance.....	99
3.4.3. Técnicas de lavagem de dinheiro.....	102
3.4.3.1. Compra de ativos ou instrumentos monetários.....	103
3.4.3.2. Mescla (“Commingling”), empresa de fachada e empresa fictícia.....	103
3.4.3.3. Contrabando de moeda.....	105
3.4.3.4. Utilização de pessoas interpostas: “smurfs” ou “laranjas” e randomização.....	106
3.4.3.5. Fatura falsa de importação e exportação.....	107
3.4.3.6. Concessão de sentenças judiciais.....	108
3.4.3.7. Cassinos, bingos e loterias.....	109
3.4.3.8. Compra e venda de bens.....	109
3.4.3.9. O intermédio de “doleiros” e as contas CC-5.....	110
3.4.3.10. Transferências eletrônicas, cartões de crédito e smart cards.....	111
3.4.3.11. Empréstimos bancários.....	113
4. A PARTICIPAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO NA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	115
4.1. A omissão do dever de cuidado.....	115
4.2. Negócios standard e condutas padrão.....	121
4.2.1. Adequação social e adequação profissional.....	123
4.2.2. A proibição de regresso.....	126
4.2.3. O princípio da confiança.....	132
4.2.4. O problema dos conhecimentos específicos.....	136
5. CONCLUSÕES.....	145
6. BIBLIOGRAFIA.....	148

INTRODUÇÃO

Cada vez mais a dogmática penal é confrontada por novas demandas decorrentes do desenvolvimento da sociedade, o que traz em si novas formas de criminalidade. Entre estas, apresenta-se a situação de crimes cometidos por meio de estruturas empresariais – notadamente o crime de lavagem de dinheiro –, o que vem desafiar o alcance de institutos teóricos já tradicionais na dogmática penal.

O art. 29 do Código Penal brasileiro determina que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Como aponta Alberto Silva Franco, o referido artigo, que estabelece a base legislativa do concurso de pessoas no direito penal brasileiro, é de nítida inspiração causalista, sendo expressão da teoria da *conditio sine qua non*¹.

A aplicação desta teoria ao problema da imputação em estruturas empresariais faz com que seja necessário considerar como típicas mesmo as condutas mais banais do ponto de vista empresarial, isto é, até mesmo condutas corriqueiras e usualmente padronizadas – as chamadas “ações neutras” ou “negócios *standard*” – desde que se incluam em uma linha causal que culmine no resultado lesivo.

Assim, deve ser considerada como típica a conduta da secretária que digita documento ideologicamente falso, ditado por seu chefe, com o qual se produz uma transferência de recursos de origem ilícita para um “paraíso fiscal”. A atenuação da responsabilidade, deste modo, seria relegada ao momento do juízo de culpabilidade apenas.

Por outro lado, doutrinadores há que entendem que a responsabilidade, nos casos envolvendo ações neutras, deve ser excluída já no próprio juízo de tipicidade. Para que isto seja possível, mister levar em consideração o fato de que os tipos, entre os quais os tipos penais, são sempre fluídos, incorporando irremediavelmente elementos da realidade².

O crime de lavagem de dinheiro é um caso paradigmático no estudo da imputação penal em estruturas empresariais, uma vez que normalmente é cometido mediante a

¹ FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*, p. 224.

² DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, pp. 70, 90, e 97.

intermediação de uma instituição financeira. Além disso, o setor financeiro da economia é um setor bastante regulado, sendo fiscalizado por diversos órgãos, sob tutela principal do Banco Central do Brasil, o que gera destaque para o estudo dos deveres de cuidado dos funcionários de instituições financeiras.

Somando-se a isso, destaca-se o fato de que no ano de 2012 foi aprovada a Lei n. 12.683, que veio atualizar a Lei n. 9.613/98, no sentido de tornar explícita a necessidade de observância de certos padrões mínimos de *compliance* por parte das instituições financeiras *vis-a-vis* à necessidade de prevenção do crime de lavagem de dinheiro. Diante desta realidade, cabe ao pesquisador do direito penal perguntar-se quais os impactos de tais deveres específicos de cuidado sobre a responsabilidade penal do agente financeiro.

Nesta ordem de considerações, o presente estudo visa responder às seguintes questões:

- quais os critérios para que uma ação possa ser reconhecida como participação punível no injusto penal de terceiro?
- inversamente, qual o âmbito de intervenção no delito alheio que não representa participação punível, especialmente em face das chamadas ações neutras?
- qual a relação existente entre deveres específicos de cuidado e o risco juridicamente autorizado/desautorizado, no âmbito do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro junto às instituições financeiras?

Para responder a essas questões, apresentamos estudo pormenorizado de acordo com a seguinte sequência:

No Capítulo 1, trazemos à discussão o atual debate doutrinário relativo à função desempenhada pelo direito penal na sociedade contemporânea. Trata o direito penal de garantir a incolumidade de bens jurídicos ou apenas de assegurar expectativas normativas contra violações pontuais, permitindo a manutenção da confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico? A resposta a esta questão será da maior relevância na determinação dos limites da punibilidade pela participação no delito alheio.

No Capítulo 2, por sua vez, descrevemos a evolução da doutrina desde o causalismo até a teoria da imputação objetiva, chamando atenção para as dificuldades enfrentadas pelo causalismo e pelo finalismo na delimitação da responsabilidade penal em

estruturas empresariais. Ademais, realizamos estudo sobre o fenômeno da empresa capitalista como organização de papéis sociais. Nesta oportunidade, apresentamos em detalhes as diversas tentativas teóricas de definir o marco da imputação penal nas estruturas empresariais, em face do conhecido fenômeno da divisão do trabalho e da especialização de tarefas e conhecimentos dentro de uma empresa.

No terceiro capítulo, por sua vez, adentramos no tema específico da lavagem de dinheiro, utilizando de instrumentos teóricos apresentados nos capítulos anteriores. Assim, definimos o bem jurídico envolvido na incriminação da lavagem de dinheiro, bem como apresentamos em detalhes o sistema de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro no Brasil, destacando os órgãos envolvidos e as obrigações das instituições financeiras, obrigações estas que se destacam por se apresentarem como fontes de deveres específicos de cuidado, oferecendo os limites do risco autorizado em matéria de lavagem de capitais.

Por fim, no Capítulo 4, são relacionados todos os temas abordados nos capítulos anteriores de modo a permitir uma análise aprofundada do tema da participação penal de agentes financeiros no crime de lavagem de dinheiro. Neste momento, são apresentados os tópicos relativos à proibição de regresso, ao princípio da confiança e ao problema dos conhecimentos específicos, seguidos de nossa particular contribuição para o tema.

1. A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

1.1. A sociedade contemporânea e a pós-modernidade

Não é possível descrever a sociedade contemporânea sem antes analisar a sociedade industrial moderna, a qual muitos dos institutos jurídicos e sociais de hoje se referem em tom, ora de conciliação e continuidade, ora de ruptura e oposição.

A modernidade não é apenas uma época histórica, mas “um conjunto de transformações culturais, sociais e econômicas, bem como políticas, que haveriam de se produzir, sustentadas por fortes ideais filosóficos, entre os séculos XVII e XIX, com vistas à consolidação de características ... tornadas projeto-meta para a *reconfiguração* das relações humanas e sociais na Europa ocidental, algo que acabou por se universalizar”, conforme definição de Eduardo Bittar³.

As características mais marcantes deste período que se convencionou chamar de “modernidade” são, de um lado, a crença na racionalidade – com papel de destaque desempenhado por René Descartes – e, de outro, no progresso – propagado inicialmente por Francis Bacon e alguns séculos depois por Augusto Comte⁴. Adicionalmente, a

³ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*, p. 35. Cf. também GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, p. 11: “O que é modernidade? Como uma primeira aproximação, digamos simplesmente o seguinte: 'modernidade' refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência.”

⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 34. “Ora, a palavra [“modernidade”] revela, portanto, uma preocupação de designar o que está nascente, o que está associado ao *presente-que-deseja-o-futuro*, e, portanto, coube bem para designar um período histórico que haveria de ser plantado sob a insígnia da liberdade e da racionalidade. A modernidade, para designar o período histórico pós-renascentista, é a expressão do próprio espírito de um tempo ansioso pela superação dos dogmas e das limitações medievais. O século XVII é, portanto, o momento de eclosão de vários desses anseios, que sob condições peculiares, permitiu o florescimento de uma nova dimensão social e econômica, especialmente na Europa, onde o espírito da modernidade vem associado à ideia de progresso (Bacon, Descartes).”

modernidade trás em si a liberdade como palavra de ordem, seja no âmbito da religião, do pensamento, da expressão, ou do trabalho⁵.

Também a velocidade com que as mudanças ocorrem na era moderna pode ser destacada como elemento que diferencia esta época de outros momentos da história⁶. Na modernidade, paradigmas científicos, dogmas religiosos e técnicas de produção são superados de forma muito mais rápida do que em outras épocas, influenciados pelas facilidades no trânsito da informação.

Outro aspecto importante da modernidade refere-se à mudança de perspectiva da humanidade com relação à natureza. A relação do homem com o meio natural no qual se insere deixa de ser de passividade/contemplação para apresentar-se como ativa transformação e instrumentalização da natureza de modo a servir às necessidades humanas⁷. Daí decorre a fé que a humanidade passa a depositar na ciência como ferramenta do “irrefreável progresso”. Apenas recentemente, contudo, o homem vem se dando conta de que a natureza não é tão facilmente domesticada, ao menos não de maneira sustentável, de forma que as intervenções hoje realizadas certamente afetarão as opções de consumo das gerações vindouras⁸.

⁵ *Op. cit.*, p. 36. “O processo de germinação da modernidade dá-se uma vez plantada no espírito medieval a semente de sua própria corrosão: o anseio por liberdade (comercial, intelectual, científica, religiosa) e a crença na razão.”

⁶ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 15. “Diversas características estão envolvidas. Uma é o *ritmo de mudança* nítido que a era da modernidade põe em movimento. As civilizações tradicionais podem ter sido consideravelmente mais dinâmicas que outros sistemas pré-modernos, mas a rapidez da mudança em condições de modernidade é extrema.”

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 39. “A natureza, na medida em que é testada, objetualmente colocada *sub foco* da ciência e dos saberes técnicos, se converte em algo de que se apropria, de que se usa, de que se pode fruir um proveito, desde que esteja a serviço do saber, da descoberta, do progresso da vida e da intensificação dos modos de dominação do meio pelo homem.”

⁸ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 19: “O mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e segura.”. Ver também BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, p.25: “Paralelamente, dissemina-se a consciência de que as fontes de riqueza estão ‘contaminadas’ por ‘ameaças colaterais’. Isto, de forma alguma, é algo novo, mas passou despercebido por muito tempo em meio aos esforços para superar a miséria. Essa página negra, além do mais, ganha em importância com o superdesenvolvimento das forças produtivas. No processo de modernização, cada vez mais forças *destrutivas* também acabam sendo desencadeadas, em tal medida que a imaginação humana fica desconcertada diante delas. Ambas as fontes alimentam uma crescente crítica da modernização, que, ruidosa e conflitivamente, define os rumos das discussões públicas.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 88: “O pragmatismo insaciável, que de tudo retira a aura, nascido desse processo, que se infla da ideia progressista, é o mesmo que alimenta os processos de acelerada destruição do mundo natural e exaustão do ambiente físico sobre o qual se lastreia a própria sobrevivência da humanidade. Em nome do progresso, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade toda sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização. Mas essa advertência já havia sido feita por Adorno e Horkheimer, quando afirmam: ‘A maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão’. Com isso, o auge da civilização é a sua própria aniquilação, e dessa forma se realiza a dialética do esclarecimento.”

Apesar da intervenção do homem sobre a natureza, a modernidade é intolerante a riscos, na medida em que busca controlá-los sob o manto da ordem⁹. Assim, a ciência da modernidade busca classificar e catalogar todas as coisas, de forma a criar um conhecimento sistematizado a respeito do universo¹⁰, ordenando as possibilidades de maneira a rejeitar os riscos relacionados às ambivalências porventura existentes¹¹.

Por riscos entende-se, neste contexto, a probabilidade de eventos futuros danosos virem a ocorrer. Trata-se de um olhar sobre o futuro a partir de elementos presentes que promovem as condições para o acontecimento de um determinado evento¹². Os riscos, assim, podem ser mensurados em alguns casos, minimizados em outros, mas não podem ser totalmente anulados, pois senão deixariam de ser riscos para se tornar uma certeza negativa ou positiva.

Ocorre, contudo, que, quanto mais se desenvolve a ciência, mais são produzidos novos riscos desconhecidos, à medida em que antigos riscos são superados¹³. Tais riscos

⁹ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 40-1. "... riscos são inicialmente bens de rejeição, cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário – de acordo com o princípio: '*in dubio pro progressu*', e isso quer dizer: na dúvida, deixa estar. Está igualmente associado a isto um modo de legitimação, que se diferencia claramente da distribuição desigual de riquezas sociais. Os riscos podem pois ser legitimados pelo fato de que sua produção não foi *nem prevista, nem desejada*. As situações de ameaça precisam, portanto, na civilização cientificizada, romper o privilégio da tabuização que as cerca e 'nascer cientificamente'. Isto ocorre no mais das vezes sob a forma de um 'efeito colateral latente', que ao mesmo tempo admite e legitima a realidade da ameaça. O que não foi previsto tampouco podia ser evitado, tendo-se produzido com a melhor das intenções, revelando-se uma criança problemática, indesejada, sobre cuja aceitação será necessário agora decidir. O raciocínio esquemático do 'efeito colateral latente' equivale assim a uma espécie de licença, a um *destino natural* civilizatório, que simultaneamente reconhece, distribui seletivamente e justifica efeitos a serem evitados."

¹⁰ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Direito e pós-modernidade*, p. 106. "A Modernidade, entretanto, faz uma ruptura, com este tipo de saber [pré-moderno, intuitivo, mítico] e o conhecimento científico apresenta-se como critério único de construção da verdade. A busca da verdade efetiva-se a partir de critérios de objetividade, neutralidade, universalidade e hegemonia."

¹¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 57. "A ordem é somente a expressão da racionalidade, projetada para as diversas dimensões da economia, da cultura, do comportamento social, do saber médico etc. Medir o mundo é dispô-lo numa ordem que convém aos olhos do espírito moderno. Não se afugentar diante dos destinos pré-atribuídos às coisas pelo seu próprio destino, *reconstruindo* o mundo numa malha profunda de interesses humanos. Em suma, a ordem é a escravização das coisas às vontades humanas, na medida em que estas convêm, e enquanto convêm. Onde não há ordem, há ambivalência, ou mesmo, o caos, e o caos é o descontrolo incompreendido pela razão, que tudo ordena e tudo calcula."

¹² BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 39. "Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente *futuro*. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto 'amplificador do risco'. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje."

¹³ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Idem ibidem*. "Hoje o pensamento científico, fundado na racionalidade lógica, matemática, determinista, é colocado em questão. A fragilidade de seus fundamentos coloca-se à mostra na medida de seu próprio desenvolvimento, especialmente a partir das novas descobertas da Física, da Biologia, da Química. ... Edgar Morin reflete que ao invés das certezas, das verdades, da ordem, compreende-se hoje que a Ciência progride através do erro, e que todo conhecimento produzido é sempre precário, provisório e incompleto."

destacam-se pela amplitude de seu alcance, bem como pela sua origem na própria ação humana, algo sem precedentes na história¹⁴. A compreensão da inevitabilidade do risco é, assim, uma característica da superação da modernidade em direção à pós-modernidade, conforme será demonstrado adiante¹⁵.

Com relação ao direito, contemporânea à modernidade são as ideias de legalidade¹⁶ e de Estado de Direito como formas de domesticação do poder político, algo que, na área

¹⁴ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 26: “Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior.” Cf. também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 22; e ainda BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, p. 214: “No centro do debate sobre o desenvolvimento intervencionista do Estado na esfera jurídico-penal, destaca-se o paradigma da sociedade pós-industrial, frequentemente denominada sociedade de risco. A partir da destruição industrial das bases ecológicas da vida, pôs-se em marcha uma nova dinâmica político-social de desenvolvimento, levando à revisão da relação entre natureza e sociedade. Nesse contexto, se as teorias sociais do século XIX vislumbravam a natureza como algo previamente dado, o próprio processo histórico modificou essa suposição, analisando-se as condições ambientais, no fim do século XX, como produto do contexto social. É exatamente essa transformação das ameaças à natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas do sistema que fundamentam a ideia de sociedade de risco.”

¹⁵ Sobre a aceitação do risco e sua relação com a noção de confiança, ver GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 42: “Risco e confiança se entrelaçam, a confiança normalmente servindo para reduzir ou minimizar os perigos aos quais estão sujeitos tipos específicos de atividade. Há certas circunstâncias nas quais os padrões de risco são institucionalizados, no interior de estruturas abrangentes de confiança (investimentos no mercado de ações, esportes fisicamente perigosos). Aqui a destreza e o acaso são fatores de limitação sobre o risco, mas normalmente o risco é conscientemente calculado. Em todos os cenários, o risco aceitável fica sob o tópico 'conhecimento indutivo fraco' e há virtualmente sempre um equilíbrio entre confiança e o cálculo do risco neste sentido. O que é visto como risco ' aceitável' – a minimização do perigo – varia em diferentes contextos, mas é geralmente central na manutenção da confiança.” Ver ainda, DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Idem ibidem*: “A complexidade parece ser negativa ao reintroduzir a incerteza, (o acaso, a aleatoriedade), a dúvida, num conhecimento que pretendeu chegar à certeza absoluta. Mas, apresenta um aspecto positivo, pois a resposta ao desafio da complexidade pode ser 'o ponto de partida a um pensamento multidimensional'.”

A aceitação da inevitabilidade do risco, contudo, nem sempre conduz à ação, podendo levar à apatia, conforme BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 43-4: “Isto significa mais claro se tivermos em conta o feitiço peculiar, o padrão distributivo específico dos riscos da modernização: eles possuem uma *tendência imanente à globalização*. A produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças, independente dos lugares onde são produzidas: cadeias alimentares interligam cada um a praticamente todos os demais na face da Terra. Submersas, elas atravessam fronteiras. O teor de acidez do ar carcome não apenas esculturas e tesouros artísticos, mas há muito corroeu também os marcos de fronteira. Mesmo no Canadá acidificam-se os mares, mesmo nos extremos setentrionais da Escandinávia morrem florestas. “Essa tendência à globalização faz surgir suscetibilidades, que são por sua vez inespecíficas em sua universalidade. Quando tudo se converte em ameaça, de certa forma nada mais é perigoso. Quando já não há saída, o melhor afinal é não pensar mais na questão. O fatalismo ecológico do fim dos tempos faz o pêndulo dos ânimos oscilar em *todas* as direções. Agir é de todo modo algo ultrapassado. Talvez os ubíquos e perenes pesticidas possam ser contornados com o retorno aos insetos, ou com uma taça de champanhe?”

¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 78. “A emergência concomitante das ideias de legalidade e constitucionalidade com a Modernidade é fato incontestável, assim como comprovável pela opinião e pelos estudos dos historiadores especializados.”

penal, é tão importante quanto é conhecido por todos que a ela se dedicam¹⁷. Tais ideais, contudo, resultaram, em muitos casos, em uma igualdade apenas teórica, pois totalmente desprovida de efetividade social¹⁸.

Ademais, é também na modernidade que o direito positivo ganha seu papel de destaque na ciência jurídica, a partir de pressupostos como a noção de sistema autoreferenciado, racionalidade lógico-formal e valorização das fontes normativas formais, com monopólio da atividade legiferante pelo Estado¹⁹ e implicações óbvias na esfera penal²⁰.

Este cenário positivista, por sua vez, se desenha ao mesmo tempo em que perde força a ideia jusnaturalista de direito como algo fundado em uma ordem metafísica, apreensível via exercício da racionalidade humana. Surge, em substituição, a concepção de um direito neutro do ponto de vista axiológico e, portanto, também político²¹. O direito passa a ser visto como simples técnica/instrumento, a serviço do progresso e do desenvolvimento²².

Isto ocorre ao mesmo tempo em que o contexto de aplicação do direito apresenta-se como o de uma sociedade altamente individualista, com foco principal nos interesses

¹⁷ *Op. cit.*, p. 74. “De inspiração moderna, a ideia de Estado de direito decorre exatamente de uma concepção liberal-burguesa de domesticação do poder pelo direito, na medida em que o princípio da legalidade se insculpe, especialmente após a Revolução Francesa, como uma espécie de libelo antimonárquico, o que é trazido na tradição posterior como um libelo anti-arbítrio.”

¹⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Op. cit.*, p. 104. “Na perspectiva política, a tese da Modernidade de que o governo das leis é melhor que o governo dos homens, porque o parlamento representa o povo, assegurou o exercício da cidadania política apenas em seu sentido abstrato, teórico. Entretanto, necessário se faz dar-lhe eficácia material.”

¹⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 59 “a modernidade traz consigo os pressupostos para a afirmação paulatina do direito, quais sejam: o monopólio da produção normativa; a sobrevalorização das fontes formais do direito com relação a fontes espontâneas do direito; a auto-referibilidade do direito como sistema sobre si mesmo.”

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización, p. 65. “Con la preponderancia del positivismo legislativo, el fin del Derecho Penal fue visto no tanto como una limitación de la discrecionalidad legislativo, sino más bien como instrumento de la interpretación legal.”

²¹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Op. cit.*, p. 109. “Assim como as demais ciências, na Modernidade o Direito em sua viragem paradigmática passa a caracterizar-se como produto do poder estatal, identificando-se com a ordem jurídica positivada e assegurada coercitivamente pelo Estado. É neste sentido que Kelsen afirma o Direito enquanto ‘técnica de coação social estreitamente ligada a uma ordem social que ela tem por finalidade manter. ... A ciência jurídica, construída a partir do enfoque normativista da Modernidade, reduziu a visão da complexidade tanto da ciência quanto da realidade. Ao depurar seu objeto – a norma jurídica – de toda contaminação política e ideológica, a Ciência do Direito procedeu a uma simplificação ao nível do pensamento e da realidade.”

²² BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, pp. 68-9. “O paulatino esvaziamento da noção de direito como uma dimensão de poder temporal fundada em uma ordem metafísica, ou natural, ou transcendental-natural, faculta o aparecimento de uma noção de direito tecnizada, esvaziada de conteúdo axiológico, voltado mais para a compreensão da ideia de que o direito só pode ser entendido como direito positivo (*ius positum*), e o que está fora dele ou é invenção ou é idealismo relativista.”

privados, aos quais deve se submeter o Estado e, por fim, a própria sociedade. Assim é que se apresenta o direito civil como ramo mais perfeito do direito positivo moderno²³.

Esse ambiente de maior individualização não é fruto do acaso, mas de mudanças sociais experimentadas ao longo, principalmente, dos séculos XIX e XX, que libertaram o indivíduo das ideias de um destino divinamente determinado, ou de um destino socialmente fixado por tradições feudais²⁴. Em outras palavras, o indivíduo passa a se perceber como responsável por sua própria condição²⁵, tomando, logo, consciência de sua própria individualidade²⁶.

Não obstante, o individualismo exacerbado, na pós-modernidade, dá lugar a um resgate da identidade coletiva, permitindo entender a sociedade não apenas como um

²³ *Op. cit.*, pp. 370-1. “Foram esses fatores que criaram uma ciência do direito com os seguintes traços de influência dos paradigmas centrais da modernidade: unidade do direito privado, centralizado sobretudo na ideia do direito civil, ao qual todos os demais saberes se submetem e se subordinam, sobretudo nos sistemas jurídicos de origem romanística, onde a matriz privatista é exacerbadamente considerada o ponto de partida de todo o direito”

²⁴ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 190. “Nesse sentido geral, 'individualização' significa determinados aspectos subjetivo-biográficos do processo civilizatório (no sentido de N. Elias), em especial em seu último grau, na industrialização e na modernização ... : a modernização conduz não apenas à emergência de um poder estatal centralizado, às concentrações de capital e a um entrelaçamento sempre mais estreito entre divisões do trabalho e relações de mercado, de um lado, e mobilidade, consumo de massa etc., de outro, mas também – e assim chegamos ao modelo universal – a uma 'individualização' tripla: *desprendimento* em relação a formações e vínculos sociais estabelecidos historicamente, no sentido de contextos de domínio e provimento ('dimensão da libertação'), *perda de seguranças tradicionais*, com relação a formas sabidas de atuação de crenças e normas de direcionamento ('dimensão do desencantamento') e – com o que o sentido do conceito se converte em seu contrário – uma nova *forma de enquadramento social* ('dimensão do controle e da reintegração').”

²⁵ *Op. cit.*, p. 199. “Nesse sentido, individualização significa que a biografia das pessoas se torna independente de determinações pré-fixadas, aberta, disponível e se converte em tarefa a ser desempenhada por cada um. No leque de oportunidades vitais, as parcelas por definição indisponíveis se reduzem e aumentam as parcelas disponíveis, desenhadas de próprio punho. Individualização das condutas e do curso da vida significa portanto: as biografias se tornam '*autoreflexivas*'; a biografia socialmente predeterminada é transformada em biografia feita por cada um.”

²⁶ Esta ideia moral fundada na responsabilidade individual pelas próprias ações está presente no pensamento, entre outros, de Sartre. O autor, entretanto, supera o individualismo puro, situando o indivíduo na sociedade em um projeto humano próximo da moral kantiana. SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo, pp. 12-3. “Mas se verdadeiramente a existência precede a essência, o homem é responsável por aquilo que é. Assim, o primeiro esforço do existencialismo é o de por todo o homem no domínio do que ele é e de lhe atribuir a total responsabilidade da sua existência. E, quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável pela sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens. Há dois sentidos para a palavra subjetivismo, e é com isso que jogam os nossos adversários. Subjetivismo quer dizer, por um lado, escolha do sujeito individual por si próprio; e por outro, impossibilidade para o homem de superar a subjetividade humana. É o segundo sentido que é o sentido profundo do existencialismo. Quando dizemos que o homem se escolhe a si, queremos dizer que cada um de nós se escolhe a si próprio; mas com isso queremos também dizer que, ao escolher-se a si próprio, ele escolhe todos os homens. Com efeito, não há dos nossos atos um sequer que, ao criar o homem que desejamos ser, não crie ao mesmo tempo uma imagem do como julgamos que deve ser. Escolher ser isto ou aquilo é a afirmar ao mesmo tempo o valor do que escolhemos, porque nunca podemos escolher o mal, o que escolhemos é sempre o bem, e nada pode ser bom para nós sem que o seja para todos.”

conjunto de indivíduos, mas principalmente como uma instituição própria a ser resguardada. Em outras palavras, o indivíduo percebe que apenas pode manifestar sua individualidade na sociedade e que, portanto, os interesses individuais devem se compatibilizar com os interesses sociais e vice e versa. Há neste cenário, por conseguinte, uma valorização do direito público²⁷, e a compreensão da possibilidade de existência de bens jurídicos supra-individuais²⁸, como será discutido adiante.

No contexto da modernidade, que perpassa longo período da história, a industrialização e a incorporação de hábitos capitalistas de produção e consumo trouxeram à humanidade um nível de conforto nunca antes experimentado²⁹, ainda que apenas à parte da população mundial. Ao mesmo tempo, o fortalecimento do Estado nacional como fornecedor de segurança jurídica e segurança na relação com outros povos, bem como o reforço de ideias liberais geraram o contexto dentro do qual a humanidade passou a acreditar sinceramente na ideia de progresso³⁰.

Nesta ordem de considerações, o que se chama de “era pós-moderna” não tem uma data de início definida. Não se trata propriamente de um marco, mas de um processo de amadurecimento da humanidade, que passa a se libertar da ingênua crença nas promessas da era moderna³¹. Isto, pois a mesma ciência capaz de produzir energia limpa para o aumento da produção de bens de interesse da sociedade mostra-se capaz de destruir toda a

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, pp. 371. “A irrupção da pós-modernidade traz consigo as seguintes tendências, ainda em ascensão, em assentamento e em pleno processo de produção: à publicização do direito privado; à pulverização dos direitos; à falência da dogmática isolacionista; à quebra do paradigma de que a ciência jurídica só pode ser a ciência caracterizada pela pureza kelseniana...”

²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 56. “Como se viu, desde Birnbaum, muito avançou a conceituação de bem jurídico. Este veio a mudar o paradigma de Direito Penal, sendo que, hoje, este Direito não se refere a considerações unicamente quanto ao indivíduo, senão no objeto de proteção penal. Tem-se, por certo, antes de tudo, um problema de decisão política e não de subjetividade do sujeito.”

²⁹ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 16. “O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno.”

³⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 57: “O aparecimento do Estado, a configuração do direito, a criação do espírito das leis do mercado, a ideologização da ordem liberal, a afirmação do modelo capitalista, o surgimento da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais, a crença na ideia de progresso são características marcantes daquilo que se chama de modernidade.” e na p. 47: “No liberalismo há a compreensão de por que está ocorrendo essa revolução que é o progresso econômico-social. A fórmula é uma mistura de segurança jurídica, livre comércio e competição. O progresso é uma regra do jogo estável que instaura e regula a competição. Logo, os indivíduos começam a 'florescer', a ser cada um a flor especial e única que deveria ser no mundo. Nesse quadro, só a pessoa pode dar o melhor de si. Essa é a fórmula do progresso.”

³¹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Op. cit.*, p. 105. “A compreensão do desafio histórico que se nos apresenta exige a superação de velhos paradigmas: Positivismo, Marxismo, Psicologismo, que constituíram as grandes narrativas da Modernidade.”

vida na Terra³². O mesmo modo de produção capitalista capaz de gerar riqueza de maneira nunca antes vivenciada mostra-se como reprodutor de profundas desigualdades na distribuição dessa mesma riqueza. Essas, entre outras desilusões, contextualizam o pensamento na pós-modernidade³³.

Ainda que não se possa divisar um marco para o início da pós-modernidade, entende-se que esta se insere junto às preocupações do final do século XX³⁴. Isto se deu, principalmente, em função dos extremos vividos durante esse século, tais como duas guerras mundiais, o holocausto, a criação da bomba atômica, uma crise econômica mundial sem precedentes, etc³⁵. Esses acontecimentos, de modo geral, desnudaram à humanidade o caráter ambivalente do progresso prometido pela modernidade³⁶.

A pós-modernidade não é consenso entre os teóricos, havendo aqueles que entendem que o momento atual não é outra coisa que um estado reflexivo da própria modernidade³⁷. Contudo, conforme defende Bittar, já essa é uma característica marcante da

³² BECK, Ulrich, *Op. cit.*, p. 23. “a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida.”. No mesmo sentido, DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Op. cit.*, p. 106. “O desenvolvimento científico, entretanto, não pode ser avaliado como intrinsecamente bom ou mau. Trouxe grandes contribuições à humanidade, mas também instituiu a possibilidade de destruí-la. Permitiu o aprofundamento do conhecimento de distintas disciplinas, mas fragmentou o saber, porque não as reuniu em um todo organizador. Rompeu com a doxa – conhecimento comum – negando-lhe seu valor e afirmando arrogantemente a episteme como única fonte de descoberta da verdade. Construiu um poder que não pode controlar, uma vez que tanto o Estado como o poder econômico passaram a controlar as descobertas científicas.”

³³ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 96. “O que se percebe é um conjunto de fracassos e mentiras se encontrando num momento peculiar da história da humanidade. Daí não se poder falar que a pós-modernidade nasceu do dia para a noite, donde o motivado desapego a datas e cronologias exatas ou aritméticas. A pós-modernidade veio se produzindo como consciência ao longo de todo o século XX, com cada fracasso, com cada engodo, com cada engano, com cada destruição, com cada abalo da modernidade que se provocava com doloridas marteladas político-econômicas, sobretudo as advindas dos países desenvolvidos. Sem dúvida alguma, fala-se de um paulatino processo de desmantelamento da modernidade, de seus arcanos valorativos, de seus princípios, de suas crenças, de suas instituições, pois cada fator de desgaste da modernidade é uma semente ou um passo em direção à pós-modernidade.”

³⁴ *Op. cit.*, p. 93.

³⁵ *Op. cit.*, p. 95. “A morte anunciada de Deus por Nietzsche, bem como o fim da história proclamado por Hegel, no século XIX, tornam-se fato ao longo do século XX: século esvaziado pela técnica, mutilado por milhares de mortes; século em que se viveu o fosso da indignidade na Segunda Guerra Mundial; século em que se proclamou a morte da filosofia (Heidegger); século em que se constatou o fim das ontologias (Sartre); século em que se revela o fim das estruturas de discurso (Derrida).”

³⁶ *Op. cit.*, p. 96. “Ora, os antecedentes históricos são claramente depoimentos da falência do que se pregou como solução para a humanidade. Apesar de no século XX terem se consolidado as legislações e as codificações de diversos países, (europeus, sul e norte-americanos, asiáticos...), de terem-se multiplicado as nações democráticas, de terem-se alastrado os esforços tratadísticos de manutenção da paz mundial, de ter-se desenvolvido a lógica dos direitos humanos de modo mais expandido e global, nada disso evitou a condução da humanidade a diversos momentos e instantes em que se pensou e se vivenciou o extermínio geral, o fim das condições de sobrevivência para todas as formas de vida sobre a Terra.”

³⁷ Segundo Anthony Giddens, por exemplo, os fenômenos verificados na sociedade contemporânea não são mais que a radicalização das consequências da modernidade, conforme se verifica em GIDDENS,

pós-modernidade em oposição à era antecedente, qual seja “a incapacidade de gerar consensos”³⁸.

Seja como for, a sociedade contemporânea distingue-se da sociedade industrial moderna em diversos pontos. Abandona-se, em parte, a pretensão de conhecimento da natureza das coisas (ontologia) para voltar-se ao mundo das relações intersubjetivas. Ao mesmo tempo, compreende-se a falibilidade do método científico, partindo-se do pressuposto da existência de riscos e probabilidades alheios aos controles humanos³⁹. Como não poderia deixar de ser, essa transformação da sociedade produz reflexos também no direito e, em especial, no direito penal, como será demonstrado ao longo deste trabalho.

No direito, a decepção se voltou ao pensamento positivista, que prometia a sistematização de uma ordem coativa coerente e sem lacunas. Os grandes códigos não foram capazes de abarcar toda a riqueza das relações sociais e, hoje, as sociedades se vêm

Anthony. *Op. cit.*, p. 12-13: “A desorientação que se expressa na sensação de que não se pode obter conhecimento sistemático sobre a organização social, devo argumentar, resulta, em primeiro lugar, da sensação de que muitos de nós temos sido apanhados num universo de eventos que não compreendemos plenamente, e que parecem em grande parte estar fora de nosso controle. Para analisar como isto veio a ocorrer, não basta meramente inventar novos termos, como pós-modernidade e o resto. Ao invés disso, temos que olhar novamente para a natureza da própria modernidade a qual, por certas razões bem específicas, tem sido insuficientemente abrangida, até agora, pelas ciências sociais. Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes.” Para Ulrich Beck, por sua vez, trata-se de uma modernidade tardia, que resulta na chamada “sociedade de risco”, cf. BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 23: “Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*.” Oferecendo um panorama entre diversos posicionamentos, cf. BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, pp. 104-5.

³⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 105.

³⁹ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 12: “Como ele [Jean-François Lyotard] a representa, a pós-modernidade se refere a um deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente. A condição da pós-modernidade é caracterizada por uma evaporação da *grand narrative* – o ‘enredo’ dominante por meio do qual somos inseridos na história como seres tendo um passado definitivo e um futuro predizível. A perspectiva pós-moderna vê uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de conhecimento, na qual a ciência não tem um lugar privilegiado.” Ver também BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, pp. 115-6: “A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.).”

às voltas com a necessidade de produção de estatutos de regras setoriais que permitam agregar maior eficácia às previsões normativas⁴⁰.

Todas essas mudanças descritas têm grande reflexo sobre a dogmática penal e, especialmente, sobre o tema em discussão no presente trabalho. Isto, pois, como será demonstrado, o crime de lavagem de dinheiro se insere na problemática decorrente da globalização do sistema financeiro e do surgimento da criminalidade de ordem transnacional. Além disso, o direito penal, sensível à mudança de mentalidade que se apresenta na pós-modernidade, passa a incorporar no próprio núcleo da teoria da imputação conceitos como a ideia de risco aceitável e de confiança nas expectativas sociais⁴¹.

Demonstrados os pressupostos sobre os quais toda a ordem social contemporânea se assenta, torna-se finalmente importante a contextualização do direito penal nessa ordem. Destarte, afirma-se que o debate doutrinal atual a respeito do direito penal pós-finalista centra-se na divergência entre os que entendem que o direito penal deve tutelar a proteção contra lesões a bens jurídicos e os que entendem que o direito penal apenas atua de modo a assegurar a vigência de normas⁴². Em verdade, esta divisão é reflexo da existência de duas formas bastante distintas de compreender o próprio direito penal.

⁴⁰ BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 85. “Para todos os efeitos, hoje, se trata menos de pensar em regulamentação do Estado (e, sim, em desregulamentação), em formação de um sistema de normas sem lacunas (e, sim, de microssistemas de normas setoriais), e mais que se está sendo esmagado pelo excessivo número de leis, como no famoso adágio latino se dizia (Obruimur legibus – ‘Somos esmagados pelo grande número de leis’), sabendo-se que as mesmas são, em sua boa parte, socialmente ineficazes, ou seja, incapazes de trazer os reflexos concretos, as mudanças sociais necessárias e atingir a vida e as perspectivas reais nas quais se inserem os cidadãos. Eis a preocupação com a questão da lei na pós-modernidade: menos validade e mais eficácia, menos forma e mais sentido prático-social.”

⁴¹ Como exemplo da importância da confiança na sociedade contemporânea, apresenta-se a relação demonstrada por Anthony Giddens entre confiança e sistema monetário, cf. GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 34: “Todos os mecanismos de desengajamento, tanto as fichas simbólicas como os sistemas peritos, dependem da *confiança*. A confiança está portanto envolvida de uma maneira fundamental com as instituições da modernidade. A confiança está aqui revestida de capacidades não individuais, mas abstratas. Qualquer um que use fichas monetárias o faz na presunção de que outros, os quais ele ou ela nunca conhece, honrem seu valor. Mas é no dinheiro enquanto tal que se confia, não apenas, ou mesmo primariamente, nas pessoas com as quais as transações específicas são efetuadas. Devo considerar o caráter geral da confiança um pouco adiante. Concentrando por enquanto nossa atenção no caso do dinheiro, podemos notar que os vínculos entre dinheiro e confiança são especificamente observados e analisados por Simmel. Como Keynes, ele vincula a confiança em transações monetárias à ‘credibilidade pública no governo emissor’.”

⁴² FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objectiva*, p. 21.

1.2. A tutela de bens jurídico-penais

Os limites da intervenção penal devem ser encontrados na própria função social do direito penal, que corresponde a permitir uma existência pacífica entre os indivíduos de uma sociedade, sempre que a paz social não possa ser alcançada por outros meios menos invasivos da liberdade dos cidadãos⁴³.

A fundamentação teórica de tal afirmação se encontra no pensamento Iluminista que defende que os homens, pelo contrato social, apenas cedem ao legislador os poderes necessários ao estabelecimento da segurança mínima para a vida em sociedade, visando sempre o máximo de liberdade individual⁴⁴.

A ideia de bem jurídico penal, desde o seu início, esteve vinculada à ideia de bens vitais à coexistência pacífica entre os homens. Isto se deve à origem no contratualismo das considerações sobre os interesses jurídicos individuais e coletivos a serem protegidos pelo Estado como razão de sua existência. Atualmente, entre aqueles que têm no conceito de bem jurídico o ponto central da dogmática penal, destacam-se duas ordens de pensamentos, que situam o conceito de bem jurídico em considerações ora sociológicas e ora constitucionais⁴⁵.

Se o conceito material de crime, desde uma perspectiva teleológico-funcional, deve referir-se à função do direito penal⁴⁶, o conceito de bem jurídico ganha relevância sob a

⁴³ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, p. 446. “El Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la libertad de los ciudadanos.”

⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización, p. 74: “Mi respuesta consiste en que debe ser hallado en el pensamiento fundamental de la limitación del Derecho Penal derivada de la idea de contrato social, tal como se ha ido sosteniendo siempre desde hace unos 250 años. En los tiempos actuales, en los que el respecto del Estado de Derecho se une a un reconocimiento (que anteriormente nunca ha existido con esa intensidad) de lo cuestionable y selectivo que es el Derecho Penal estatal, este pensamiento fundamental debe desarrollar su máxima eficacia para todo ser pensante racional, equitativo y justo”; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 447. A mesma ideia é apresentada em HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, p. 97.

⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*, p. 31. “Dir-se-iam constitucionais aquelas [considerações] que entendem o conceito de bem jurídico inserido na própria Lei Maior, limitando-se, pois, o poder criador do ilícito penal, enquanto sociológicas, aquelas que, de uma forma ou de outra, o situam diretamente na realidade social” Ver também PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico e constituição, p. 62.

⁴⁶ Schünemann afasta as críticas ao conceito de bem jurídico, afirmando a sua necessidade para a determinação da própria noção material do crime. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, p. 199: “la determinación de la materia prohibida necesariamente debe pasar por la

concepção de que o direito penal atende à função de tutela subsidiária de bens jurídicos⁴⁷.

Embora o conceito de bem jurídico seja ainda foco de discussões na doutrina⁴⁸, pode-se afirmar que o núcleo de sua definição encontra-se na existência de interesses relativos à manutenção de estados, objetos ou bens socialmente relevantes e juridicamente protegidos⁴⁹. Para Michael Kahlo, por sua vez, a noção de bem jurídico remeteria a um conceito relacional, isto é, a uma relação real entre sujeitos, valorada positivamente pela sociedade⁵⁰, como forma de assegurar a liberdade geral e do

averiguación del bien jurídico protegido y la conseqüente estructura del delito”. Nesta ordem de considerações, entende – com v. Liszt – como bem jurídico, os interesses vitais do indivíduo ou da coletividade, reconhecidos pela ordem jurídica e não criados por esta. Na p. 209: “bienes jurídicos como 'los intereses vitales del individuo o de la comunidad', que el ordenamiento jurídico no crea pero sí eleva a la categoría de bien jurídico”. Ver também, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 114.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 126. “a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais se revela jurídico-constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático e pluralista ... então tal deve ter como consequência inafastável a de que toda a norma incriminatória na base da qual seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais para tanto competentes.”

⁴⁸ Havendo inclusive aqueles que defendem a ausência de conteúdo no próprio conceito. Ver AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. p. 232: “El carácter 'vacío' de este concepto, la absoluta indeterminación del juicio de valor que crea el bien, es al mismo tiempo la razón de su riqueza. El concepto de bien jurídico en sí mismo no dice nada sobre el contenido que hayan de tener los juicios de valor para convertir algo en un bien jurídico, y por ello está abierto a casi cualesquiera valoraciones, transferiéndolas al sistema dogmático jurídico-penal por medio de numerosas funciones en el mismo, sin que éste se vea categorialmente sacudido por cada nueva norma y tenga por ello que ser reconstruido.” Numa crítica ainda mais contundente, TAVARES, Juarez. *Mito e ideologia: objetos não manifestos do direito penal*, pp. 11-12: “E, afinal, o bem jurídico? Mas que bem jurídico? O bem jurídico não passa de uma figura de linguagem, está sempre escamoteado em uma sinquise, só destrincada pela artimanha dos intérpretes da legitimação.” Há também tentativas de relacionar a ideia de bem jurídico com conceitos desenvolvidos no direito anglo-saxão, como é o caso do *harm principle*, conforme HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. pp. 37-52.

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 114. Trata-se de definição semelhante à apresentada por v. Liszt, que define o bem jurídico como todo interesse juridicamente tutelado. Ver LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, p. 93-4. “Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A protecção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística a força que o produz. (...) Chamamos bem jurídico os interesses que o direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da colectividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico. ... A necessidade origina a protecção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero.”

⁵⁰ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal, p. 55. “Debe destacarse, en primer lugar, que la categoría de jurídico es describible como un *concepto relacional*. Comprende, así, una relación considerada como positiva, *valiosa* – como un 'bien' – entre un 'algo', es decir, entre una 'realidad' y un *sujeto*: carecería, ciertamente, de sentido una relación *jurídica* entre cosas o entre seres vivos, que existen sin conciencia de sí mismos.

“Como concepto *jurídico*, esa relación está sustancialmente ('en esencia') orientada a la realización de la *libertad externa* de la persona en cuanto sujeto de derecho, es decir, a su *autonomía*, la cual no puede desarrollarse únicamente em una relación aislada del individuo consigo mismo, sino que también viene determinada e influida desde un primer momento por la *relación com otras personas* (...).

indivíduo⁵¹.

O conceito de bem jurídico, assim, exige que algumas condições sejam atendidas. Em primeiro lugar, a ideia de bem jurídico deve apontar para um conteúdo material, isto é, deve indicar a matéria objeto de sua proteção, não podendo apresentar-se como construção puramente formal. Deve também o bem jurídico servir como padrão crítico das normas penais, permitindo um juízo de criminalização ou descriminalização de condutas, independentemente do próprio sistema jurídico-penal⁵². Por fim, o conceito de bem jurídico exige que este seja político-criminalmente orientado, ou seja, que tenha seu vetor no sistema social e constitucional⁵³.

Portanto, a ideia de bem jurídico apresenta-se como limitadora do direito penal, na medida em que advoga que o direito penal somente pode versar sobre condutas que digam respeito à lesão ou à colocação em perigo de bens jurídicos. Isto não significa que todas as

“Del mismo modo, tampoco son meros 'objetos' o 'hechos'; no están simplemente 'ahí'; ni surgen de la tierra, ni caen del cielo. En términos menos gráficos, pero más analíticos: ni son manifestaciones de la naturaleza, ni poseen carácter trascendente.”

⁵¹ Op. cit., pp. 56-7. “Es decir, en tanto parte y participe de esas formas comunitarias, el sujeto vive inmerso en *vínculos mediadores*, que deben entenderse como condiciones para su libertad externa. Y acciones relacionadas con esos vínculos realizadas por terceros pueden o bien respetar y con ello realizar la libertad general, o bien pueden lesionarla o ponerla en peligro; en este último caso, se produce un menoscabo, merecedor de pena según las circunstancias, de un *bien jurídico de la colectividad*, ya de titularidad estatal, ya de la sociedad civil. (...)”

“Tan cierto como que el Estado, en tanto legislador, determina a través de normas qué *conductas precisan* de una pena en relación con qué *bienes jurídicos*, es el hecho de que debe orientarse materialmente a partir de la libertad externa existente en la comunidad en cada momento, entendida esta libertad como autonomía personal en la relación con otros ciudadanos. Es decir, las leyes penales deben estar *vinculadas al individuo* y ser por tanto *resubjetivables* [*resubjektivierbar*] para el destinatario.”

⁵² KAHLO, Michael. Op. cit., p. 53. “A la *doctrina jurídico-penal del bien jurídico* le ha sido siempre asignada una *función* decididamente *crítica* – lo que implica no sólo una viertente ‘deconstructiva’ sino también una constructiva –. *De una parte*, en relación con la *legislación* (y por tanto en un sentido directamente político-criminal) dicha función ostenta una enorme significación en tanto opera como *hilo conductor* para la *fundamentación y limitación* de la génesis y formulación de los tipos penales, así como para su *sistematización* en el marco del Código Penal. *De otra parte*, ha de servir como *ayuda* a la *aplicación de los preceptos* recogidos en la Parte Especial, en tanto funciona como criterio orientativo de la interpretación.”

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 116-7. “O conceito deve traduzir, em primeira linha, um qualquer conteúdo material, uma certa ‘corporização’ (deve ser, nesta acepção, ‘substanciável’), para que possa arvorar-se em indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir, em segundo lugar, como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização; nesta acepção, pois, ele só pode surgir, não como imanente ao sistema normativo jurídico-penal e dele resultante, mas antes como noção transcendente – e neste sentido *trans-sistemática* – relativamente àquele. Ele deve finalmente ser político-criminalmente orientado e nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional. O problema é determinar de que forma pode o conceito obedecer a todas estas exigências e, do mesmo passo, lograr a materialidade e a concreção indispensáveis para que se torne utilizável na tarefa prática de aplicação do direito penal.”

condutas desta natureza devam ser criminalizadas⁵⁴, mas que apenas essas condutas deveriam ser criminalizadas, com exclusão de todos os outros tipos que não se refiram à lesão ou colocação em risco de bens jurídicos⁵⁵.

Ademais, o bem jurídico penal também poderia ser descrito como um vetor a orientar a interpretação do operador do direito no sentido de conferir maior proteção possível ao bem que a legislação visa proteger. Não se trataria aqui de missão meramente taxonômica dos tipos penais, mas de atividade eminentemente prática, delineando as fronteiras dos tipos penais previstos no ordenamento jurídico.

Admitindo-se que o direito penal é uma forma dramática de intervenção do Estado no âmbito de liberdade do cidadão, o bem jurídico apresenta-se como o núcleo de justificação de tal interferência pelo Estado. Ou seja, a limitação da liberdade individual do cidadão encontra-se justificada, caso a caso, pelo bem jurídico que visa proteger⁵⁶.

Da noção apresentada de bem jurídico podem-se deduzir algumas consequências. É preciso verificar, por este motivo, que as violações de cunho meramente moral não podem ser criminalizadas, pois que não violam qualquer bem jurídico penal⁵⁷. O mesmo vale para as condutas de caráter meramente ideológico, salvo quando os meios empregados sejam violadores de outros bens jurídicos⁵⁸. Ainda, é importante frisar, não devem ser objeto de

⁵⁴ Há, no entanto, fundamentos para basar a incriminação nos casos que se possa falar de uma melhor proteção de um bem jurídico pelo direito penal que por outro ramo do direito. Ver, por exemplo, SCHÜNNEMANN, Bernd. *La teoría de la protección...*, p. 81: “Para finalizar, no puede quedar sin mencionar que el pensamiento de la protección del bien jurídico no sólo puede servir para la crítica sino, también, a la inversa, para legitimar tipos penales cuestionados.”

⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, p. 98.

⁵⁶ Op. cit., p. 99. “el bien jurídico porta el núcleo de la justificación de una prohibición de actuar; una prohibición penal de acción - en forma de amenaza penal para una determinada conducta - no se puede justificar si no se puede remitir a que persigue de forma adecuada una finalidad admitida.”

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*, p. 401; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 124. Ver, por exemplo, quanto ao comportamento sexual dos sujeitos, o que escreve SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, p. 185: “a simples e abstrata proteção moral, por não se constituir em agressão a um bem palpável, não deve guardar proteção no Direito.”. Em Jakobs, uma análise da teoria tradicional do bem jurídico: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 69: “Mas, em geral, atribui-se ao conceito de bem jurídico uma função crítica mais vigorosa. O valor do fato não deve ser renunciável – podendo-se assinalar como uma das principais metas da teoria do bem jurídico a de não permitir que seja definido como crime o 'comportamento meramente contrário aos bons costumes' ou 'meramente imoral' – tampouco se deve confiar somente nos 'olhos da lei' para determinação do valor.” Sobre seu próprio sistema de direito penal, Jakobs afirma nas pp. 74-5: “Os conteúdos do comportamento de outras pessoas não podem ser penalmente regulados no interesse desses próprios conteúdos. Um comportamento que não tem efeitos externos, nem objetivamente, nem segundo a opinião dos cidadãos, retira-se do âmbito dos comportamentos a serem penalmente regulados por falta de referência social por constituir mera imoralidade. Entretanto, não é possível determinar o que é meramente imoral sem suposições prévias sobre a forma da sociedade.”

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 125.

criminalização os deveres dos cidadãos ligados a uma relação apenas de direito administrativo, uma vez que esta relação não se refere a bens jurídicos penais, mas a interesses instrumentais da administração pública⁵⁹.

Para Zaffaroni e Pierangeli, o bem jurídico apresentar-se-ia como uma relação de disponibilidade entre um indivíduo e um objeto. Relação esta protegida pelo Estado mediante a tipificação de condutas que a afetem⁶⁰.

Diante desta definição, afirma-se que a relação de disponibilidade existente é uma relação liberal do tipo indivíduo-objeto. Entretanto, ao aceitar esta definição, deve-se rejeitar a possibilidade de existência de bens jurídicos coletivos, isto é, de bens jurídicos que protejam interesses da sociedade e não do indivíduo, como são exemplos o meio ambiente, a incolumidade pública e a ordem econômica⁶¹.

Ocorre que, em presença da ideia da chamada “sociedade de risco”⁶², contudo, diversas são as pressões sofridas pelo direito penal para que se adapte, abandonando a função liberal de tutela de bens jurídicos, para abarcar a promoção de padrões e valores de convivência em comunidade⁶³. Neste contexto, diversas são as tentativas de desenvolver teorias que prescindam dos elementos, até o momento, centrais à imputação penal, quais

⁵⁹ *Idem ibidem*. “Objecto de criminalização não deve ainda constituir, por igual motivo, a violação de valores de mera ordenação, subordinados a uma certa política estatal e por isso de entorno claramente jurídico-administrativo.”

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 399. “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela o seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”

⁶¹ Como vimos, esta posição vem sendo alvo de críticas fundadas na ideia de passagem da Modernidade para uma chamada “Era Pós-Moderna”. Essa mudança envolveria a superação de uma lógica individualista, com o reconhecimento de bens de titularidade de toda a sociedade. Ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, pp. 56-7: “O Estado liberal democrático, sem dúvida, impôs uma preocupação exacerbada quanto a bens jurídicos orbitantes à pessoa. Isso, porém, não implica uma desconsideração quanto a outros bens, tais como: a fé pública, a administração da Justiça, ou mesmo a saúde pública. Todavia, e sempre com olhos num liberalismo democrático à pessoa, não se vislumbra a necessidade de intervenção nos processos sociais e econômicos. Assim, ao lado desses bens de cunho clássico (de caráter individual ou mesmo supra-individual), formatam-se, no momento de criação das sociedades de risco pós-industriais, novos bens jurídicos, supra-individuais.”

⁶² Poder-se-ia sintetizar as características da chamada “sociedade de risco” nos termos expostos por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 134-5: “Ela [a ideia da 'sociedade de risco'] anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para a tutela dos quais o direito penal é incompetente), ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio, em suma, o catálogo próprio de um direito penal *liberal* e extremadamente *antropocêntrico*. Anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*.”

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 135.

sejam causalidade, culpabilidade e responsabilidade individual⁶⁴.

Como posição intermediária entre o bem jurídico individualista liberal e soluções funcionalistas extremadas, preconizadas pelos alarmistas da sociedade de risco, destaca-se a ideia de bens jurídicos dotados de “referente pessoal”. Trata-se da ideia de que a aceitação de bens jurídicos supra-individuais apenas pode ocorrer na medida em que possuam um referente pessoal, ainda que mediato. Em outras palavras, devem ser excluídos os interesses meramente funcionais de organização do Estado, em defesa de interesses que possam ser individualmente experimentados, ainda que apenas mediatamente⁶⁵.

Jorge de Figueiredo Dias, por outro lado, aceita também a existência de “bens jurídico-penais coletivos”, entendidos estes como bens jurídicos relacionados a interesses da sociedade não identificados com interesses individuais mediatos, ao contrário dos bens jurídicos dotados de “referente pessoal”⁶⁶.

⁶⁴ Não sem serem alvo de intensas críticas, conforme HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoria personal del bien jurídico*, p. 284.

⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 57: “Fazer-se referência a valores sem uma recíproca exigência de que sua infração suponha uma repercussão negativa nos indivíduos como seres sociais é por demais criticável. A legitimidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser mantida, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa. Bem entendido, a ampliação do horizonte penal, abandonando a conceituação iluminista quanto a uma consideração relativa à pessoa enquanto elemento individual, tomando-se em conta bens metaindividuais e sociais, não pode, nunca, perder o referencial de seus elementos autônomos.”; Ver também DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 142-3: “Trata-se de bens que têm ainda um referente pessoal e por isso, se mostram capazes de conceber materialidade à ideia de dano e de ofensividade: também um ataque a estes bens jurídico-penais há de ser experimentado como uma perda ou dano pessoal e não como lesão de um mero interesse funcional. ... Assim, se alcança uma concepção dualista de bens jurídico-penais: os bens jurídicos individuais por um lado, e por outro os bens jurídicos supra-individuais dotados de referente pessoal e de base antropocêntrica Do domínio penal deveria excluir-se, por isso, a lesão de interesses funcionais pela ausência de algo que possa ser intersubjectivamente experimentado como uma perda ou dano pessoal.” Ver ainda ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 448: “Tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual. Éste es con seguridad el caso de los tradicionales bienes jurídicos universales, que son comúnmente aceptados.”; na mesma linha segue BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, p. 231: “Dessa forma, conclui-se que a existência de bens jurídicos coletivos não supõe reconhecer uma liberdade ao legislador para criá-los de modo deliberado, devendo, ao contrário, subordiná-los aos interesses individuais, haja vista que estes constituem a base do sistema político e jurídico e em sua defesa estarão teleologicamente preordenados.”

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 149. “Ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, colectivos (...) Em todos estes domínios a criminalização é legítima e pode afigurar-se necessária. *Legítima*, porque tais bens ... encontram refracção legitimadora expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos. *Necessária*, de um ponto de vista de prevenção *negativa*, porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral *positiva*, de modo a reforçar a

Assim, a característica central deste tipo de bem jurídico-penal reside no fato de que podem ser aproveitados por todos os indivíduos de maneira geral, sem possibilidade de exclusão de qualquer pessoa de seu gozo⁶⁷. Apresentando-se como bens de maior abstração em relação aos bens jurídicos individuais⁶⁸, é verdade que, em diversos casos, sua proteção se aproximará de uma criminalização de comportamentos, sem referência direta aos resultados efetivamente obtidos, mas devido às suas relações com o bem jurídico coletivo protegido⁶⁹.

Nesta linha argumentativa, Bernd Schünemann refere-se aos chamados “bens jurídicos intermediários”, que consistiriam na proteção de uma instituição criada pelo legislador como forma de garantir um interesse coletivo fundamental⁷⁰. Assim, entende o autor que, enquanto os bens jurídicos coletivos poderiam ser contestados em face do distanciamento entre lesividade e ação criminoso, os bens jurídico-penais intermediários se refeririam à proteção penal de instituições sociais destinadas à proteção de bens jurídicos de caráter coletivo, não podendo, portanto, ser objeto da mesma crítica⁷¹.

Claus Roxin, por sua vez, chama de “bens jurídicos” às realidades⁷² ou fins que podem ser protegidos pelo direito penal, com a condição de serem essenciais a uma vida em sociedade em que se garanta a eficácia dos direitos humanos ou do sistema estatal

disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito.”

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 150.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 151.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 154. “a tutela dos grandes riscos e das gerações futuras pode em certos casos, passar pela assunção de um *direito penal do comportamento* em que são penalizadas e punidas puras *relações da vida como tais*.”

⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección..., p. 80. “La hipóstasis de bienes jurídicos colectivos aparentes que há sido criticada precedentemente debe ser distinguida de aquellas constelaciones en las que el legislador ha intercalado una *institución* para cumplir con su definitiva tarea de protección, la que su vez necesita de protección penal. Para ello, he acuñado ya hace décadas la expresión 'bien jurídico intermedio' (*Zwischenrechtsgut*), siendo absolutamente consciente de que esta simple expresión no puede reflejar ni siquiera mínimamente las cuestiones de la constitución de bienes jurídicos que precisamente em este punto son altamente difíciles.”

⁷¹ *Op. cit.*, p. 83. “Otro ejemplo lo ofrece la *múltiple causalidad* en la moderna sociedad industrial, que conduce frecuentemente a problemas y dificulta sumamente la imputación penal no sólo, pero sobre todo también, en la protección del medio ambiente. Ella es una de las razones principales por las que la penalidad debe ser adelantada al ámbito de la bagatela o poca cuantía. En parte, los problemas pueden ser atenuados creando el legislador un *bien jurídico intermedio de la soberanía en el razonamiento*. En general, se trata de establecer límites marcantes de punibilidad en un campo difuso, en el que el simple pensamiento de la acumulación no puede resolver por sí mismo el problema de bagatela.”

⁷² Para Roxin, o bem jurídico é um bem ideal, que se encarna em um objeto real por meio do qual se lesiona o bem jurídico. Portanto, o furto de uma bolsa apenas lesiona o bem jurídico ideal “propriedade” na medida em que este se encarna na bolsa roubada (objeto da ação). AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, p. 252. “Roxin caracteriza el bien jurídico como 'un bien ideal' que sólo puede ser lesionado a través del ataque al 'objeto de la acción' en que el bien ideal 'se encarna’”.

fundado na concretização destes direitos⁷³. Assim, como exemplos evidentes de bens jurídicos em uma sociedade democrática poder-se-iam mencionar a vida, a propriedade e a liberdade de consciência.

Nesta ordem de considerações, não se pode identificar o bem jurídico com a finalidade da norma, vez que a ideia exposta por Roxin é crítica relativamente à legislação penal posta. Em outras palavras, o bem jurídico não é o objeto que a norma indistintamente protege. Ao contrário, nesta linha de raciocínio adotada, o bem jurídico é aquilo que a norma penal *deveria* proteger⁷⁴.

Para Roxin, os bens jurídicos são realidades históricas, sem qualquer eternidade jusnaturalista. Assim sendo, a avaliação da legitimidade da legislação penal, com base na ideia de bem jurídico, deve ser realizada tendo em vista a realidade jurídica de uma sociedade historicamente situada. Para tanto, a base constitucional mostra o caminho das opções políticas que devem orientar os raciocínios jurídicos, oferecendo os fundamentos para a avaliação crítica da legislação penal⁷⁵.

Por fim, ainda que destaquemos Roxin como defensor da ideia de proteção de bens jurídicos como a função primordial do sistema penal, deve-se reconhecer o fato de que mesmo este autor, de forma pragmática, vem reconhecendo a existência, no sistema de direito penal contemporâneo, de normas que não se enquadram no que convencionalmente chamaríamos de proteção a bens jurídicos⁷⁶. Este é o caso das antecipações da tutela penal a estágios pré-lesivos⁷⁷, bem como da proteção de interesses de gerações futuras ou da

⁷³ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 448. “se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.”

⁷⁴ Op. cit., p. 448-9.

⁷⁵ Op. cit., p. 458. “Los bienes jurídicos no tienen una eterna validez jusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales.”

⁷⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, p. 47: “Até Roxin, mais recentemente, também afirma que, em determinados casos, em certas incriminações dos dias de hoje, não se verificam bens jurídicos, como seriam os casos da tutela penal de animais, plantas, embriões e interesses de gerações futuras, gerando o que, para muitos, acaba por se mostrar como seu momento de maior crise.” ROXIN, Claus. Op. cit., 453: “Se podría afirmar sin más que un precepto penal que no protege bien jurídico alguno es nulo por constituir una intromisión excesiva en la libertad de los ciudadanos. Por supuesto, a la hora de enjuiciar si un precepto penal se puede considerar un instrumento útil para la protección de bienes jurídicos habrá de concederse un margen de apreciación al legislador. Pero cuando no pueda encontrarse una fundamentación seriamente defendible, la consecuencia tendrá que ser la nulidad de semejante norma penal 'desproporcionada'. El futuro mostrará en qué medida lograrán imponerse las anteriores reflexiones.”

⁷⁷ ROXIN, Claus. Op. cit., 453. “El principio de protección de bienes jurídicos no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de los tipos penales. En la doctrina jurídico-penal alemana se discute intensamente sobre la justificación democrática de la tendencia de nuestro legislador a adelantar la

proteção de animais⁷⁸.

1.3. A defesa da vigência das normas

A legitimidade material do direito penal, segundo Jakobs, decorre da sua necessidade para manutenção da configuração da sociedade e do Estado, não havendo qualquer conteúdo próprio que as normas penais devam apresentar⁷⁹.

O direito penal age como garantidor de normas, mantendo a configuração da sociedade. Na manutenção das expectativas sociais necessárias ao correto funcionamento da vida em sociedade, portanto, é que reside sua importância⁸⁰. Neste contexto, a vigência das normas apresenta-se como função do direito penal, isto é, como o bem a ser por ele protegido⁸¹.

intervención penal a estadios previos a la lesión del bien jurídico.”

⁷⁸ Op. cit., p. 456. “Hay un punto importante en el cual coincido en conjunto con Stratenwerth. Éste quiere incluir entre las finalidades del Derecho penal la protección de los animales y de las condiciones para la existencia de las generaciones futuras. Yo también pienso que el maltrato de animales o la extinción de especies puede pensarse, igual que por ejemplo la destrucción del clima que perjudique de forma duradera la vida de las generaciones futuras. Ello parecería contradecir la idea de protección de bienes jurídicos, porque lo que se haga a los animales o a las generaciones futuras no tiene por qué perjudicar a las personas actualmente vivas.”

⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 61. “A legitimização material consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional.”

⁸⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, p. 69: “O direito penal teria, então, por função garantir a identidade da sociedade, respondendo ao fato punível que é tomada em seu significado comunicativo. Quando a sociedade impõe uma pena, afirma sua recusa em alterar sua configuração em razão do fato punível como ato de evolução, mantendo firme seu *status quo*. A pena tem, assim, a função de restabelecer, no plano da comunicação, a vigência perturbadora da norma, contradizendo o projeto de mundo do infrator: 'este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante'. As normas são, portanto, definidas como os verdadeiros bens jurídico-penais tutelados, não sendo relevantes no processo da ratificação do sistema as consequências psicossociais advindas da imposição da pena, a qual se atribui, assim, exclusivo fim de prevenção geral sistêmica.”; GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 34: “Enquanto cada qual continuar a representar seu papel, as normas da sociedade estão sendo respeitadas, a sociedade permanece, portanto, ela mesma, igual ao que sempre fora.” e na p. 35: “E é para reafirmar a forma determinante do papel, a vigência da norma violada e a identidade normativa de uma sociedade, que o direito penal entrará em ação. A pena reafirmará que a norma, apesar de violada, ainda é norma; e que a sociedade, apesar de questionada, ainda é a mesma.”

⁸¹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 61. “A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas

Destaca-se, por conseguinte, a distinção entre o pensamento tradicional da teoria do bem jurídico e o pensamento de Jakobs, para quem a teoria do bem jurídico não explica corretamente a função do direito penal⁸², podendo tomar qualquer conteúdo desejado pelo legislador⁸³. Jakobs sustenta que a perspectiva de proteção a bens jurídicos termina por ampliar o conjunto de ações penalmente relevantes, transformando o autor do delito em verdadeiro inimigo da sociedade⁸⁴.

Assim, a imensa dificuldade em se definir o conteúdo preciso do conceito de bem jurídico-penal se apresenta como elemento que reforça a fragilidade do argumento que o considera como a base do direito penal. Se esta dificuldade já era bastante evidente diante de preocupações da sociedade moderna industrial de traços liberais, tanto maior se apresenta na sociedade pós-industrial hodierna, na qual a maior parte das preocupações se refere a bens coletivos e não mais apenas a bens individuais⁸⁵.

Jakobs também critica a ideia presente já no pensamento de v. Liszt de que o ordenamento jurídico apenas reconheceria interesses criados pela própria realidade social – ou pela cultura – afirmando que não se pode excluir o direito da ordem social na qual se

essenciais frente à decepção.”

⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação, pp. xii-xiii. “Enquanto a ideia de *bem jurídico* para o Direito Penal, pelo menos desde Birnbaum e Binding, na Alemanha, sempre esteve associada à proteção daqueles bens e/ou interesses culturalmente cultivados e assim valorados em determinada comunidade jurídica, em Jakobs o que pode ser qualificado como bem jurídico *penal* é precisamente a *norma penal*, de cuja proteção há de cuidar o Direito Penal, por meio daquilo que se denomina ‘sanção penal’”

⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, p. 185.

⁸⁴ JAKOBS, Günther. *Fundamentos de direito penal*, p. 110-1. “Esse princípio [o do bem jurídico] induz a crer na legitimidade de tudo aquilo que pode ser posto em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico. O que com razão pode ser qualificado como um ataque perigoso a um bem jurídico tem que ser, segundo parece, socialmente nocivo, se se intenta definir o estado de integridade da sociedade pela intangibilidade dos bens jurídicos. (...) Em um consequente desenvolvimento desse critério de tomar como ponto de partida a proteção de bens jurídicos, deveria combater penalmente também os pensamentos perigosos de autores potenciais, ou, mais ainda, as fontes de onde surgem esses pensamentos perigosos.”

⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 67-8. “Quanto mais recrudescer a confiança de que os pressupostos da vida dos cidadãos e de sua configuração não de se ajustar por vias naturais, por meio da autor-regulação do mercado ou, de outra forma, sem regulação finalista, mais o Estado assume a administração desses pressupostos, estendendo também a eles a tutela penal em sua regulação finalista; eles passam, assim, a inserir-se na categoria de bens jurídicos: meio ambiente, saúde pública, etc. Em princípio, isso não é novidade; por excelência, toda institucionalização de atividades estatais pode converter-se em bem jurídico; nesse sentido, os objetivos modernos do Estado equiparam-se aos clássicos (segurança externa e interna). Mas, os novos bens apresentam particularidades quantitativas que diluem o conceito de bem jurídico: sua fronteira em relação ao que é socialmente adequado é materialmente arbitrária quando nítida (entorpecentes proibidos contra drogas geralmente aceitas); em outros casos, é um produtos tão vago da discricionariedade governamental e administrativa que a proteção do bem corre o risco desaparecer por trás da proteção da executabilidade de decisões (meio ambiente). Não está determinado se o Estado Social que administra a qualidade de vida poderia, contudo, renunciar à tutela penal de tais bens jurídicos.”

insere⁸⁶. Neste sentido, Jakobs abandona a noção de bem jurídico como *interesse* e passa a defini-lo como *unidade funcional*. Assim, são compreendidos como bens jurídicos aqueles objetos sociais sujeitos à regulação jurídica que desempenham função na sociedade ou em qualquer de seus subsistemas. Esta posição, no entanto, não soluciona a dificuldade de delimitação das fronteiras do conteúdo da noção de bem jurídico⁸⁷.

A teoria apresentada desloca o núcleo dos delitos da lesão a um bem jurídico para a existência de uma infração de dever⁸⁸. Nesta ordem de considerações, não se pode considerar um comportamento fora ou dentro do âmbito penal sem ter como referência a sociedade na qual se insere e, conseqüentemente, a própria ordem jurídica conformadora de tal sociedade⁸⁹.

Sendo assim, a função do direito penal não pode ser a de garantir bens jurídicos contra ofensas, mas sim a de conferir proteção à própria vigência das normas e apenas

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 69-70. "... o caráter bom do bem jurídico deve constituir um 'interesse vital' antes mesmo de seu reconhecimento jurídico. 'Não é o ordenamento jurídico que gera o interesse, mas a vida; no entanto, é a proteção jurídica que eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico', não estando claros, aqui, todavia, os critérios segundo os quais o Direito positivo distingue entre interesses a serem reconhecidos e interesses a serem rejeitados (criminosos também perseguem interesses). Com um otimismo menos mercado pelo naturalismo, a cultura vem ocupar, ao menos algumas vezes, o lugar da 'vida' geradora de interesses. 'Se quisermos saber como surgiram esses interesses, precisamos estudar a História da Cultura, mas também não podemos esquecer que alguns interesses fundamentais são inerentes à natureza humana'. Entretanto, a indeterminação da fonte de interesses da 'cultura' (uma cultura isolada do respectivo ordenamento jurídico?) enfraquece a potência crítica."

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 71. "... adotar-se-á o conceito de unidade funcional. Nesse conceito, torna-se claro que nem todo objeto de regulação de uma norma constitui um bem jurídico, mas, ao contrário, apenas aquele que tem que desempenhar uma função para a sociedade ou para um de seus subsistemas, inclusive o cidadão. ... Contudo, o conceito da unidade funcional tampouco soluciona o problema de quais funções devem ser reconhecidas como juridicamente legítimas (uma associação com fins criminosos também é uma unidade funcional); nesse sentido, o conceito não oferece nenhuma vantagem em relação à noção de interesse: essa debilidade, como ficará demonstrado, é peculiar à Lei Fundamental do conceito de bem jurídico."

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 72. "Portanto, a lesão de um bem jurídico não pode ser vista como núcleo de todos os crimes. Essa conclusão modificou-se no sentido de que o núcleo de todos os crimes somente deveria ser encontrado numa infração de dever, não devendo esta última constituir apenas um nome para aquilo que crimes de lesão de um bem jurídico e crimes especiais têm em comum."

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 74-5. "Os conteúdos do comportamento de outras pessoas não podem ser penalmente regulados no interesse desses próprios conteúdos. Um comportamento que não tem efeitos externos, nem objetivamente, nem segundo a opinião dos cidadãos, retira-se do âmbito dos comportamentos a serem penalmente regulados por falta de referência social por constituir mera imoralidade. Entretanto, não é possível determinar o que é meramente imoral sem suposições prévias sobre a forma da sociedade. O fato, por exemplo, de o homicídio de uma pessoa aleijada não ser meramente imoral, mas os comportamentos lésbicos sim, apenas é válido para sociedades que consideram como assunto público a existência de todos os membros, mas não a atividade sexual consensual dos membros. Para sociedades que se definem como bastião de elites biológicas, a decisão pode ser inversa; sociedades que elevam o aperfeiçoamento de seus membros à categoria de assunto público podem penalizar ambas as formas de comportamento descritas no exemplo. Assim, pois não existe uma fronteira cuja validade seja absoluta entre, de um lado, o comportamento meramente imoral e, de outro, a lesão do bem jurídico, a infração de dever especial e a violação da paz social; mas, pode-se muito bem determinar relativamente o limite para uma sociedade de determinada configuração."

indiretamente aos bens jurídicos por ela protegidos, sem qualquer definição prévia de conteúdo⁹⁰.

Jakobs parte de uma visão sistêmica do direito para afirmar que a pena apresenta-se como confirmação de vigência da norma, estabilizando expectativas confrontadas pela lesão ocorrida⁹¹. Esta teoria guarda proximidade com a teoria de Hegel, para quem a pena é a negação do fato delituoso, que por sua vez é a negação da norma. Assim, a imposição da pena seria a neutralização de uma perturbação do sistema social provocada pela conduta delituosa⁹².

No âmbito desta teoria, portanto, perderia importância a ideia de bem jurídico, pois este não é o foco da proteção penal, mas sim o sistema jurídico como um todo⁹³. Isto, pois a tese de Jakobs está apoiada na ideia concebida por Niklas Luhmann de que o Direito constitui estrutura redutora de complexidades sociais, por meio da produção de expectativas normativas⁹⁴.

Sendo assim, o direito penal não teria por função a proteção de bens jurídicos previamente concebidos, mas sim a proteção de expectativas sociais baseadas em escolhas decorrentes do processo político⁹⁵. Se isso é verdadeiro, a ideia de bem jurídico ideal pode

⁹⁰ CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, p. 56. “O centro de proteção do Direito Penal, no pensamento de Jakobs, deixa de ser os bens jurídicos em si, mas o reconhecimento da validade das normas e a confiança que deve inspirar nos cidadãos que a elas aderiram.”

⁹¹ *Op. cit.*, p. 55. “A prevenção geral positiva é o exercício da fidelidade ao Direito.”; p. 56. “A missão da pena, que é a resposta ao infrator da norma, e executada a sua custa 'é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais.’”

⁹² ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Direito penal brasileiro – primeiro volume: teoria geral do direito penal*. p. 122.

⁹³ *Op. cit.*, p. 123. “As categorias de análise jurídica se esvaziariam; o sistema seria o único bem jurídico realmente protegido; o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo da lesão à confiança no sistema, embora não afetasse os direitos de ninguém.”

⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. p. 37. “Jakobs fundamenta sua construção afirmando que a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social. (...) O Direito, desde um prisma luhmaniano, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, enquanto que a norma se posta como uma geradora de expectativas.”

⁹⁵ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado, p. 256-7. “La imputación en cuanto delito sirve para establecer una garantía segura respecto del comportamiento de otros, 'segura' en sentido de que a pesar de la defraudación, del conflicto, no es necesario abandonar la expectativa de que se produzcan comportamientos que no defrauden, y esto supone que, que la expectativa de comportamiento está 'estabilizada contrafacticamente'. Esta estabilización tiene lugar a través de la imputación, en cuanto definición de la 'causa' relevante del conflicto, mientras que la pena funciona como símbolo de la seriedad de la definición, y en todo caso opera de manera indirecta como medio de prevención en sentido habitual.”; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 177. “Para Jakobs, o Direito Penal mostra-se como um mecanismo de resolução de problemas sociais. Aqui, como se viu, o seu rompimento com a premissa maior da questão relativa aos bens jurídicos. Ele, claramente, aponta nesse sentido, ao mencionar que as normas penalmente sancionadas regulam o comportamento humano para possibilitar a vida social, a qual não poderia existir sem a segurança das expectativas.”

dar lugar a uma teoria normativa do direito penal⁹⁶.

Na linha defendida por Luhmann, as normas seriam esquemas de coordenação entre âmbitos de organização. O reconhecimento e proteção destes âmbitos de organização é que determinariam a existência de deveres organizacionais que configurariam a juridicidade ou antijuridicidade de uma conduta⁹⁷. Esta antijuridicidade, do ponto de vista intersubjetivo e comunicacional, seria o elemento determinante para a existência do injusto penal, em lugar da ofensa ou colocação em perigo de um bem jurídico.

Roxin, por outro lado, rejeita a teoria de Jakobs argumentando que a norma tem sempre como finalidade a obtenção de um estado de coisas, não podendo se apresentar como um fim em si mesma. Em um Estado Democrático, tal estado de coisas não poderia ser outro que a garantia de convivência pacífica entre os cidadãos, destacando-se, portanto, a ideia de bens jurídicos como objetos essenciais ao alcance desta finalidade⁹⁸.

Bernd Schünemann, por sua vez, chega inclusive a afirmar ser tautológica a construção teórica de Jakobs na medida em que substituiria o conceito abstrato de “bem jurídico” por outro ainda mais abstrato e autoreferenciado, por ele chamado de “competência”⁹⁹.

Por fim, outra crítica que se coloca à teoria de proteção da vigência das normas corresponde à ideia de que o formalismo de tal posicionamento inviabiliza uma visão

⁹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 38. “De acordo com o seu pensamento, a teoria do bem jurídico é desprovida de potencial crítico podendo dizer respeito a qualquer opção do legislador. A necessidade basta-se na satisfação das expectativas sociais postas. Para ele, a proteção ao *status quo* melhor se mostraria desde uma perspectiva normativa, o que denotaria o verdadeiro fim do Estado, sem prejuízo de opções liberais. Conforme essa linha de pensar, o Direito Penal não deve servir para uma proteção genérica de bens jurídicos, mas sim para a proteção de bens contra certos ataques garantidos que são pela norma, sem que haja uma identificação prévia a esta.”

⁹⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 42-3. “Lo decisivo para la existencia de un injusto penal y el único elemento común denominador de todos los injustos es la lesión de la juridicidad en el plano comunicativo de la intersubjetividad en la medida en que las normas son esquemas de coordinación entre ámbitos de organización.”

⁹⁸ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, p. 446. “la norma no puede pretender unicamente la obediencia por parte de los ciudadanos, sino que siempre tiene que dirigirse a la obtención de una acción o una omisión, esto es, a la producción de un determinado estado de cosas. En un Estado de Derecho democrático ..., este estado de cosas sólo puede consistir en la convivencia pacífica, libre y respetuosa de los derechos humanos de los distintos miembros de la sociedad.”

⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización, pp. 71-2. “En segundo lugar cabe considerar una *definición tautológica*, como es preferida últimamente por el normativismo libre de empirismo de la escuela de Jakobs. Por ejemplo, cuando los numerosos problemas de la autoría y de la imputación objetiva son resueltos con ayuda del término de la 'competencia', con lo que lo desconocido se define mediante algo aún más desconocido y, de este modo, produce sólo soluciones, aparentes.”

crítica do ordenamento jurídico, revelando a face conservadora dos argumentos que sustentam tal teoria¹⁰⁰. Se a função do direito penal consiste apenas na proteção do próprio ordenamento, não pode a teoria penal servir como elemento de crítica ao conteúdo dos tipos formais selecionados pelo legislador¹⁰¹.

Neste sentido, Jakobs contra-argumenta afirmando que também a teoria do bem jurídico é formalista, na medida em que não se tem ao certo *o que* deve corresponder ao conteúdo dos bens jurídico-penais¹⁰². Ademais, afirma que o direito penal ultrapassa o âmbito dos bens jurídicos, posto que há interesses sociais a serem protegidos penalmente que não podem ser classificados como bens jurídicos, ao mesmo tempo em que há bens que não são objeto de proteção pela ordem jurídica¹⁰³.

Além disso, Jakobs argumenta que a sociedade não é uma ferramenta para proteção de bens jurídicos. Pelo contrário, os bens jurídicos são legitimamente sacrificados como forma de permitir contatos sociais. Assim sendo, bens jurídicos existem apenas na medida em que desempenham funções sociais¹⁰⁴.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. xxi. “Particularmente em relação ao sistema funcional sistêmico, sobretudo a partir das obras de Alessandro Barata, intelectual notável e seguramente de maior consistência no âmbito da Criminologia Crítica, argumenta-se contra o alto grau de conservadorismo de tal perspectiva, pelo excessivo *formalismo* do chamado ‘bem jurídico penal’, tendente a promover acriticamente a manutenção de todo e qualquer modelo social com o qual se queira operar.”

¹⁰¹ TAVARES, Juarez. *Mito e ideologia: objetos não manifestos do direito penal*, pp. 16-7. “Aos que insistem, ainda que bem intencionados, ... que à pena se poderia assinalar uma natureza retributiva, porque só assim se poderia assegurar sua limitação, ou àqueles que, bem ou mal intencionados, postulam que a pena restabeleceria a norma violada, podemos opor vários argumentos. Se a norma incriminadora é resultado da assunção de um mito, porque não se pode dele afastar, quer como norma asseguradora de um dever universal, que no fundo é expressado por meio do Estado, que o incorpora, quer como recurso de natureza formal ou contrafática que estabiliza o sistema, quer como medida de delimitação de zonas de liberdade, conforme os interesses das classes hegemônicas, ainda que elevados à categoria de interesses universais – a ideologia se encarrega de fazê-los universais –, a pena, que se destina, prioritariamente, a obrigar que tudo se restabeleça, não passará de um fator ideológico de sedimentação do sistema. E quanto mais reestabiliza o sistema, mais fortalece o mito, mais comunica que o monstro é invencível e que, por isso mesmo, o sistema deve continuar como é, com suas garras atentas para a destruição.”

¹⁰² Op. cit., p. xxii. “Acerca do *formalismo* excessivo do conceito de *bem jurídico penal* (a norma penal), o autor sustenta que referido questionamento também poderia ser lançado ao tradicional conceito de *bem jurídico*, presente nos demais sistemas penais, já que somente em determinada sociedade concreta é que se saberia *quais* seriam aqueles (bens) eleitos (em Lei) para proteção.”

¹⁰³ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 76. “A configuração do ordenamento a ser protegida pelo Direito Penal não é definida por todos os bens e nem sempre somente por bens. A soma de todos os bens jurídicos não constitui o ‘ordenamento social’, mas apenas um setor deste último, que, ademais, apenas pode ser caracterizado se forem conhecidos os limites do ordenamento. Somente o interesse público na preservação de um bem é que o transforma em bem jurídico, e o interesse público nem sempre concerne apenas à preservação de bens.”

¹⁰⁴ *Idem ibidem*. “A sociedade não é uma instituição para preservação, nem mesmo para maximização de bens; pelo contrário, o que existe é o sacrifício de bens para possibilitar o contato social ... na realidade, apenas existem bens jurídicos quando e na medida em que desempenham uma ‘função’, ou seja, na medida em que estejam na vida social causando e recebendo efeitos. Vida, saúde, propriedade, etc. não ‘existem simplesmente; sua existência consiste em desempenhar uma função, qual seja, a de exercer e

Ainda assim, Jakobs não renuncia à noção de bem jurídico, mas retira dela o papel de fundamentação do direito penal¹⁰⁵, na medida em que afirma que a função do direito penal não coincide com a proteção de tais bens contra lesões. Neste sentido, defende o autor que a punibilidade deve estar voltada à ideia de nocividade social e não a um suposto valor intrínseco do bem jurídico¹⁰⁶.

Por fim, ainda outra teoria poderia ser apresentada como alternativa à ideia de proteção a bens jurídicos como fundamento do direito penal. Tal alternativa seria encontrada nos estudos anglo-saxões a respeito do chamado *harm principle* ou princípio do dano, inaugurado no pensamento político-filosófico de J. S. Mill¹⁰⁷, a respeito dos limites da intervenção sobre a liberdade individual¹⁰⁸.

O filósofo John Stuart Mill, em seu trabalho publicado em 1859, intitulado “Sobre a Liberdade”, afirma que a única finalidade pela qual o poder pode ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade é para prevenir que outros indivíduos sejam prejudicados¹⁰⁹. Ao afirmá-lo, Mill estabeleceu as bases do chamado *harm principle*,

suportar efeitos.”

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 78-9. “Bem jurídico-penal é a eficácia fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens jurídicos, às funções e à paz jurídica. Essa eficácia é prejudicada quando o comportamento do agente manifesta uma falta de respeito corresponde.”

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 78. “Concluindo: não se pode prescindir de um filtro da nocividade social, sendo que as normas que passam por esse filtro são, em parte, normas protetoras de bens jurídicos (crimes especiais e crimes de mão própria) e, em parte, normas sobre a proteção da paz. O importante é que a punibilidade oriente-se não pelo que é contrário ao valor *per se*, mas apenas contra a nocividade social.”

¹⁰⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, p. 287-8: “De forma geral, pode-se afirmar que toda filosofia do direito penal do liberalismo apoia-se no princípio do dano, segundo o qual a tutela penal volta-se a evitar danos a terceiros. A enunciação do *harm principle* deve suas raízes a John Stuart MILL, que o define em 1859, na obra, *On Liberty*, como princípio de liberdade. Uma das fontes inspiradoras do referido autor foi Wilhelm von HUMBOLDT, que já em 1792 postulou, na obra *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, a exigência de que ao Estado não é permitido, por meio do direito penal, ter como objetivo outra finalidade que não a segurança dos cidadãos, sendo-lhe permitido proibir somente as ações cujas consequências ofendam os direitos de terceiros, isto é, que restrinjam a liberdade ou propriedade em contraposição à vontade alheia. Verifica-se, assim, que o *harm principle* e o conceito de bem jurídico se baseiam nas mesmas raízes, materializadas na teoria do dano social do século XVIII.”

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 66. “En efecto, por un lado, en el debate se trata el interrogante acerca de si las tareas y límites del Derecho Penal son caracterizados del mejor modo posible mediante el criterio de la lesividad social, como ya recurrían a él los teóricos de la Ilustración, o si debe preferirse el concepto de bien jurídico, desarrollado por Birnbaum y utilizado actualmente en la fórmula de la *ultima ratio* para la protección del bien jurídico como requisito fundamental del Derecho Penal.”

¹⁰⁹ MILL, John Stuart. *On liberty – chapter 4*. Disponível em: http://ebooks.adelaide.edu.au/m/mill/john_stuart/m645o/chapter4.html (Último acesso em 14.04.2011): “As soon as any part of a person's conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it, and the question whether the general welfare will or will not be promoted by interfering with it, becomes open to discussion. But there is no room for entertaining any such question when a person's conduct affects the interests of no persons besides himself, or needs not affect them unless they like (all the persons concerned being of full age, and the ordinary amount of understanding). In all such cases there should be perfect freedom, legal and social, to do the action and stand the

utilizado pela doutrina anglo-saxã como critério limitador do poder punitivo estatal¹¹⁰.

Influenciado por este pensamento, Joel Feinberg acrescenta ao afirmado por Mill a ideia de que a liberdade também pode ser limitada para evitar condutas perigosas. Em outras palavras, não seria necessário o efetivo dano, bastando em alguns casos o risco de consequências lesivas decorrentes da conduta¹¹¹.

Nesta ordem de considerações, ensina Andrew v. Hirsch que apenas se poderia falar de dano nos casos de conduta que viole um interesse, entendido este como um meio ou capacidade que possui valor para a manutenção da qualidade de vida¹¹². Assim sendo, os ditos bens jurídicos coletivos poderiam ser abarcados pelo *harm principle*, desde que de algum modo fizessem referência a proteção da qualidade de vida dos indivíduos¹¹³.

Em oposição, Michael Kahlo entende que o princípio do dano não se confunde com a teoria do bem jurídico penal. Isto, pois o bem jurídico penal afirma as condições necessárias para o desenvolvimento pleno da liberdade individual e da própria sociedade na qual se inserem os agentes. Por outro lado, o princípio do dano refere-se a estados lesivos de interesses alheios como o fundamento de intervenção estatal sobre a esfera de liberdade do indivíduo¹¹⁴.

consequences.”

¹¹⁰ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal, pp. 59-60. “Según ese principio limitador de la libertad, el comportamiento humano sólo debería ser punible cuando conlleve un daño para terceros (*harm to persons other than the actor*).”

¹¹¹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño', p. 40. “Mientras que MILL limitó su concepción esencialmente a las conductas dañosas, FEINBERG considera que bajo determinadas circunstancias el riesgo de consecuencias lesivas puede equipararse al daño efectivo. Desde estas premisas, admite la criminalización de distintas formas de peligro abstracto. De acuerdo con la teoría de FEINBERG, las conductas que no causan un daño pueden ser prohibidas siempre que puedan dar lugar a consecuencias lesivas en un futuro, para cuya evaluación será determinante la probabilidad y la gravedad del eventual daño a producir.”

¹¹² Op. cit., p. 42. “una conducta lesiva es el menoscabo de un recurso a cuya existencia indemne tiene derecho otra persona. (...) La respuesta podría encontrarse en esa noción de recurso que late tras el interés, definiéndolo como un medio o una capacidad quem en el caso normal, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida.”

¹¹³ Op. cit., p. 45. “El *harm principle* puede abarcar conductas lesivas de bienes colectivos, al menos en los casos normales, radique en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, esto es, que lo prioritario son los intereses personales.”

¹¹⁴ KAHLO, Michael. Op. cit., p. 61. “Pero sobre todo, el *harm principle* así concebido no es una categoría equivalente a la del concepto de bien jurídico: mientras los bienes jurídicos, tal como fue puesto de manifiesto *supra* en el epígrafe II, deben ser entendidos como elementos básicos *constitutivos* de la libertad personal, el *harm principle* se ocupa de estados *lesivos*.”

1.4. O bem jurídico é realmente necessário?

A questão da necessidade ou não do bem jurídico como *topos* na dogmática penal apresenta profundas consequências sobre o tema em discussão neste trabalho. Isto, porque, para os defensores da teoria do direito penal como protetor da vigência de normas, os limites à participação penal devem ser de ordem objetiva, sem necessidade de referência a elementos subjetivos¹¹⁵. Isto se deve ao fato de que estes autores sustentam suas posições em construções normativas baseadas, em parte, no fato de que se vive em uma sociedade complexa, cujo fundamento das interações sociais, o princípio de organização, é a confiança¹¹⁶.

Na visão de Feijóo Sanchez, não se trata de escolher entre uma e outra visão, posto que estas não são incompatíveis, distinguindo-se apenas na ênfase que cada uma dá a cada elemento. Isto, pois é preciso reconhecer que não pode haver bens jurídicos sem normas que os delimitem, assim como normas sem referencial, ainda que mediato, em bens jurídicos¹¹⁷.

Nesta ordem de considerações, a existência de bens jurídicos *sui generis*, como seguridade social, saúde pública, segurança dos transportes e ordem econômica, somente é possível se considerarmos o bem jurídico como uma realidade normativa, isto é, como tendo os seus limites e caracteres apresentados pelas próprias normas. Em sentido contrário, se se adota a visão de que as normas apenas reconhecem bens jurídicos existentes na realidade, então, teremos de lidar com muitos problemas ao enunciar os mencionados bens jurídicos *sui generis*¹¹⁸.

¹¹⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 55. “(...) propuse una serie de criterios para determinar dicho significado objetivo, con independencia del sentido subjetivo que tenga para el que participa en el hecho su comportamiento (los conocimientos no convierten en participación lo que objetivamente no lo es y puede existir una participación por imprudencia inconsciente).”

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 54. “(...) vivimos en una sociedad que parte de la confianza como principio organizativo y no de la desconfianza.”

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 31. “Sin embargo, no creo que exista una incompatibilidad entre la idea de la seguridad de normas y la seguridad de bienes si se tiene en cuenta que la primera conlleva la segunda y que, en realidad, los bienes jurídicos son construcciones normativas (sin normas no hay bienes jurídicos, sólo intereses individuales)”; p. 39. “Mediante la estabilización de las normas se cumple una función de protección de bienes previniendo su lesión o puesta en peligro a través de comportamientos antijurídicos. Lo que sucede es que, desde esta perspectiva, la pena sólo proporciona una seguridad cognitiva o empírica de bienes de forma mediata o indirecta ofreciendo seguridad normativa, es decir, mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico.”

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 40.

No entendimento de Zaffaroni e Pierangeli, por outro lado, o bem jurídico não pode ser prescindido na construção do tipo, pois que o tipo penal sempre fará referência a um ente protegido pela legislação como efeito de um interesse especial que expressa o legislador por tal ente¹¹⁹.

Afirma-se, por conseguinte, que o direito penal não pode prescindir do conceito de bem jurídico, em razão das funções que este desempenha. Trata-se, de um lado, de função garantidora dos direitos fundamentais – decorrente do princípio republicano; de outro, de função teleológico-sistemática – fornecendo sentido para a proibição penal¹²⁰.

De nossa parte entendemos, como Feijoo Sanchez, que as posições, embora contrárias, não são inconciliáveis. A existência de novos interesses na sociedade contemporânea, distintos dos interesses tradicionais do direito penal liberal individualista, não afasta a necessidade do bem jurídico-penal como critério limitador do poder punitivo estatal.

Ora, se o bem jurídico reporta aos interesses básicos necessários à vida em sociedade, hoje e futuramente, mister é reconhecer que estes interesses modificam-se com o desenvolvimento de novas formas de vida, vez que acompanham as mudanças na própria realidade social. Assim é, pois, já em outros momentos, foi afastada da doutrina penal a proposição jusnaturalista de que o direito teria conteúdo imutável e cognoscível, por meio da racionalidade humana.

De outro modo, é bem verdade que os limites aos interesses essenciais à vida em sociedade nem sempre são claros, reportando à situação referida por Ronald Dworkin

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. p. 398-9. “Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um 'para quê?' do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal. Numa pura 'jurisprudência de conceitos'.”

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 402. Posição semelhante é apresentada por OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação, p. xxiii: “a exigência de lesão a bens jurídicos, para fins de legitimação de uma norma penal, parece oferecer maior segurança ao cidadão, enquanto se puder qualificar como tal (bem jurídico) somente aquele objeto de valoração socialmente reconhecida.” Cf. ainda GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 39: “O que interessa não é se uma sociedade é idêntica a si mesma, e sim se ela consegue garantir o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais dos cidadãos. E se o direito penal deve (função, em sentido normativo) proteger a dignidade humana, os direitos fundamentais etc., ele não protege normas e sim bens jurídicos. Noutras palavras: não é possível abandonar a ideia da proteção de bens jurídicos como função (em sentido normativo) do direito penal.”

relativamente aos chamados *hard cases*¹²¹.

Isto é, se é possível dizer com facilidade que em nossa sociedade a vida ou a liberdade são interesses a serem tutelados, não é tão fácil afirmar que a morte de um soldado em uma guerra declarada seja um homicídio ou que a execução de uma pena restritiva de liberdade seja equivalente a um crime de manutenção em cárcere privado. O mesmo vale para os casos de interesses supra-individuais que, por sua maior abstração, geram dúvidas com relação aos seus limites de proteção.

Ademais, a teoria do bem jurídico tradicional, apresenta insuficiências para lidar com critérios complexos de imputação como o risco permitido e o princípio da confiança – típicos dos interesses supra-individuais como a ordem econômica – pois estes não influenciam no processo de proteção do bem jurídico, mas sim na interpretação da conduta do indivíduo¹²².

Neste sentido, a atual evolução das formas de relação social evidencia as carências dessa teoria, o que se pode notar de modo claro no tema da imputação de delitos em organizações empresariais. É exatamente neste ponto que, segundo nosso entendimento, as normas – o que inclui regras e princípios – atuam conformando os limites dos chamados bens jurídicos.

Destarte, não é qualquer interesse – individual ou do Estado – que pode ser penalmente tutelado, mas apenas interesses essenciais à vida em sociedade, conforme a teoria do bem jurídico. Ainda assim, os limites desses interesses, quando se afastam do terreno dos casos simples para adentrar o obscuro espaço dos casos fronteirícios, somente podem ser determinados, em um Estado de Direito, com base nos princípios constitucionais e no debate político-legislativo¹²³.

¹²¹ “Casos difíceis”, no conjunto de ideias apresentadas por Ronald Dworkin, consiste nos casos em que não há disponíveis para o julgador regras aplicáveis de modo a solucionar o litígio. Nestes casos, segundo o autor, o juiz deveria buscar a solução na interpretação dos princípios existentes no ordenamento jurídico. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 131-2.

¹²² FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 49.

¹²³ Para uma análise crítica do conceito de bem jurídico como parte de um sistema reprodutor de agressões institucionalizadas, ver TAVARES, Juarez. *Mito e ideologia: objetos não manifestos do direito penal*, p. 4. “Não existe sistema penal em um Estado, não importa que receba o adjetivo de democrático ou não, sem sua subordinação a duas condições inalienáveis: ao mito da proteção e à ideologia da repressão, respectivamente, vinculados ao bem jurídico, como expressão do bem comum, e à pena, como garantidora da ordem.”

2. CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO PENAL EM ESTRUTURAS EMPRESARIAIS

2.1. Da causalidade à imputação no direito penal

No princípio da dogmática da ação, com a construção da teoria da equivalência das condições, cujo mérito foi libertar o direito penal dos processos medievais de imputação fundados sobre juízos mágicos e “provas de Deus”, a constatação das causas humanas naturalísticas do resultado era o fim do processo de imputação¹²⁴.

Significa dizer que a imputação penal resumia-se a um juízo de causalidade¹²⁵, posteriormente reduzida a uma causalidade “adequada”¹²⁶. Seria o bastante, portanto, ligar um resultado a uma conduta humana voluntária¹²⁷, por meio de uma regressão física

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 323-4.

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal – fundamentos e teoria do delito*, p. 154.

¹²⁶ Para a teoria da causalidade adequada, apenas são juridicamente relevantes aquelas causas que, dentro de um padrão de normalidade entre máximas de experiência, são seguramente idôneas para a produção do resultado analisado. Deste modo, são excluídas aquelas causas raras, frutos do azar e do acaso. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 328. Ver também, CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 55: “Von Bar diferencia causa de condição, e reconhece que causa é somente aquela que, de acordo com as regras gerais da vida e experiência geral, seja, como condição, adequada para a produção de determinado resultado. (...) significa que uma condição é causa de um resultado, quando, em geral, é apropriada, segundo a experiência para produzir o resultado típico.” Cf. ainda JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 284: “A teoria da adequação não substitui a teoria da equivalência, mas reduz a relevância de causas equivalentes. Segundo a teoria da adequação, uma causação somente será relevante do ponto de vista jurídico (na redação antiga: somente valerá como causação no sentido penal) se não for improvável.”. Presente ainda em FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 22: “La doctrina reconocía abiertamente que la teoría de la equivalencia no describía satisfactoriamente esta relación, sobre todo por lo que respecta a los cursos causales completamente *extraordinarios*. Tampoco se consideraba acertado contemplar el dolo o la imprudencia como correctivos, trasladando así la solución del problema al ámbito de la culpabilidad, un ámbito sistemático al que pertenecían el dolo y la imprudencia según la comprensión de aquel momento. Un sector de la doctrina preconizaba un concepto de causalidad más limitado que ya en el ámbito del tipo se ocupara de filtrar determinados cursos causales, especialmente los *extraordinarios*. En concreto, éste era el punto de vista de la teoría de la adecuación (que exigía la previsibilidad del curso causal).”

¹²⁷ “Voluntária” aqui não significa que o agente deseje o resultado, mas simplesmente que sua conduta tenha sido causada por sua própria vontade, independentemente de ser ou não desejado o resultado. Ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte*

tendente ao infinito¹²⁸.

Segundo Jakobs, a fórmula da *conditio sine qua non* – pela qual são relevantes apenas as condições sem as quais o resultado lesivo não seria o mesmo – é insatisfatória, pois se trataria de espécie de raciocínio circular, isto é, de uma tautologia. Isto porque, para verificar qual o significado da exclusão de uma condição sobre a realização do resultado lesivo, é preciso primeiro saber se tal condição é causal¹²⁹. Contudo, esta última questão se responde justamente com o resultado da primeira avaliação.

Outro argumento levantado por Jakobs consiste em afirmar que a adoção da fórmula mencionada resultaria em consequências desastrosas em diversos casos. Essas consequências seriam causadas, por exemplo, nas hipóteses em que duas condições suficientes se somam para provocar o resultado. Uma vez excluída mentalmente uma das condições suficientes, o resultado permanece igual, de modo a prejudicar a imputação¹³⁰.

Esta última crítica é de extrema relevância para o objeto do presente trabalho, na medida em que os delitos aqui analisados são corriqueiramente cometidos após deliberação de órgãos colegiados. Nesta ordem, a crítica de Jakobs é pertinente ao caso, por exemplo, de um diretor que vota a favor de uma ação delitiva a ser cometida dentro da empresa, após tal medida já ter sido aprovada por mais da metade dos votantes no órgão deliberativo dessa mesma empresa.

Por outro lado, também a causalidade adequada seria imprecisa uma vez que não consideraria a finalidade das normais penais, mas antes juízos imprecisos de probabilidade de ocorrência de determinados resultados em face de diferentes causas hipotéticas¹³¹.

geral, p. 365. Ver também MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 155.

¹²⁸ O regresso ao infinito foi exatamente a origem da mais severa crítica à teoria da causalidade. Ver CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Op. cit.*, p. 54. “De fato, uma causa de um resultado é precedida de outras que, numa cadeia causal, se sucedem nos fenômenos da natureza, numa série infinita de ações. Desta forma, mesmo uma ação permitida poderia dar lugar a uma conduta proibida tipicamente.”

¹²⁹ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 271. “A fórmula é supérflua, porque não chega sequer a constituir uma definição, quanto menos uma fórmula para determinação de causalidade, pois o resultado da exclusão mental da condição somente pode ser determinado quando se sabe, antecipadamente, se a condição é causal: a fórmula é um círculo, uma vez que o conceito aparece camuflado no material com o qual se define.”

¹³⁰ *Idem ibidem*. “a fórmula destrói a equivalência de todas as condições, visto que, segundo ela, aquela condição que desloca uma outra, atuante de outro modo (condição substitutiva), não teria efeito causal. Exemplo: se aplicarmos a fórmula literalmente, não daria causa ao resultado o pai que envenena o chá de seu filho, que seria envenenado pela mãe, se ele não o tivesse feito, uma vez que seu comportamento não interfere no resultado.”

¹³¹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 288. “A principal falha da teoria da adequação é tomar referências genuinamente incorretas, isto é, referir-se a estatísticas, a experiências e a modelos evidentes, ao invés de reportar-se à finalidade das normas penais.”

A ideia sustentada pelo causalismo, entretanto, foi substituída em boa parte da doutrina penal pelo finalismo de Welzel¹³², desenvolvido na primeira metade do século XX. Segundo a teoria finalista, a ação humana relevante do ponto de vista jurídico se diferencia de um fato da natureza, pois é dirigida finalisticamente¹³³. Em outras palavras, o ser humano tem a capacidade de antever o resultado de suas ações e orientá-las de modo a perseguir ou evitar tal resultado¹³⁴. Assim sendo, o elemento central da ação humana, nessa concepção, é a finalidade¹³⁵, existente na própria realidade fenomênica.

Sendo assim, ainda que a ideia de causalidade tenha influenciado sobremaneira o direito penal, estando presente com força na Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1984, é preciso chamar a atenção para o fato de que esta vem tendo seus domínios reduzidos cada vez mais, tanto no âmbito das ciências jurídicas, quanto no das ciências naturais¹³⁶.

Contudo, também o finalismo apresenta deficiências apontadas pela doutrina. Segundo Roxin, o conceito finalista de ação não trouxe nenhuma nova contribuição à dogmática penal no sentido de limitação do poder do legislador para a incriminação de condutas¹³⁷. Além disso, afirma que a finalidade de uma conduta não pode ser verificada como um elemento da própria realidade (ontológico), mas sim dependente de uma

¹³² Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – parte general*, passim.

¹³³ *Op. cit.*, p. 39. Ver também MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 157; DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 173-4. Ver ainda ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências, p. 19: “O pensamento de que a espinha dorsal do tipo penal não poderia ser a simples causalidade, mas sim o comando do curso causal orientado conscientemente pelo homem, presenteou a ciência penal com grande novidade.”

¹³⁴ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 40. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 360.

¹³⁵ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 165.

¹³⁶ BAPTISTA, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 39-40. “Não podem ser ignoradas, entretanto, duas linhas de reação contra esse fato [a supremacia da ideia de causalidade]. A primeira, de ordem interna, reside no poderoso movimento que, desencadeado pelos trabalhos de Welzel, alterou profundamente a fisionomia da teoria do delito, e rompeu com a dominação da causalidade, movimento que costuma rotular-se por teoria da ação final ou teoria finalista da ação. A segunda consiste na reação que, na própria área das ciências físicas, sofreu a lei da causalidade. Ainda admitindo que a causalidade seja uma categoria ontológica, como forma concreta de interdependência de fenômenos, e não uma categoria gnoseológica, como puro conceito de relação, a ela se consigna modernamente um papel bem mais limitado”.

¹³⁷ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências, p. 21. “A teoria da causalidade já excluiu do conceito de ação os movimentos corporais não dominados pela vontade; outras restrições o finalismo também não impôs. Conhecidamente compreendem os finalistas os fatos culposos também como ação, e com isto como objeto possível de sanções penais, porque a vontade do agente estava direcionada para uma finalidade, mesmo quando esta não seja a realização do tipo penal em questão. O significado da ação como finalidade não traz, pois, qualquer nova limitação para o poder punitivo estatal que já não estivesse reconhecida.”

valoração social e jurídica¹³⁸.

Nesta ordem de considerações, para a atual teoria da imputação objetiva, que será analisada detalhadamente adiante, a causalidade apresenta-se como o ponto de partida, isto é, o limite máximo da imputação, porém esta tem ainda seu escopo reduzido por diversos outros critérios não naturais, mas jurídicos¹³⁹. Também a ação deixa de ser um conceito que remeteria a uma essência ontológica, referindo-se antes a aspectos normativos.

2.2. Os marcos causalista e finalista na participação penal

Do apresentado no item anterior, pode-se inferir que, para o causalismo, é relevante toda a conduta que interfira na cadeia causal de acontecimentos, culminando com a concretização do resultado lesivo, o que decorre da teoria da equivalência das condições¹⁴⁰.

Este entendimento leva à adoção do conceito extensivo de autor, que considera objetivamente como autor todo aquele que traz alguma contribuição ao delito¹⁴¹. Ao proceder deste modo, a concepção extensiva torna mais difícil a separação entre autor e partícipes, dando origem a linhas de pensamento que intentam buscar tal distinção em aspectos subjetivos/psicológicos¹⁴². Neste contexto é que se apresenta a ideia de que é autor

¹³⁸ Op. cit., p. 22. “Assim que a finalidade, desta forma, ganha um conteúdo concreto, o conceito recebe elementos de sentido, que, como inicialmente demonstrado, em parte advém da vida social, e em parte de decisões legislatórias valorativas, mas de forma nenhuma de uma categoria formal do ser.”

¹³⁹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 283: “Para a imputação objetiva do resultado, a causalidade é apenas a condição mínima; é preciso acrescentar ainda a relevância jurídica da relação causal entre o agente e o resultado.”; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 323; D’ÁVILA, Fábio Roberto. Teoria da imputação objetiva. In: FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*, p. 118. Do ponto de vista da teoria geral do direito, a distinção entre juízo de causalidade e de imputação já aparecia em Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 87. “O ser o significado da cópula ou ligação na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.”

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 21: “Sob a perspectiva da causalidade todas as ações que concorrem para o fato são equivalentes, o que torna impossível uma distinção objetiva [entre autoria e participação].” Esta é a teoria adotada no art. 13 do Código Penal: “Art. 13. ... Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” MARQUETI, Júlio. *Direito penal – parte geral*, p. 69.

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal – fundamentos e teoria do delito*, p. 331-2.

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 764. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*, p. 572. MIR PUIG, Santiago. *Idem ibidem*. Cf. também BAPTISTA, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 34.

apenas aquele que deseja como próprio o resultado, sendo partícipes todos os demais¹⁴³.

Em outras palavras, a concepção extensiva de autor, de inspiração causalista, remete a autoria à causação de um resultado típico¹⁴⁴. No contexto desta teoria, por conseguinte, a participação penal apresenta-se como causa de limitação da punibilidade¹⁴⁵.

A participação penalmente relevante nos delitos materiais envolve, normalmente, uma contribuição causal, sem a qual não pode a ela ser imputado um resultado. Isto não é apenas decorrência do art. 29, que trata do concurso de pessoas, mas, antes do art. 13 do Código Penal Brasileiro¹⁴⁶.

No entanto, a ideia de concorrer para o cometimento de um determinado delito não implica a exagerada posição da concausa infinita. Pelo contrário, a responsabilidade pelo crime apenas se encontra presente quando a co-causalidade é verificada por meio da coautoria, da instigação ou da cumplicidade¹⁴⁷.

No caso dos delitos de mera conduta, especialmente, a causalidade não pode servir de fundamento para a responsabilidade no concurso de pessoas, uma vez que nessa hipótese não há resultado lesivo que dependa de qualquer causa¹⁴⁸. Essa questão torna-se bastante relevante em face das condutas equiparadas ao crime de lavagem de dinheiro, como, por exemplo, a simples utilização de recursos de origem ilícita em atividade empresariais, conforme o art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/98.

O mesmo raciocínio se aplica aos crimes omissivos, uma vez que nestes não há qualquer causalidade física que enseje o fundamento do concurso de pessoas sobre essa base. Quando muito, poder-se-á advogar a existência de “causalidade jurídica”, possibilitada pela valoração existente nos deveres de cuidado que são descumpridos nos casos de crimes omissivos impróprios¹⁴⁹.

¹⁴³ É evidente a impossibilidade de aplicação deste critério, pois se haveria de reconhecer que aquele que, voluntária e conscientemente mata a outrem, atendendo a desejo de terceiro, não é autor, pois não deseja o resultado para si, mas atende a outra pessoa, esta sim o autor do delito.

¹⁴⁴ BAPTISTA, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 32.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 43. “o art. 29 é menos do que dispensável: é redundante. O próprio art. 13 teria força de expansão lógica suficiente para impedir que contribuições *não-causais* pudessem envolver responsabilidade criminal em hipóteses de execução coletiva de um crime de resultado.”

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 45. “Ou seja: o art. 29 CP diz que quem – de qualquer modo = seja por autoria direta, mediata ou co-autoria, ou por instigação ou cumplicidade – concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas.”

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 46-7. “A causalidade não pode ser a base referencial do concurso de agentes nos crimes de mera conduta pela razão intransponível de que em tais figuras não existe o modelo físico ao qual tem aplicabilidade aquele princípio.”

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 48-9.

Há ainda outra sorte de críticas à ideia de causalidade. Há, por exemplo, casos, cada vez mais frequentes nos dias atuais de acelerado desenvolvimento tecnológico, em que a relação de causalidade não é ainda conhecida em toda a sua complexidade pela ciência. Ademais, há casos em que coexistem mais de uma condição causal suficiente para que seja alcançado o resultado, sem ser possível conhecer qual a causa determinante¹⁵⁰.

Por fim, pode-se dizer que o art. 29 do Código Penal Brasileiro, se interpretado desde uma perspectiva puramente causalista, apresenta-se como potencial afronta ao princípio da reserva legal, ao não estabelecer por meio de quais condutas pode alguém concorrer para um determinado crime. Assim, em tese, qualquer contribuição causal poderia ser equivocadamente interpretada como intervenção punível¹⁵¹.

Como correção à ampliação promovida pelo conceito extensivo, por sua vez, o conceito restritivo de autor afirma ser este aquele indivíduo que reúne as condições ônticas e típicas para tanto, sendo a participação mera hipótese de extensão da punibilidade¹⁵². De acordo com o conceito restritivo de autor, portanto, é autor do delito apenas aquele que executa a ação material prevista legalmente no tipo penal¹⁵³.

No que tange à distinção entre autoria e participação, também são várias as linhas de pensamento. Segundo o critério formal-objetivo, sustentado no conceito restritivo acima apresentado, deve ser considerado como autor de um delito aquele que executa a ação típica prevista. Por outro lado, considera-se partícipe todo aquele que contribui para o resultado típico, sem, contudo, executar a ação típica¹⁵⁴. Evidentemente, este critério é alvo

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 51.

¹⁵¹ GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 12: “... há uma segunda ordem de considerações a tornar aconselhável a diferenciação entre autor e partícipe e o repúdio ao conceito unitário de autor – considerações de *natureza constitucional*, referidas ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Pois a partir do momento que se considera toda e qualquer contribuição apta a caracterizar a autoria, está-se a dissolver os tipos e as descrições de ações neles contidas. 'Matar' no sentido do art. 121 será não só cortar a cabeça de alguém, como também entregar o machado ou gritar 'corta, corta, corta!'” BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 54-5. “O art. 29 drasticamente estipulou que ‘quem de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominada’. Não nos informou, todavia, como é que (‘de qualquer modo’) se concorre para o crime. Verificada a insuficiência de um puro critério causal para solucionar essa questão (concorrer para o crime é diferente de contribuir causalmente para o resultado); verificado que equiparar ‘qualquer modo’ a ‘qualquer conduta’, para além de violar o princípio constitucional da reserva legal, significa operar com uma causalidade inútil (extratípica), só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei.”

¹⁵² MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 334. Segundo ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Idem ibidem*, esta é a teoria adotada pelo legislador brasileiro no art. 29 do Código Penal. Cf. ainda BAPTISTA, Nilo. *Idem ibidem*.

¹⁵³ BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 60.

das mais diversas críticas, uma vez que o organizador de um processo delitivo não poderá ser considerado como autor deste. O mesmo vale para os casos de autoria mediata, nos quais o autor do crime não realiza diretamente nenhuma ação típica¹⁵⁵.

Por outro lado, o critério material-objetivo concentra a distinção entre autoria e participação na relevância da contribuição causal de cada agente para a realização do delito¹⁵⁶. Este critério, porém, é muito fluido, sem oferecer qualquer rigor que permita uma distinção segura entre os casos de autoria e participação. Afinal, o que se pode considerar por causa relevante e causa não-relevante? Não é possível responder a esta questão com absoluta certeza. Além disso, o critério material-objetivo não oferece qualquer resposta para a distinção nos casos de crimes que não se sustentem sobre as bases da causalidade, como é o caso dos crimes de mera conduta¹⁵⁷.

Percebendo as dificuldades de situar a distinção entre autoria e participação no âmbito da causalidade, o critério subjetivo busca deslocar o problema para o âmbito psíquico do agente, isto é, para o ânimo interno daquele que contribui para a realização do fato típico. Nesta ordem de considerações, seria considerado autor aquele que agisse desejando a ação como própria, ou seja, com ânimo de autor; ao mesmo tempo, seria considerado partícipe aquele que agisse desejando a ação para outrem¹⁵⁸.

Contudo, também o critério subjetivo apresenta problemas, uma vez que faz depender a condição de autor tão somente de aspectos internos daquele que age, sem qualquer relação necessária com sua conduta exteriorizada¹⁵⁹.

Como tentativa de solução, apresenta-se a ideia de autor como aquele que detém o “domínio do fato”, isto é, aquele que controla o meio de realização do resultado típico, podendo decidir sobre a sua continuidade¹⁶⁰. Segundo seus defensores, a autoria somente

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, p. 66. “Em primeiro lugar, observaríamos que às situações de concurso de agentes desserviadas pela causalidade (por exemplo, crimes de mera conduta) nenhum aporte proviria da consideração material-objetiva.”

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 67. “Tal critério arranca, em verdade, da suposição de que, em decorrência da teoria da *conditio sine qua non*, seja impossível estabelecer objetivamente qualquer diferença entre autor e partícipe, e que, portanto, essa diferença só alcança revelar-se mediante uma investigação subjetiva.”

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 69. “Poderá alguém se transformar de autor em partícipe, ou vice-versa, através da simples alteração de seu quadro volitivo a respeito do fato?”

¹⁶⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – parte general*, p. 120. “Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión delictiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.” Ver também: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 765-6; MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 336; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 573; CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*, p. 81; e, FRANCO, Alberto

poderia ser verificada, portanto, tendo em vista as circunstâncias concretas existentes em cada caso particular¹⁶¹. Já no caso de coautoria, admitir-se-ia o chamado “domínio funcional do fato”, vez que o resultado típico é realizado por meio de uma divisão de tarefas, cada uma delas necessária ao alcance do resultado¹⁶².

Assim, segundo um critério final-objetivo, é autor aquele que tem o domínio do processo delitivo, decidindo sobre o *modus* mediante o qual se desenvolve o delito, bem como sobre a sua continuidade¹⁶³. A teoria do domínio do fato – como é chamada a teoria final-objetiva – apresenta um aspecto objetivo e outro subjetivo. É objetiva, pois remete a aspectos reais, uma vez que aquele que detém materialmente o domínio sobre algo não deixa de deter tal domínio simplesmente porque não o deseja. Não obstante, é subjetiva, pois o domínio do fato exige o conhecimento e vontade dirigidos ao preenchimento do tipo legal¹⁶⁴.

A autoria, nestes termos, pode ser dividida em autoria direta e autoria mediata. Na autoria direta, o autor atua pessoalmente na realização do tipo penal. Assim, exige-se o domínio do fato e também a intenção (dolo) de provocar o resultado ou de praticar a conduta proibida pelo ordenamento¹⁶⁵.

O domínio do fato pode ocorrer por três modalidades distintas: domínio do fato pela ação, domínio do fato funcional e domínio da vontade. Esta última modalidade, por sua vez, subdivide-se em outras três formas: domínio da vontade por coação; por induzimento a erro; e, em virtude de “aparatos organizados de poder”, chamado por Roxin de “domínio por organização”¹⁶⁶, conforme será analisado mais adiante neste trabalho.

Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*, p. 226-7.

¹⁶¹ ROXIN, Claus. Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión, p. 551. “La delimitación entre la autoría y la participación es emprendida por la opinión plenamente dominante en la literatura alemana tanto antes como ahora, mayoritariamente mediante la teoría del dominio del hecho.”

¹⁶² MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 336-7 e ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 577.

¹⁶³ BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 70-1. “A especial posição de quem poderosamente pode dispor sobre o *fato*, influenciando o seu *Se* e o seu *Como* não se subordina a qualquer especial inclinação de sua vontade; essa posição é tal *real e objetiva* quanto real e objetivo é o poder do maquinista sobre a composição ferroviária que dirige. ... Está claro que essa posição de *domínio* só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente: não pode haver domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõe o tipo legal.”

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 77. “É autor aquele que tem o domínio do fato (*Tatherrschaft*), na forma do domínio da ação (*Handlungsherrschaft*), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica.”

¹⁶⁶ AMBOS, Kai. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*, p. 49-50. “Roxin distingue três formas de domínio do fato (domínio do fato pela ação, pela vontade e domínio do fato funcional) ... Com isso, pode-se falar, de modo sintético, de um domínio da vontade em virtude de coação, em virtude de erro ou ‘em virtude de aparatos organizados de poder’”

Nos casos de delitos de dever, por outro lado, entre os quais pontuamos a posição de garantia ocupada por certos indivíduos, a autoria decorre da infração de um dever legal ou extralegal¹⁶⁷. Nestas situações, portanto, não se poderá falar em domínio do fato da mesma maneira que nos crimes comissivos, posto que o injusto não se encontra na realização de uma conduta ou fato, mas na desobediência a um dever¹⁶⁸.

Na mesma linha de argumentação, torna-se problemática a aceitação de coautoria nos delitos omissivos. De um lado, a violação do dever é algo que diz respeito apenas aquele agente que possui o dever de agir, o que torna impossível a divisão de tarefas quanto à omissão de uma ação. De outro, a existência de ajuste entre os dois indivíduos que omitem uma conduta não torna a omissão de cada um “meia-omissão” ou “meio-delito”. Pelo contrário, o delito permanece inteiro para cada autor direto do crime omissivo¹⁶⁹.

Nesta ordem de considerações, no caso em que terceiro convence aquele indivíduo que porta o dever de agir a que se omita diante de situação concreta na qual devesse atuar, não se tem uma participação em um crime omissivo, mas sim uma autoria direta no crime que seria evitado. O agente obrigado à conduta é autor do crime, pois descumpre seu dever de cuidado; já o agente que dissuade o primeiro, é autor, pois tem domínio do fato¹⁷⁰.

Melhor explicando, nos casos em que o agente que omite sua conduta se apresenta como portador de deveres específicos de cuidado, não poderá haver participação por omissão, visto que sua não-ação dolosa é o exato fundamento da autoria no crime omissivo. Assim, o agente que se omite em algum dever decorrente de sua posição de garantia é autor do crime, em autoria colateral¹⁷¹.

¹⁶⁷ BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 79. “nos delitos de dever, a autoria se fundamenta na infração a esse dever, e está limitada portanto (à)s pessoa(s) a quem esse dever diga respeito.”

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 85. “autor direto de um crime omissivo é sempre aquele que viola o dever de atuação ao qual estava adstrito.”

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 86.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 89-90. “a eficaz dissuasão da observância do dever (que corresponde a omissão do dissuadido) representa na verdade autoria do delito comissivo que corresponda (*quando corresponda*).”

¹⁷¹ ORTIZ, Mariana Tranchesì. *Op. cit.*, pp. 143-4: “Bem identificou Roxin que sua teoria dos delitos de infração de dever redundaria na significativa limitação do âmbito da coautoria, como realização conjunta da ação principal. Afinal, conforme o critério do domínio do fato, a coautoria existiria sempre que se pudesse verificar um condomínio ou, noutras palavras, um domínio funcional do acontecer típico pelos diversos intervenientes. Segundo o critério da infração do dever, só haveria coautoria nas (raras) hipóteses em que se verificasse pluralidade de *intraneus*, e estes, submetidos a um mesmo especial dever, infringissem-no simultaneamente.

“A excepcionalidade da coautoria nos delitos de infração de dever tem a ver com o caráter pessoal – personalíssimo, segundo alguns – desse mesmo dever, que vincula individualmente o *intraneus*. Assim, quando cada qual infringe sua obrigação oriunda de outros ramos do Direito, a tendência é identificar-se hipótese de autoria colateral e não de coautoria. Assim, pois, na linha da crítica de importantes autores, a

Por outro lado, é possível a cumplicidade por omissão, desde que haja dolo, isto é, vontade dirigida a colaborar, por meio da omissão, com o resultado causado por outrem, quando não se tratar de agente portador de posição de garante¹⁷². Em outras palavras, no caso de o agente não possuir deveres específicos de cuidado decorrentes da posição de garante do bem jurídico protegido, então, sua omissão não deverá ser interpretada como autoria, de modo que, quando dirigida à colaboração no delito de terceiro, poderá ser compreendida como participação punível por omissão.

Também no delito culposos não se aplica a teoria do domínio do fato, uma vez que neste tipo de delito não há dolo, isto é, conhecimento e intencionalidade quanto aos resultados da ação. Para delitos culposos, por conseguinte, devem ser considerados como autores aqueles que contribuam causal e culposamente para um resultado delituoso¹⁷³. Neste sentido, impossível se torna a existência de coautoria e participação nos crimes culposos¹⁷⁴.

A coautoria apresenta-se naqueles casos em que mais de um indivíduo detém o domínio funcional do fato, podendo interferir na maneira e na própria existência do delito. Nestes casos, a divisão de tarefas deve-se normalmente à natureza da empreitada criminosa. De todo modo, ausente o domínio do fato, deve-se cogitar de outra forma de intervenção no delito: cumplicidade ou instigação¹⁷⁵.

ideia da coautoria não se presta à teoria dos delitos de infração de dever.” No mesmo sentido, BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 173: “o garantidor que omite a ação impeditiva do resultado é *autor*, e sua autoria se fundamenta na violação do dever especial ao qual estava adstrito. Se o resultado foi produzido por conduta dolosa de outrem (que por igual é *autor* pelo domínio do fato), temos em realidade dois autores, duas autórias comunicáveis (autoria colateral). ... Dessa forma, e contrariamente à opinião doutrinária brasileira predominante, deveremos estabelecer que onde exista o dever jurídico de impedir o resultado não haverá cumplicidade por omissão, mas *poderá* haver autoria pelo crime omissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado).”

¹⁷² *Op. cit.*, p. 174. “Precisamente a convicção e a cumplicidade por omissão têm *em comum* a inexistência do dever jurídico de impedir o resultado.”

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 770; CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 93 e MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 340. BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 79. “Todo aquele que culposamente causa o resultado é autor; qualquer contribuição causal culposa para o resultado representa autoria.”

¹⁷⁴ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 119. “Autor de un delito culposos es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico. ... Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría”. Cf. também: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 578. O mesmo raciocínio é rejeitado na Espanha, onde é admitida a participação em delitos imprudentes. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 368-9.

¹⁷⁵ BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 101. “só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade).”

A coautoria depende de dois elementos, sendo um objetivo e outro subjetivo. O primeiro consiste na realização conjunta do delito, gozando todos os agentes de domínio funcional do fato¹⁷⁶. Já o segundo quesito consiste no ajuste de vontades, isto é, no acordo realizado por ambos os agentes no sentido de obrarem conjuntamente para o delito¹⁷⁷.

Na ausência do acordo de vontades entre os agentes, poderá haver ou autoria mediata – quando o executor age sem consciência do delito – ou autoria colateral, que difere da coautoria por se tratar de hipótese em que o mesmo crime é cometido por duas ou mais pessoas, paralelamente, e sem desejo de atuar em conjunto na empreitada criminosa¹⁷⁸.

A autoria mediata ocorre quando o autor do crime se vale de terceiro para delinquir, dominando a vontade deste terceiro e com isto o desdobramento dos fatos¹⁷⁹. Afirma-se existir autoria mediata, por exemplo, quando o agente utiliza como instrumento terceiro que age sem culpa ou sem imputabilidade.

Um caso bastante importante de autoria mediata no direito brasileiro consiste na hipótese de erro de tipo causado por terceiro. Nesta, o autor mediato provoca a ação de terceiro que imagina estar a atuar de forma lícita, de modo a provocar o resultado lesivo. Esta hipótese poderá ocorrer com a provocação do erro e da ação pelo autor mediato, ou apenas da ação, conhecendo-se o estado de erro prévio em que se encontra o agente-instrumento¹⁸⁰.

Outra hipótese de autoria mediata importante para o presente trabalho é a hipótese de obediência hierárquica. Nesta, podem-se diferenciar três diferentes situações: (i) o subordinado desconhece a ilicitude da ordem; (ii) o subordinado conhece a ilicitude, mas é

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 104. “Não basta, pois, ao co-autor que seja ele co-detentor da resolução comum para o fato, acima examinada; é de mister, já que se trata de um *autor*, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato.”

¹⁷⁷ REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*, p. 320: “É o acordo de vontades o elemento definidor do concurso de pessoas, o fator que tipifica a participação de duas ou mais pessoas na prática de uma ação delituosa como concurso de pessoas, pois se cada um realiza uma fração do crime é o elemento psicológico que permite a tipificação dos atos parciais e o reconhecimento da estrutura do concurso de pessoas, formado não pela soma destes atos parciais, mas por sua integração em uma unidade alicerçada no fim comum.” Cf. também BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 103. “A resolução comum para o fato significa a consciência e vontade de co-atuar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum.”

¹⁷⁸ BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 114. “Quando não haja, portanto, o acordo de vontade (tácito ou expresso) que consubstancia o requisito da comum resolução para o fato, não haverá co-autoria, e sim autoria colateral.”

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 130. “Nessa ‘manipulação’ do decurso do fato pela via de uma vontade alheia submetida é que está o fundamento material da autoria mediata.”

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 136. “Se o instrumento erra por si, e alguém o determina a certa conduta que conduzirá ao resultado, teremos autoria mediata.”

incapaz de se opor a ela em razão das graves consequências a que estaria sujeito; e, (iii) o subordinado conhece a ilicitude da ordem e é capaz de se opor sem graves consequências. No primeiro caso, o resultado é o mesmo do erro de proibição, que leva a ausência de responsabilidade. No segundo caso, aproxima-se da coação moral irresistível, que também exclui a responsabilidade. Por fim, no último caso, não se trataria de autoria mediata, mas de participação ou coautoria¹⁸¹.

Pelo conceito finalista, a participação é “a contribuição dolosa que se faz ao injusto doloso de outro.”¹⁸² Fica clara, portanto, a filiação à teoria da acessoriedade limitada, pela qual a participação existe como contribuição a uma conduta típica e antijurídica¹⁸³, sendo desnecessária a culpabilidade do autor. Isto, pois, para o finalismo, o dolo e a culpa se inserem no próprio tipo penal, posto que se referem à finalidade da ação¹⁸⁴. Em oposição, por conseguinte, para o causalismo, adota-se a teoria da acessoriedade extrema, pela qual a participação é contribuição na conduta típica, antijurídica e culpável¹⁸⁵.

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 137-8.

¹⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 585; WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 136; e, PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*, p. 496. BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 157. “A participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem; essa colaboração se manifesta no direito brasileiro (como na maior parte dos sistemas legislativos), por duas formas fundamentais: a *instigação* e a *cumplicidade* ... Essa colaboração no delito alheio certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato.”

¹⁸³ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 90; MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 365-8 e PRADO, Luiz Regis, *Idem ibidem*. GRECO, Luis. *Op. cit.*, p. 8: “O auxílio dirige-se a que um terceiro cometa uma *ação típica e antijurídica*, o que é uma decorrência da chamada acessoriedade limitada da participação: toda participação pressupõe, segundo a doutrina majoritária, a existência de uma ação principal ao menos típica e antijurídica.” Sobre os tipos de acessoriedade ver BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 164: “Uma classificação empreendida por Max Ernst Mayer fala de *acessoriedade mínima* (quando a punição do partícipe dependa de simples conduta *típica* do autor direto), de *acessoriedade limitada* (quando a punição do partícipe dependa de simples conduta *típica e antijurídica* do autor direito), de *acessoriedade máxima* (quando a punição do partícipe dependa de conduta *típica, antijurídica e culpável* do autor direto), e *hiperacessoriedade* (quando a punição do partícipe dependa até de condições pessoais com efeitos de majoração ou minoração de pena do autor principal).” e na p. 165 completa com sua posição: “a *vox crime*, no código penal brasileiro, significa conduta típica e antijurídica. Está excluída, portanto, a acessoriedade mínima; como a regra do art. 30, que será oportunamente examinada, exclui a hiperacessoriedade, resta-nos decidir entre a limitada e a máxima. O reiterado emprego da expressão *crime* na disciplina do concurso de pessoas (arts. 29, seu § 2º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma *acessoriedade limitada*.”

¹⁸⁴ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre..., p. 20: “O finalismo, portanto, completou a descoberta do elemento subjetivo, que já havia começado em período anterior a ele. Ele destruiu definitivamente o conceito clássico de delito substituindo-o pela diferença entre reprovação e censurabilidade penal, e diferenciando os conceitos de injusto e culpabilidade por critérios objetivos e subjetivos. (...) A separação entre dolo e consciência do ilícito, bem como o posicionamento de um no tipo e de outro na culpabilidade influenciaram fortemente a doutrina moderna do erro, mesmo considerando que todas as suas posições não foram consolidadas.” Cf. também, MARQUETI, Júlio. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁵ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 89-90 e ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 586.

A participação, portanto, deve ser sempre dolosa, ou seja, é preciso que o partícipe atue com a consciência e vontade de estar a colaborar para um crime doloso¹⁸⁶. Todavia, é possível que esteja presente apenas dolo eventual, isto é, a assunção do risco de que se esteja a cooperar para o crime de terceiro¹⁸⁷.

Segundo o princípio da convergência, deve-se atentar para a necessidade de que o ânimo dos agentes esteja dirigido à realização do mesmo tipo penal. Não havendo tal convergência de vontades, não poderá haver participação penal ou coautoria, podendo apenas se falar em autoria mediata ou autoria colateral¹⁸⁸.

Isto é especialmente relevante diante da possibilidade de haver a intenção de participar em crime de menor gravidade, nos termos do art. 29, § 2º do CP. Neste caso, poderá haver autoria mediata no crime mais grave, por parte do agente que provoca o erro; e autoria direta no crime menos grave, por parte do agente que atua em erro, desejando o delito menos grave. Poder-se-ia, como exemplo, imaginar a situação do agente financeiro que concorda em remeter recursos ao exterior, imaginando participar do crime de evasão de divisas, mas que, na verdade, remete recursos oriundos do tráfico de drogas, auxiliando para o crime de lavagem de dinheiro. Neste caso, haveria autoria mediata do cliente na lavagem de dinheiro e autoria direta do agente financeiro no crime de evasão de divisas.

É importante notar que a participação no delito alheio tem lugar até o exaurimento deste delito. A partir deste momento, o auxílio poderá ser considerado ou não como um “delito de fusão” – a exemplo do favorecimento pessoal, real, recepção e lavagem de dinheiro –, mas não será mais o caso de participação¹⁸⁹.

Esse último ponto é bastante relevante para o presente trabalho, uma vez que o crime de lavagem de dinheiro pode ser visto como delito de fusão. Neste caso, as condutas de ocultar ou dissimular o produto das infrações penais antecedentes poderão ou não ser autônomas antes de exauridos tais crimes. A depender dos elementos concretos do caso

¹⁸⁶ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 9: “... em princípio, se o autor principal agir sem dolo, aquele que auxilia será autor, ou mediato, se auxiliar dolosamente, ou imediato, se com culpa; e se o auxílio for prestado sem dolo, quem auxilia será diretamente punível como autor (colateral), não mais como cúmplice.” REALE JR., Miguel. *Op. cit.*, p. 321: “Não se tipifica, também, o concurso de pessoas, por falta do elemento central da vontade comum, se um dos agentes atua com culpa em ação dolosa de outrem, mesmo que as ações integrem a mesma corrente causal.”

¹⁸⁷ BAPTISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 158. “O dolo do partícipe (dolo de instigador ou dolo de cúmplice) compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso determinado em suas linhas gerais; será suficiente, contudo, um dolo eventual.”

¹⁸⁸ *Op. cit.*, p. 166. “Fala-se num *princípio da convergência* para exprimir que a vontade de todos os concorrentes *‘se oriente a la realización conjunta del mismo tipo penal’*”

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 160. “Prevalecerá aqui o critério do *exaurimento*, e não da *consumação*. Enquanto não se tenha exaurido o delito anterior, as formas de participação prevalecerão sobre os delitos de fusão.”

analisado, estas condutas poderão ser consideradas como participação no crime antecedente e não lavagem de dinheiro.

Finalmente, cumpre mencionar que, ao contrário da cumplicidade, a instigação consiste em um apoio espiritual ao empreendimento delitivo, dando o suporte moral para o seu desenvolvimento. Sendo assim, a instigação pode apresentar-se de duas maneiras distintas: como determinação e como instigação *stricto sensu*. Na determinação, o partícipe faz surgir no ânimo do autor do crime a vontade de cometê-lo. Já na instigação, o partícipe apenas reforça uma intenção preexistente no autor, porém não concretizada¹⁹⁰.

A instigação tem especial importância nos casos em que funcionários de instituições financeiras incentivam clientes a enviar recursos para o exterior de maneira a ocultar a sua existência. É muito comum em casos dos chamados “clientes *prime*”, clientes com muitos recursos depositados na instituição e que, por tal razão, gozam de benefícios e serviços “especiais”, não oferecidos à maior parte dos clientes da instituição. Nestes casos, se partirmos da ideia – que será devidamente fundamentada na sequência – de que os deveres especiais de cuidado inerentes à função das instituições financeiras refletem um dever geral de *compliance* com as normas penais e administrativas relativas à lavagem de dinheiro, poder-se-ia identificar na hipótese não mera instigação, mas verdadeira autoria por infração de deveres específicos, conforme aplicação do pensamento de Claus Roxin¹⁹¹.

Embora úteis como pontos de partida, as ideias aqui apresentadas no âmbito do causalismo e do finalismo não solucionam a questão que propomos para este trabalho, a respeito da participação punível de agentes financeiros no crime de lavagem de dinheiro. Para tanto, serão necessários instrumentos introduzidos pela teoria da imputação objetiva, como veremos adiante.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 182. “Por determinação se compreende a conduta que faz surgir no autor direto a resolução que o conduz à execução; por instigação propriamente dita se compreende a conduta que faz reforçar e desenvolver no autor direto uma resolução ainda não concretizada, mas preexistente.”

¹⁹¹ ORTIZ, Mariana Tranches. *Op. cit.*, p. 144. “Destaca Silvina Bacigalupo que a mudança do critério definidor da autoria nos delitos de infração de dever, idealizada por Roxin, conduz a uma 'redefinição da acessoriedade da participação', e isso porque, na verdade, o que propôs Roxin foi uma redefinição da figura central do sucesso e, assim, do que haveria de ser entendido por conduta principal e por conduta secundária ou acessória.

Desse modo, enquanto nos delitos de domínio autor é quem controla o acontecer típico – sendo partícipe o cooperador sem domínio do fato – nos *pflichtdelikte* é autor aquele que infringe o especial dever. A participação, neste caso, seria definida como colaboração sem infração de dever.”

2.3. Imputação objetiva – o risco desautorizado

Ao contrário do modelo mecanicista que dominou o causalismo e forneceu as bases do finalismo, hodiernamente, entende-se que, no caso das ciências jurídicas, o mais importante não é a percepção da causalidade em termos empíricos¹⁹², mas os critérios de imputação de um resultado à determinada pessoa, segundo requisitos estabelecidos normativamente¹⁹³.

No âmbito da imputação, devemos distinguir entre imputação de ação e imputação de resultado. Para que haja a imputação da ação, é preciso que tenha ocorrido voluntariedade na conduta ou que tenha existido possibilidade de ação no caso de crimes omissivos¹⁹⁴. Por outro lado, a imputação do resultado depende dos critérios orientadores fixados¹⁹⁵, entre os quais, cita Roxin: a criação ou aumento de um risco desautorizado, que culmina em um resultado típico, no âmbito de proteção da norma penal¹⁹⁶.

¹⁹² A respeito da limitação da causalidade como representação teórica provisória e sua relação com o risco, ver BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, p. 33. “Suposições causais, no entanto, por definição escapam – como desde Hume já sabemos – à percepção. Elas são teoria. Sempre têm de ser conceitualmente adicionadas, presumidas como verdadeiras, acreditadas. Também nesse sentido os riscos são invisíveis. A causalidade suposta segue sendo algo mais ou menos incerto e provisório. Trata-se, nesse sentido, também no que diz respeito à consciência cotidiana do risco, de uma consciência *teórica* e portanto *cientificizada*.”

¹⁹³ Esta análise, fundada nos estudos de Richard Honig, está presente, entre outros, em ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 145; KINDHÄUSER, Urs. *El denominado riesgo "no permitido"*, p. 2; e, FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión, p. 23: “El punto de partida del reciente debate dogmático sobre la categoría de la imputación objetiva lo constituye el famoso escrito de Honig del año 1930. (...) Honig dio un paso de suma importancia. Este autor puso en cuestión que la categoría ontológica de la causalidad aprehendiera correctamente la relación típica entre acción y resultado.” Este posicionamento da doutrina penal é acompanhado da perda de importância do conceito de ação como pertencente à realidade empírica. Neste sentido, JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, p. 7.

¹⁹⁴ A necessidade de inevitabilidade jurídica do resultado é marca das principais concepções atuais no direito penal, tendo entre seus defensores Jakobs, como destaca MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 159. Cf. também KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁵ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión, p. 24. “La más moderna teoría de la imputación hace depender la imputación del resultado de algo que va mucho más allá de la mera categoría prejurídica de que el fin pueda ser objetivamente perseguido. En ella interviene un amplio abanico de criterios jurídicos. Tales criterios conducen a que una serie de resultados, cuya imputabilidad objetiva está fuera de toda duda sobre la base del criterio de la perseguibilidad objetiva del fin, se conviertan en resultados no imputados con la nueva teoría de la imputación objetiva.”

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 161-2; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Idem ibidem*. FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 25: “Este giro se percibe también en los criterios de imputación. Ahora son criterios genuinamente jurídicos: el sujeto al que se le ha de imputar el resultado producido (como injusto) debe haber creado el peligro desaprobado de su producción (lo que comprende la idea de que el fin pueda ser perseguido objetivamente pero que aún más allá), peligro que además debe haberse realizado en el resultado.” Cf. ainda GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 117: “O problema, portanto, está na *imputação objetiva*. Esta formula uma série de exigências para que uma ação causadora de um resultado seja uma ação típica: esta ação deve criar um risco; este risco deve ser juridicamente desaprovado; e este risco juridicamente desaprovado deve realizar-se no resultado. Os dois primeiros pressupostos referem-se ao desvalor da ação; o terceiro

Como será objeto de estudo adiante neste trabalho, a criminalidade cometida por meio de estruturas empresariais, própria da sociedade contemporânea, na qual se insere o crime de lavagem de dinheiro, oferece dificuldades intransponíveis à aplicação das teorias causalista e finalista, especialmente na delimitação das formas de intervenção no injusto de terceiro. Por esta razão, mister apresentarmos a distinção entre estas teorias e a teoria da imputação objetiva, que vem sendo utilizada pela doutrina como critério de solução do problema da participação punível por meio de condutas neutras.

No funcionalismo, diferentemente do finalismo, os elementos ontológicos não têm central importância, sendo nuclear a noção de função do direito penal. Em outras palavras, toda a dogmática penal decorrerá não de elementos da realidade, mas de elementos teleológicos, tendo em vista os fins que o direito penal deve perseguir¹⁹⁷.

Portanto, no marco da teoria da imputação objetiva, a ação perde o seu valor central, para tornar-se apenas um artefato produzido pela ordem social para permitir a imputação de resultados lesivos a determinados indivíduos. Ou seja, a teoria perde seu caráter ontológico para tomar caráter normativo. Neste contexto, os critérios de imputação dependerão das características de cada sociedade, assim como do papel desempenhado pelo direito penal nestas sociedades¹⁹⁸.

Ainda que o finalismo tenha representado um avanço em relação ao causalismo, uma vez que apresenta o dolo como elemento do tipo penal, não se pode dizer que seja suficiente para a solução de problemas típicos da sociedade contemporânea¹⁹⁹. Isto, pois há casos em que o resultado típico é alcançado por meio de uma conduta que não descumpra qualquer dever de cuidado, mas sim que obedece a todas as regras destinadas a controlar o risco envolvido na atividade que gera o resultado²⁰⁰.

ao desvalor do resultado.”

¹⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. p. 170. “no funcionalismo, a construção do sistema jurídico-penal não se vincula a dados ontológicos (ação, causalidade e estruturas lógico-reais, entre outros), mas se orienta exclusivamente pelos fins do Direito Penal. Por fins, diga-se, certa controvérsia pode ser percebida no que diz respeito à missão constitucional do Direito Penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos através da prevenção geral ou especial.”

¹⁹⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 30. “Lo que es un injusto no depende sin más del contenido de la acción, sino del sentido comunicativo que la sociedad le otorgue. Las acciones delictivas no son algo que se produce en un contexto social, sino sólo artificios o artefactos atributivos o de imputación que produce el orden social. (...) Evidentemente dichos criterios dependen de las características de la sociedad que imputa, pero también de las funciones que cumple el Derecho Penal dentro de esa sociedad.”

¹⁹⁹ Por alguns chamada de “sociedade de risco”, conforme apresentado no item 1.1. *supra*.

²⁰⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 16. “Se tivéssemos unicamente a teoria da cumplicidade a nosso dispor, não poderíamos sequer discutir uma exclusão do tipo em alguns destes casos ... Mas, uma vez que se

Parte-se da ideia de que na sociedade contemporânea os riscos são generalizados e é preciso conviver com eles para que se possa usufruir de certas comodidades e confortos, especialmente de caráter tecnológico. Trata-se, logo, de espécie de aceitação do risco por ponderação dos custos e benefícios trazidos à sociedade²⁰¹. É o caso, por exemplo, da manipulação de materiais radioativos, da modificação da natureza bruta por obras de engenharia civil, e dos atuais avanços na área de pesquisas genéticas.

Entretanto, nem sempre será possível efetuar um juízo de ponderação a respeito do custo-benefício de determinado risco em relação às vantagens trazidas aos contatos sociais. Há casos, portanto, em que tal ponderação não se efetua nos dias atuais, referindo-se a uma legitimação histórica consistente na ideia de que tal questionamento já foi resolvido no passado, na medida em que a assunção de determinados riscos se apresenta como ordinária e cotidiana²⁰².

Essa necessidade de convivência com o risco, que, no entanto, deve ser controlado em níveis aceitáveis, dá origem à concepção de “risco permitido” ou “risco autorizado”. Segundo a teoria da imputação objetiva, neste contexto, nenhum resultado poderia ser imputado a um indivíduo que tenha atuado conforme o nível de risco autorizado na sociedade²⁰³, pois isto corresponderia a uma contradição com o próprio conceito de “risco

enriqueça o tipo objetivo da cumplicidade com considerações gerais da imputação objetiva, teremos à nossa disposição uma série de outros conceitos no bojo dos quais se poderá tratar de forma adequada estes problemas.”

²⁰¹ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 24. “Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de 'efeitos colaterais latentes', isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) 'aceitável'?”

²⁰² JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 289-90. “Na grande maioria dos riscos que, hoje, geralmente são reconhecidos como permitidos, não se consegue efetuar essa liquidação custos-vantagens, e isso, algumas vezes, não obstante a exatidão dos prognósticos sobre a amplitude do risco ... A liquidação exclui-se porque não existe um modelo social suficientemente concreto e, ao mesmo tempo, vinculante, um relação ao qual seria possível determinar os tipos e as medidas de desvios. ... Por isso, junto ao risco permitido por ponderação do risco, surge um risco permitido por 'legitimação histórica': determinadas formas de atividade permitida foram transmitidas historicamente, muitas vezes compelindo os limites (trânsito viário) e, por conseguinte, são aceitas como socialmente adequadas.”

²⁰³ ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva, p. 110: “Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo.”; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*, p. 174-5: “mesmo em se realizando o tipo de lesão pela criação de um risco típico de lesão, haveria de ser avaliado se se deu ou não o cumprimento de regras específicas, tal qual estipulava o dever de cuidado próprio. Notadamente, conclui, nessas situações observam-se regras regendo o convívio humano. Ora, dentro deste convívio, obedecendo-se às regras dadas, uma eventual lesão não seria típica, ainda que se chegasse a um resultado tipicamente previsto. E isso, não por questões de adequação social, mas de alicerce na imputação objetiva, segundo a qual, o tipo

autorizado”.

O critério do risco permitido, portanto, tem como finalidade excluir da responsabilização penal a conduta que, embora apresente desvalor no resultado, por transitar apenas no âmbito do risco autorizado juridicamente, não apresenta desvalor na ação²⁰⁴.

Em suma, o risco permitido pode se apresentar de duas distintas formas: como risco admitido por ponderação ou por legitimação histórica. O primeiro ocorre quando há interesses juridicamente reconhecidos que são contemplados com a assunção do risco, havendo benefícios importantes, em relação aos possíveis prejuízos²⁰⁵. Por outro lado, o risco por legitimação histórica seria aquele em que se considera o risco como socialmente adequado, em face da específica transformação histórica e cultural de uma sociedade²⁰⁶.

A ideia central é a de que os riscos historicamente legitimados sejam aqueles inerentes à configuração social de uma comunidade, motivo pelo qual são considerados como permitidos, resultando em exclusão da responsabilidade penal²⁰⁷. É com esse

sempre requer que o resultado se apresente como a realização de um perigo criado pelo autor e, de modo geral, não permitido. Caso não se comprove esse perigo, não existirá uma potencial lesão a ser penalmente avaliada.”; GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 13: “Estas considerações compõem a moderna teoria da *imputação objetiva*, para a qual é pressuposto do tipo não só que o autor cause dolosamente um resultado, como também que este resultado seja uma realização do risco não-permitido criado pelo autor. Quem não cria risco, quem não se comporta arriscadamente, ou quem cria um risco permitido, não realiza tipo algum.”; FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 27: “Así, según los principios de la teoría de la imputación objetiva, si se materializa tal creación de un riesgo no desaprobado en el resultado, no podrá imputarse el resultado al agente cuando sea sólo manifestación del riesgo tolerado de manera general.”

²⁰⁴ GOMEZ, Mario Maraver. *Riesgo permitido por legitimación histórica*, p. 216. “El riesgo permitido impide que determinadas conductas tengan cabida dentro del tipo penal a pesar de que produzcan o puedan producir un resultado desaprobado. En concreto, se entiende que mediante la conducta amparada por el riesgo permitido no se puede llegar a realizar el tipo porque no se produce el desvalor de la acción.”

²⁰⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, pp. 119-20: “Isto porque enquanto a criação de um risco de verifica com base na prognose póstuma-objetiva acima explicitada, a *avaliação quanto a se este risco é ou não juridicamente desaprovado* pressupõe uma *ponderação* entre o interesse geral de liberdade, no sentido de que seja permitida a prática de determinada classe de ações perigosas, e o interesse de proteção de bens jurídicos, no sentido de que sejam proibidas as ações perigosas. Esta ponderação não se realiza, obviamente, às escuras, com base na intuição do juiz – pois, para tanto, não seria necessário fazer dogmática – e sim através de critérios desenvolvidos ao longo das últimas décadas, tais como a violação de norma técnica, o princípio da confiança, a figura do homem prudente, etc.” GOMEZ, Mario Maraver. *Op. cit.*, p. 210: “El riesgo será permitido cuando en atención a los posibles perjuicios y beneficios puedan encontrarse intereses jurídicamente reconocidos.”

²⁰⁶ GOMEZ, Mario Maraver. *Idem ibidem*. “junto al riesgo permitido por ponderación se encuentra un riesgo permitido por legitimación histórica; lo que significa que hay determinados riesgos que sobrevienen históricamente y que son aceptados como socialmente adecuados.”

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 211. “debe reconocerse que todos los riesgos inherentes a la configuración social son riesgos permitidos. No se niega con ello que la sociedad pueda ir sufriendo transformaciones muchas de ellas mediante normas jurídicas –, pero se reconoce que la configuración social no parte originariamente del derecho.”

raciocínio que Mario Gómez afirma que “um risco permitido por legitimação histórica não é outra coisa que um risco socialmente adequado.”²⁰⁸

Nesta ordem de considerações, defende Claus Roxin que, na linha da imputação objetiva, “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3).”²⁰⁹

Esta fórmula de imputação, assim, apresenta a pretensão de ser uma fórmula geral/universal, voltada a ser aplicada em todos os casos de verificação da existência de tipicidade objetiva na conduta. Se isso é verdade, também no âmbito da participação penal devem vigorar as orientações da teoria da imputação objetiva²¹⁰.

O fato de que a teoria da imputação objetiva se concentra no tipo objetivo, contudo, não quer dizer que ela não leve em consideração aspectos subjetivos²¹¹. É o caso dos conhecimentos específicos do autor da ação, que podem ser relevantes para a afirmação de ser típica ou não a conduta²¹². Esse dado responde, por conseguinte, à crítica dirigida à teoria da imputação objetiva de que seu caráter normativo conduziria a uma possível

²⁰⁸ Idem ibidem: “De lo dicho se desprende que un riesgo permitido por legitimación histórica no es otra cosa que un riesgo socialmente adecuado.” No mesmo sentido, CADENAS, Javier. Algunas cuestiones sobre riesgo permitido, p. 390: “riesgo permitido” y “adecuación social” no son conceptos antagónicos ni tampoco que uno pueda ser la expresión formal y el otro la material de la permisión de una conducta riesgosa. Se trata, por el contrario, de conceptos que se complementan o que sirven para denominar un objeto similar – el comportamiento penalmente permitido – en determinados momentos de la historia del Derecho Penal.”

²⁰⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 104. A respeito de discussões como a diminuição de risco existente e a existência de cursos causais hipotéticos, ver também CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, pp – 136-151.

²¹⁰ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 14-15. “Assim, também a ação do cúmplice deverá, além de causar o resultado (o injusto principal), criar um risco juridicamente desaprovado de que este resultado ocorra, risco esse que deve nele realizar-se.”

²¹¹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 122. “A imputação objetiva se chama ‘objetiva’ não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo. De qualquer maneira, deve-se ter em mente que a imputação objetiva também é influenciada por critérios subjetivos. Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos.”

²¹² Op. cit., p. 121. “O conhecimento especial do autor, ou seja, o dado subjetivo, fundamenta aqui a criação do perigo e, assim, a imputação ao tipo objetivo!” Em sentido contrário, JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 292. “... um risco permitido não se torna proibido pelo fato de o agente representar a possibilidade do resultado (ou, nos crimes de atividade, a possibilidade de atuar em situação típica) e não deixará de ser proibido pelo fato de o agente não pensar nessa possibilidade.” Este tema será abordado em maiores detalhes no item 4.2.4. *infra*.

insegurança jurídica²¹³.

Se é verdade o que foi dito a respeito da necessidade de violação do âmbito de risco autorizado para que se possa falar em imputação penal, então, a correta colocação do problema, nos diferentes casos concretos que podem ocupar o raciocínio do operador do direito penal, dependerá da correta identificação dos limites do risco autorizado²¹⁴.

Como demonstrado, o risco autorizado pode decorrer de uma análise de custo-benefício ou de uma constatação histórico-social a respeito de uma sociedade específica que se analise. De um modo ou de outro, o que se verifica é que o risco mostra-se como autorizado quando atende a uma estrutura de deveres e regras específicas de cuidado voltada à correta gerência dos riscos em níveis tolerados. Procurar delimitar o âmbito de risco autorizado, por conseguinte, é equivalente a identificar o conjunto de normas que estabelece deveres de cuidado em um determinado âmbito de ação humana.

Quando se fala de deveres de cuidado, imediatamente nos remetemos aos chamados “delitos negligentes”, a respeito dos quais a literatura penal já logrou analisar de forma abundante a estrutura e as fontes dos deveres instrumentais de cuidado.

Nesta ordem de considerações, uma das formas de trabalho inicialmente encontradas para identificar o nível de cuidado exigido nos crimes negligentes encontrava-se na ideia de “homem médio”. Em outras palavras, os deveres de cuidado exigíveis de todo cidadão, em cada caso, coincidiriam com aqueles exigíveis do paradigma do que seria o homem comum, mediano, ordinário²¹⁵.

²¹³ FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 40. “Los requisitos materiales de esta teoría han sufrido expreso rechazo sobre todo por parte de los partidarios de la teoría final de la acción. Sus representantes ven en conceptos como la creación del peligro desaprobado (y en parte también el de realización del riesgo) una normativización encubierta del Derecho penal abriría la vía a la inseguridad jurídica.”

²¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El límite entre imprudencia y riesgo permitido em derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, p. 941. “En los últimos años, por contra, tanto jueces como abogados recurren cada vez más al tópico del 'riesgo permitido' en sus argumentaciones. No obstante, dada la falta de criterios claros em la jurisprudencia al respecto, existe el peligro de que dicho tópico se convierta en un mero pretexto para introducir em el proceso penal factores psicológicos, sociológicos o de negociación no contemplados por las leyes, que despenalicen las conductas de manera arbitraria y, probablemente, injusta y discriminatoria. Urge por ello comenzar a introducir racionalidad em este tema.”

²¹⁵ PIÑA, Roxana G. El delito culposo – deber objetivo de cuidado, pp. 541-2. “La teoría de la determinación estrictamente objetiva del deber de cuidado parte de que el carácter normativo de la imprudencia obliga a concretar el cuidado de acuerdo com criterios objetivos. Ello conduce a recurrir a la figura de un hombre ideal o de un hombre medio, que sirva como baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado. Por hombre medio se entiende el hombre consciente y cuidadoso, la diligencia del buen padre de familia (CC). Así, el baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado será lo exigible a un hombre diligente em la situación concreta del autor. El hombre médio, diligente, consciente y razonable sirve, según esta doctrina, como medida jurídica para determinar el cuidado.”

Este paradigma, contudo, deve ser abandonado por diversas razões. Em primeiro lugar, não existe tal parâmetro, pois não há um “homem médio” em relação ao qual todos os demais podem ser comparados. Ainda que falássemos de “homem mediano” em lugar de “homem médio”, teríamos graves dificuldades. Isto pois, em relação a este, o “homem inteligente” gozaria de privilégio indevido, ao passo que o “homem intelectualmente desprivilegiado” gozaria de injusto tratamento. Por fim, os eventuais vícios do “homem médio” seriam tolerados como normais, mesmo que socialmente indesejados e reprováveis

²¹⁶.

Na linha contrária, a teoria dos poderes individuais afirma que os deveres de cuidado exigíveis de cada indivíduo devem se referir às suas particulares capacidades diante do caso concreto. Evidentemente, esta teoria traz o questionamento a respeito de se não traria consigo um privilégio indevido ao indivíduo “normalmente negligente” ou “intelectualmente desfavorecido”, desincentivando a agregação de conhecimento e capacidades individuais. Em resposta, afirma-se que não estaria excluída a responsabilidade por assunção de tarefas além das próprias capacidades. Assim, o indivíduo que, sabendo-se incapaz de realizar uma tarefa, intenta realizá-la deverá por ela responder, independentemente de suas capacidades individuais limitadas²¹⁷.

Na tentativa de corrigir os problemas de ambas as abordagens, diversos autores sugerem a adoção do conceito de papéis sociais, adotado inicialmente no campo da sociologia das organizações. Obtém-se, deste modo, a necessária objetivação da responsabilidade sem a indevida generalização provocada pelo conceito de “homem médio”.

A lógica por trás deste processo consiste na identificação do papel social ocupado pelo indivíduo no contexto analisado, sendo que uma mesma pessoa pode ocupar diferentes papéis sociais em diferentes momentos (p.e. papel social de empresário, de pedestre, de consumidor, de pai, de eleitor, etc.). Após a identificação do papel social desempenhado, impõe-se a determinação dos deveres de cuidado exigidos deste papel social na situação específica²¹⁸, podendo tais deveres decorrer da lei, de normas

²¹⁶ Op. cit., p. 542.

²¹⁷ Op. cit. p. 544. “La primera corrección a esta presunción se sigue de que, en los casos en que un sujeto no tiene capacidad para realizar una determinada conducta peligrosa, se fundamenta la responsabilidad imprudente en la falta de preparación previa o en la aceptación de esta concreta actividad.”

²¹⁸ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico, p. 141. “... resulta razonable aceptar la posibilidad de que ciertas conductas de

administrativas, ou mesmo de costumes a respeito dos quais se manifeste a *opinio necessitatis sive obligationis*²¹⁹.

Ainda que se apresente como uma proposta mais próxima da forma real como as interações sociais ocorrem, não se pode dizer, porém, que a teoria dos papéis sociais esteja livre de críticas. Argumenta-se, por um lado, que também os limites dos comportamentos esperados (i. e. das expectativas acerca) dos papéis sociais são nebulosos, assim como no caso do “homem médio”. Se é verdade que os deveres legais e administrativo são razoavelmente estabelecidos, não é possível dizer o mesmo de normas técnicas não positivadas ou normas costumeiras de aplicação específica a um contexto social. Por outro lado, argumenta-se também que, no limite, a especialização exacerbada dos conhecimentos inerentes a cada tipo de papel social – consequência da sociedade contemporânea – resulta na adoção transversa da teoria da individualização²²⁰.

Contribuição interessante ao tema é a trazida por Paredes Castañón, ao classificar os espaços de risco autorizado em cinco grupos distintos²²¹: i) espaços em que inexistem regras de conduta gerais ou específicas para controle do risco; ii) espaços em que as regras de conduta, embora existam, não prescrevem uma ação determinada e a ação que evitaria por completo o risco, ainda que possível, resultaria excessivamente custosa para outros interesses igualmente estimáveis; iii) espaços em que as regras de conduta, embora existam, não prescrevem uma ação determinada e as alternativas mais adequadas para eliminar o risco não são exigíveis a todos por razões valorativas (p. e. exigiria conhecimentos e aptidão técnica além do que seria razoável requerer ao autor da ação); iv)

agentes económicos que resultan peligrosas para otros estén, pese a todo, permitidas. Señalaba, en fin, que, para determinar si ello es así, debería partirse de las reglas de conducta existentes en el ámbito de actividad de que se trata (en el económico en general, pero también en el concreto subsector de la economía, para, luego, determinar si la decisión (aun arriesgada) puede ser considerada pese a todo, diligente.” E na p. 147: “la determinación de dicho deber exige la individualización de la posición ocupada por el sujeto actuante en el tráfico jurídico, con el fin de determinar qué conocimientos (mínimos) y aptitudes técnicas se presupone que el mismo posee en el momento de actuar; y, más aún, qué reglas de conducta deben guiar su comportamiento. Conocimientos y capacidades presupuestos, de una parte, y reglas de conducta, de otra, son pues, los datos a partir de los que hay que determinarlo.”

²¹⁹ A respeito dos costumes como fonte do Direito, sob uma perspectiva zetética, vide FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 241.

²²⁰ PIÑA, Roxana G. Op. cit., p. 545. “La crítica a esta pretendida estandarización de las especiales capacidades se puede realizar desde dos perspectivas: 1º) La dificultad de encontrar este baremo por su carácter ficticio y arbitrario; 2º) en el caso de pormenorizar la capacidad especial hasta el límite en que lo lleva Schünemann, es equiparable a introducir el poder individual del autor en la medida del cuidado, ya que la estandarización llevada al extremo es una forma solapada de individualizar.”

²²¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico, p. 158.

espaços em que as regras de conduta, embora existam, não prescrevem uma ação determinada e as alternativas mais adequadas para eliminar o risco não são exigíveis em razão da menor importância do bem jurídico protegido e dos elevados custos das alternativas de proteção; e, v) no mesmo caso de regras de conduta que não prescrevem ações específicas, as ações orientadas ao cumprimento da regra que, segundo o conhecimento do autor da ação, possuem consequências incertas, não determináveis imediatamente ou cujo custo de determinação sejam demasiadamente elevados.

Toda essa discussão é de central importância para o tema do nosso trabalho, pois, como veremos, a função das instituições financeiras no que diz respeito à lavagem de dinheiro é a de colaboração para a existência de um sistema harmônico e eficiente de controle dos riscos do sistema financeiro em níveis aceitáveis. Neste contexto, com o objetivo de minimizar o risco de utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro, os responsáveis do setor se obrigam à adoção de diversos *standards* de proteção, nos quais identificamos os limites do risco autorizado em matéria de intervenção de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro cometido por terceiros²²².

Nesta ordem de considerações, passemos, agora, a verificar como o causalismo, o finalismo e a imputação objetiva influenciam o esforço teórico e prático de imputação da responsabilidade penal em estruturas empresariais²²³, com vistas a avaliar a possibilidade de responsabilização de agentes financeiros na lavagem de dinheiro. Para tanto, será preciso primeiramente analisar a estrutura empresarial como um conjunto de papéis socialmente determinados e com âmbitos de competência delimitados normativamente.

²²² Sobre a aplicabilidade da ideia de risco permitido ao direito penal econômico ver PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico, p. 140. “Yo defendí ya en su momento, sin embargo, que hay razones de teoría general de la antijuridicidad para oponerse a esta opinión y propugnar, por el contrario, que la institución del riesgo permitido debe gozar de aplicación general, a delitos imprudentes y también a delitos dolosos. Más aún, en trabajos posteriores intenté demostrar, en supuestos específicos de Derecho Penal económico ... que esta aplicabilidad general del concepto de riesgo permitido resultada especialmente pertinente ... para tratar jurídico-penalmente conductas, peligrosas o lesivas para bienes jurídicos, pero llevadas a cabo en el contexto de actividades percibidas socialmente como 'normales'; y señaladamente, en el contexto de la actividad empresarial.”

²²³ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación, pp. 16-7. “... no cabe duda de que la ley no parte de un concepto sistémico de acción y de autor, sino de la clásica orientación individual, de la persona física y su influencia en el mundo mediante movimientos corporales, según la que lo único que queda abierto y ha estado sujeto a cambios con el paso del tiempo, es si este movimiento corporal se considera desde una perspectiva causal, final, social o personal.”

2.4. A empresa capitalista como organização de papéis sociais

A sociedade contemporânea se caracteriza pela existência de perigos não provocados pela natureza, mas pela ação do homem, vinculada pela decisão de um indivíduo ou de um grupo de pessoas²²⁴. Esses riscos podem ser de duas espécies distintas: por um lado, pode se tratar de riscos necessários ao desenvolvimento da tecnologia, portanto, desejados conscientemente pelos homens, sendo necessário *ab initio* seu controle; por outro lado, pode se tratar de riscos imprevisíveis e incalculáveis, decorrentes indiretamente da modernização tecnológica²²⁵.

Outra característica da sociedade contemporânea, cujos efeitos são sentidos no direito penal, reside na multiplicação de inter-relações e interações entre indivíduos em complexos processos²²⁶, o que termina por diluir a participação individual em processos causais²²⁷ que culminam, de forma pouco compreensível, em lesões a bens jurídicos. Evidentemente, esta realidade faz repensar o direito penal clássico, fundado na noção de causalidade²²⁸.

²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 22. e AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*, p. 62. Ver ainda BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, *passim*.

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal, p. 311. e AMARAL, Cláudio do Prado. *Op. cit.*, p. 64.

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 23; e, KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Psicología social das organizações*, p. 54.

²²⁷ Sobre a especialização do trabalho e sua influência sobre o homem, ver ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 135-6.

²²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas, p. 129: “Los problemas especiales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección en las empresas sólo pueden ser entendidos si se aclara, en primer lugar, que la formación de los conceptos de nuestro Derecho penal y con ello, también, de sus figuras fundamentales de imputación, se ha desarrollado en un paradigma social completamente opuesto. Porque mientras que los sucesos en la empresa están determinados a través de la estructura organizativa empresarial, y por ello a través de la *organización y delegación, de la división del trabajo y de la jerarquía*, el Derecho penal moderno se ha formado en las formas de vida del *solitario social*, del fuera de la ley y del proscrito, de su anarquismo, individualismo y desorganización, de la espontaneidad del momento de determinadas formas de vida.”; Ver também CABANA, Patrícia Faraldo. La autoría mediata con aparatos organizados de poder en la discusión doctrinal y en la jurisprudencia: hacia una nueva forma de responsabilidad penal del dirigente, p. 851: “Las organizaciones complejas, entre las que se cuentan tanto la asociación criminal como la empresa, se basan en la división del trabajo y el principio de jerarquía con reparto de funciones. Esto da lugar a que con frecuencia quien decide la acción y quien la ejecuta sean personas distintas. En efecto, la confluencia de los dos principios citados, división de funciones y jerarquía, da lugar a la aparición de organizaciones en cuyo seno los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva no coinciden

Esse novo contexto traz consigo uma nova espécie de criminalidade de natureza transnacional e motivada pelo lucro que pode ser obtido ilicitamente²²⁹. Em muitos casos – como no crime de lavagem de dinheiro – os delitos são normalmente cometidos por meio de estruturas empresariais²³⁰ em que vigoram a divisão de tarefas e o princípio da confiança. Esta realidade desafia a dogmática penal tradicional, especialmente quanto à divisão de responsabilidades²³¹.

Os membros de uma sociedade entram em contato como portadores de papéis sociais distintos que se relacionam²³². Estes papéis sociais atuam como um conjunto de

con los responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo y han ordenado su realización. La estructura vertical de la organización propicia esa separación entre los dirigentes y los simples ejecutores. Aplicar los esquemas tradicionales de autoría y participación, centrados en la responsabilidad penal del ejecutor material del delito, 'produce así en la práctica un traslado de la imputación personal hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, toda vez que sólo ellos realizan por sí mismos materialmente la conducta típica descrita por la ley'. Este traslado de la responsabilidad penal hacia los ejecutores no sólo puede tener consecuencias negativas para el efecto preventivo del Derecho Penal, sino que no permite apreciar correctamente la influencia que quien ocupa el vértice de la organización ha tenido en la comisión del delito.”; AMARAL, Cláudio do Prado. *Idem ibidem*.

²²⁹ CORRÊA JR., Alceu. *Op. cit.*, p. 24.

²³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, p. 529. “... entiendo por delitos económicos, en el sentido más amplio, todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella. La *criminalidad de empresa* (Unternehmenskriminalität), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa – o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa –, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa.”

²³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*, p. 136: “Problema que se agrava extraordinariamente quando as condutas perigosas têm lugar no seio de empresas, de grupos ou de equipas com complexa divisão de tarefas e a suspeita da sua prática recai sobre um grande e indeterminável número de pessoas, cuja interação, coordenada ou casual, é fonte de perigo que, por sua vez, contribui para a verificação de um risco global. Particularmente aqui, perante aquilo que se vai chamando já o fenómeno actual da *irresponsabilidade organizada*, o modelo tradicional da imputação jurídico-penal parece falhar rotundamente; como também quando se persista em manter um modelo puramente *individual* de responsabilidade penal, que empresta nova e mais forte razão à alegação de que o sistema penal está de há muito pensado em termos de atingir preferencialmente os estratos e os membros socialmente mais desfavorecido ou excluídos da população. Por isso a ciência do direito penal começa a perguntar-se por possíveis soluções.”; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Blanqueo de capitales y criminalidad organizada, p. 860: “La problemática de la autoría y participación en el seno de las organizaciones criminales supone un ámbito de gran complejidad, que permite no solo poner a prueba las distintas teorías que se manejan en esta materia, sino también decidir sobre la eficacia de la tipificación empleada por el Código Penal para sancionar a los jefes de dichas organizaciones.”; SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de... , p. 531: “Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, produce, en comparación con un delito cometido en la esfera esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico-penal, sobre todo por la *escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción*; esto es: la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad.”

²³² JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza', p. 211; GRECO,

expectativas e possibilidades de reações²³³. Neste contexto, a empresa capitalista apresenta-se socialmente como um conjunto de papéis sociais e de recursos materiais organizados, ou seja, integrados por expectativas sociais, manifestadas principalmente por normas jurídicas

234 .

Destarte, a organização é elemento essencial da empresa, pois funda o próprio processo de produção de bens e serviços, por meio da alocação eficiente de pessoas, bens e recursos²³⁵. Neste sentido, a empresa pode tomar diversas formas diferentes, tendo como reflexo diversas dificuldades práticas para o direito penal, no que se refere ao concurso de pessoas nos crimes cometidos no contexto de organizações empresariais²³⁶.

Dada a especialização e o incremento do número de interações sociais existentes na sociedade contemporânea, em uma empresa capitalista moderna, a especialização da produção em departamentos com responsabilidades específicas é um meio necessário de maximizar a produção com redução de custos, ou seja, de maximizar os lucros, o que é exatamente o objetivo final da empresa capitalista²³⁷.

Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 34: “O papel nada mais é do que uma abreviatura do conjunto de normas que rege a conduta de um indivíduo em determinada interação social.”

²³³ KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Op. cit.*, p. 53. “Os papéis descrevem formas específicas de comportamento associado a determinadas tarefas; originalmente se desenvolvem dos requisitos de tarefa. Em sua forma pura ou organizacional, os papéis são configurações padronizadas de comportamento requeridos de todas as pessoas que desempenham uma parte em determinado relacionamento funcional, sem que sejam levados em conta os desejos pessoais ou as obrigações interpessoais irrelevantes a tal relacionamento.” ver também FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, p. 156.

²³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Idem ibidem*. Analisando o conceito mais amplo de pessoa jurídica, Ferraz Jr. a conceitua como “O feixe desses papéis isolados dos demais papéis sociais e integrados pelo estatuto num sistema orgânico com regras próprias”. KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Op. cit.*, p. 66.

²³⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa – atividade empresária e mercados*, p. 129.

²³⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Blanqueo de capitales y criminalidad organizada, p. 861. “Ante el incremento de la intervención del Derecho Penal el jefe de la organización procurará, en busca de impunidad, no llevar a cabo personal y directamente los hechos, limitándose a dar las órdenes, planificando la intervención de distintos sujetos, componiendo las situaciones que darán lugar a una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Como hemos ya apuntado, el funcionamiento interno de una organización criminal no tiene por qué ser muy distinto al de una empresa, y en este caso el empresario optimizará todos los recursos humanos y materiales de los que dispone, e incluso no asumirá personalmente las tareas más riesgosas. También puede ocurrir que el jefe de la organización no pueda realizar actos ejecutivos por encontrarse en prisión, lo que supone constatar ejemplos que nos brinda la propia realidad.”

²³⁷ KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Op. cit.*, p. 54. “As pessoas se acham ligadas entre si em virtude da interdependência funcional dos papéis que desempenham; por exemplo, o operário na linha de produção depende da atividade apropriada do homem que lhe fornece os materiais e, por seu turno, acrescenta suas contribuições à medida que o produto se desloca para o operário seguinte. Porque os requisitos de diferentes papéis estão interrelacionados, os que os desempenham estão vinculados entre si, em resultado, a organização adquire um certo grau de integração.”

Em sendo assim, cada departamento é administrativamente responsável apenas pelos processos que ocorrem dentro de seu escopo específico de atribuições, independentemente do conhecimento causal que os membros de cada departamento possam ter sobre os processos que correm em outros departamentos.

Essa divisão de tarefas inerente ao processo administrativo empresarial faz com que a maior relevância se transfira dos crimes comissivos para os crimes de omissão imprópria, na medida em que os dirigentes das empresas dificilmente executarão as próprias resoluções, valendo-se, antes, de um complexo de órgãos, funções e atividades que rotineiramente se desenvolvem no contexto da empresa capitalista²³⁸. Assim, a atenção passa a recair sobre os deveres de vigilância, controle e intervenção dos dirigentes sobre as condutas de seus subordinados²³⁹.

Disto decorre o fato de que os *outputs* das organizações empresariais, isto é, suas ações finais, seus produtos, serviços e lesões produzidas, são normalmente resultado da interação de diferentes papéis sociais²⁴⁰, que podem ou não agir orientados pela obtenção

²³⁸ SCHÜNNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de... , p. 533. “La eminente importância político-criminal del delito impropio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas. Como consecuencia del principio de *descentralización*, característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la 'organización de la responsabilidad' – por decirlo con una expresión tópica – amenaza con convertirse en la 'organizada irresponsabilidad', lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo. Este cambio de la responsabilidad jurídico-penal hacia las bajas instancias de la jerarquía de la empresa, resultante de la técnica legal de descripción del supuesto de hecho típico, puede tener consecuencias fatales para el efecto preventivo de las normas de Derecho penal y de Derecho administrativo sancionador, porque muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta sólo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa; porque dicho órgano sólo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una *actitud criminal de grupo* – es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa –, a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización 'pero si yo sólo actúo de un modo altruista en interés de la casa'; y finalmente porque los miembros inferiores de la organización de la empresa son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de normas penales sólo puede conseguir una efectividad limitada.”

²³⁹ Op. cit., p. 539. “Junto a la posición de garante a causa del dominio sobre cosas y procedimientos materiales peligrosos existe la *responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados*, que resulta del dominio del superior a causa de la organización jerárquica de la empresa y a pesar de la responsabilidad penal de los propios subordinados. Este dominio se basa no sólo en el *poder legal de mando* que se hace efectivo a través del derecho de dirección del empleador, sino del mismo modo en el mayor *fondo de información* del superior, que posee un conocimiento del dominio a través de la compactación de la información (sólo parcialmente reproducible en los niveles más bajos)”

²⁴⁰ RAGUÉS I VALLES, Ramon. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales – problemas de imputación subjetiva, p. 183.

de um fim lícito, em uma combinação extremamente variada de possibilidades²⁴¹. Os crimes eventual ou sistematicamente cometidos no âmbito empresarial – a favor da empresa e de seus dirigentes ou por funcionários contra esses – formam o conjunto do que se convencionou chamar de “criminalidade de empresa”²⁴².

Por conseguinte, é elementar a insuficiência das tradicionais teorias da autoria e da participação, para responder de forma satisfatória à realidade social contemporânea ligada à criminalidade empresarial²⁴³.

A aplicação destas teorias leva à aplicação do modelo de imputação *bottom-up*, que consiste na punição preferencial daqueles que agem por último. Isto levaria a aceitar a punição dos funcionários mais baixos na cadeia hierárquica empresarial, classificando os indivíduos membros dos órgãos diretivos da empresa como meros partícipes nestes crimes, como cúmplices ou indutores²⁴⁴. Contudo, esta opção dogmática não é razoável, pois aqueles que agem por último em estruturas empresariais, raramente apresentam domínio

²⁴¹ O papel social do ponto de vista sociológico supera a noção de papel social normativamente previsto. Assim é que mesmo o criminoso pode estar a desempenhar um determinado papel social, embora em violação às normas jurídicas. Ver GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 35: “Incumbe à sociedade, e não aos indivíduos, constituir os diversos papéis; esta constituição é algo objetivo, porque as interações são algo objetivo, que ocorrem pouco importando, ou mesmo a despeito, do que se passa no foro interno, no plano subjetivo de cada cidadão.” e nas pp. 40-1: “... a sociologia conhece não só o papel de cidadão, de policial, de autor de livros jurídicos, mas também de criminoso. Se é a interação, em sentido sociológico, que constitui o papel, então em todo homicídio quem mata representa o seu papel de homicida, e em todo estupro quem estupra representa o seu papel de esturador. Tal consequência, absurda aos olhos do jurista, de modo algum o será para o sociólogo, máxime se ele seguir a linha inaugurada por Durkheim, considerando o crime em sua função positiva para a integração do corpo social.”

²⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de...*, p. 531. “Con el concepto de 'criminalidad de empresa' se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una *actuación para una empresa* se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa. Que de este modo la criminalidad de empresa constituye la parte más importante de la criminalidad económica, no sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde el punto de vista de la teoría jurídico-penal y de la política criminal, es algo que salta a la vista.”

²⁴³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 158; SCHÜNEMANN, Bernd. *Los fundamentos de la ...*, p. 130: “Este concepto de responsabilidad de nuestro Derecho penal prescinde em esencia de la realidad de los desarrollos empresariales, porque la identidad del movimiento corporal y la influencia en los acontecimientos, presupuestas en el concepto de acción tanto causal como final, se transforma en realidad organizada de la empresa precisamente en lo contrario, al decidir la dirección sin que sus órganos se muevan de una manera relevante; mientras que el trabajo corporal se distancia en gran parte de la interpretación del sentido y de la fijación del fin individual, es esencialmente fungible y, en la medida en que de todos modos no puede ser sustituido por un robot industrial, tiene un significado meramente periférico em los procesos de decisión empresarial, brevemente: no tiene ninguna influencia esencial sobre el contenido del acontecimiento empresarial.”. O mesmo pode se dizer no âmbito da responsabilidade pelo produto defeituoso, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Indagações sobre a responsabilidade penal da empresa pelo produto defeituoso*, p. 4.

²⁴⁴ Lembrando que, como visto no item 2.1. *supra*, segundo a teoria restritiva, é autor aquele que realiza o verbo nuclear do tipo penal, sendo partícipe todo aquele que auxilia ou favorece o delito do autor, sem realizar o verbo nuclear do tipo. Já pela teoria do domínio do fato, é autor aquele que detém a decisão concreta a respeito do curso do fato delituoso. Ver MARQUETI, Júlio. *Direito penal – parte geral*, p. 114.

normativo do fato, embora apresentem domínio em sentido naturalístico²⁴⁵.

Entretanto, em muitos casos de grandes empresas, também não resolve o problema imputar um fato aos dirigentes máximos destas empresas, o que tem sido a principal estratégia na ação dos órgãos de persecução penal²⁴⁶. Isto, pois, normalmente, os dirigentes têm como função o planejamento estratégico de médio e longo prazo, sem contato diário com decisões relacionadas a processos concretos dos negócios das empresas²⁴⁷. Esse contato, por sua vez, fica sob a responsabilidade de funcionários intermediários – os “encarregados” – responsáveis pela implementação e concretização de diretrizes gerais e abstratas apresentadas pelos dirigentes maiores da empresa²⁴⁸.

Segundo Bernd Schünemann, o poder de direção em uma empresa se funda sobre

²⁴⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Idem ibidem*. Estudo mais detalhado a respeito das possíveis formas de controle corporativo se encontra em COMPARADO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 52 e seguintes.

²⁴⁶ Esta solução tem sido adotada muitas vezes pelo Ministério Público, baseando-se em uma presunção de culpabilidade decorrente da formalização do estatuto social, o que inverte o ônus probatório desfavoravelmente ao acusado. Ver, por exemplo, EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*, p. 51-2. Em nosso entender, tal presunção de culpabilidade é inadmissível no Brasil, diante do princípio constitucional de não-culpabilidade. “Art. 5º (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”; Ver também SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación, p. 10: “En la legislación, jurisprudencia y doctrina se reconoce la tendencia a trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible 'hacia arriba', es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan.”; No mesmo sentido, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 862: “No puede sancionarse penalmente la simple *pertenencia* a una organización criminal o su *dirección*, porque nos llevaría a un derecho penal de autor y no del hecho, y a un claro ejemplo de responsabilidad objetiva. Por el contrario, debemos constatar puntualmente la realización de conductas que sean subsumibles entre las expresamente prohibidas por el art. 301 del Código Penal.”.

²⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación, p. 11. “Investigaciones modernas de la sociología y la psicología han confirmado la afirmación que formulé hace veinticinco años, de que los órganos de dirección de una organización en numerosos casos carecen de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada, pues sólo reciben una pequeña fracción de las informaciones que en sí son necesarias, y, por ello, frecuentemente actúan como instrumentos del *management* intermedio, de quien reciben sólo una información previamente seleccionada y de ese modo son manipulados sin notarlo.”

²⁴⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 160; Ver também, CABANA, Patricia Faraldo. Los autores de blanqueo de capitales en el código penal español de 1995 – especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales, pp. 154-5: “Por jefe se entiende la persona que manda en la organización como cabeza principal. El concepto de administrador es propio del Derecho mercantil y allí debemos determinar su amplitud. Piénsese que por regla general las organizaciones adoptarán la forma de persona jurídica de tipo societario, tanto por la limitación de la responsabilidad como por la opacidad que suponen frente a las investigaciones que se realicen en torno a la identidad de los verdaderos titulares. Así pues, administrador es el miembro del órgano de administración o la persona que ostenta las facultades de representación y gestión de la sociedad. 'Encargado' es un término muy amplio, no técnico bajo el cual deben comprenderse todas aquellas personas que, no siendo jefes ni administradores, asumen funciones directivas a cualquier nivel en la organización. Pensemos en el director general de la sociedad mercantil que se utiliza para blanquear, o en el gerente de un establecimiento mercantil empleado para el mismo fin.”

cuatro distintos pilares: a estrutura hierárquica, a distribuição de trabalho, os sistemas de condutas, e o poder de determinação dos meios de produção²⁴⁹. Como veremos, cada um destes pilares se relaciona com uma forma distinta de interpretar as ações de indivíduos que interagem, lícita ou ilicitamente, em uma organização empresarial. A estrutura hierárquica e a distribuição de trabalho poderiam fundamentar a incidência de deveres de controle e vigilância e também do princípio da confiança. Os sistemas de conduta e a determinação dos meios objetivos de produção, por outro lado, poderiam fundamentar a adequação social ou profissional de uma determinada conduta.

As grandes empresas capitalistas contemporâneas já não mais se identificam com o modelo piramidal anteriormente utilizado para representar o modelo hierárquico empresarial, visto que os dirigentes não têm mais completo controle acerca das decisões concretas tomadas por funcionários de nível intermediário²⁵⁰. Isto se deve à crescente especialização dos setores dentro de uma mesma empresa, destinada a aumentar a produtividade, reduzindo custos²⁵¹.

Nesta ordem de considerações, os órgãos de direção de uma empresa podem agir contrariamente a seus deveres de garantia nas seguintes condições, conforme Schünemann

²⁴⁹ SCHÜNNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la ..., pp. 131-2: "El poder de dirección en la empresa se apoya en cuatro pilares, que pueden ser ejecutados de forma fuertemente diferenciada *según la estructura concreta de organización*; es decir, la *estructura jerárquica* que se traduce en el poder directivo o derecho de dirección; la *distribución del trabajo*, que aumenta hacia abajo en la estructura de organización con una vista panorámica o de conjunto en descenso y con una fungibilidad creciente de los órganos de ejecución; la formación de un *sistema de conducta* que casi funciona por sí mismo, basado en procesos de aprendizaje colectivo, mantenimiento de los valores y rutinas de acción; y, finalmente, el poder de determinación sobre los *medios de producción objetivos*."

²⁵⁰ Op. cit., p. 138. "De ello se deduce que, si y porque sólo la no utilización de un control sobre un ámbito social (todavía) disponible fundamenta la equiparación de la omisión con el hacer activo, la *responsabilidad del titular de la empresa (die Geschäftsherrenhaftung)* ni siquiera procede en los *casos de excesos (Exzeßtaten)* del subordinado, mediante los cuales se emancipa de la organización jerárquica y lucha justamente contra ella. Distinto es si el órgano de dirección tolera la utilización de objetos que se encuentran en su ámbito de dominio, porque, entonces, se produce la equiparación a la comisión de esa omisión por la posición de garante sobre *objetos peligrosos*."

²⁵¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 162-4.

²⁵² SCHÜNNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la ..., pp. 140: "Si por las coincidencias prácticas entre la responsabilidad imprudente por un hacer activo propio del director de la empresa y por su omisión contraria al deber se examinan conjuntamente las dos formas de responsabilidad, pueden distinguirse consecuentemente *cinco* tipos diferentes de *lesión del deber*: primera, la *elección descuidada* de un sustituto inapropiado, sea por una insuficiente cualificación especializada, sea, más agravadamente, por una falta de carácter que perjudica el cumplimiento de las tareas; segunda: la *distribución imprecisa de tareas* entre distintos sustitutos o entre el director de la empresa y los órganos subordinados, que conduce, por esse, a que el mantenimiento de la protección del medio ambiente o de la seguridad técnica de las tareas requeridas por la empresa caiga, por decirlo así, en un agujero organizativo y no sea tomada en serio por nadie; tercera: la *insuficiente instrucción* del sustituto, que no está suficientemente iniciado en las exigencias del rendimiento interempresarial y que por eso no está en situación de poder cumplirlas, por lo que sólo obedece la instrucción de arriba e informa a los superiores en situaciones oscuras y en

: i) negligência na escolha de responsáveis por funções ou atividades dentro da empresa; ii) distribuição imprecisa de tarefas entre indivíduos e departamentos; iii) insuficiente instrução aos órgãos executores das diretivas; iv) omissão de intervenção em caso de conhecimento de irregularidades cometidas por órgãos subordinados; e, v) ausência de controles estatísticos relevantes, o que é especialmente importante nos casos envolvendo responsabilidades por produtos defeituosos.

Ainda que os dirigentes possuam elevado grau de controle de decisão, como averiguar, conforme a teoria tradicional, a autoria no caso de órgãos colegiados²⁵³? Apenas a título de ilustração, imaginemos a situação em que a empresa “BANCO A”, por meio de sua diretoria colegiada, formada por cinco diretores, toma a decisão unânime de fraudar os controles do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, relativos à lavagem de dinheiro, deixando de comunicar operações suspeitas de clientes selecionados, infringindo com isso o art. 11, II, da Lei n. 9.613/98²⁵⁴.

Analisando a situação, temos que, pela teoria do domínio do fato, apenas são autores os três primeiros diretores a votar, visto que a posição dos dois últimos é indiferente para a realização do fato, considerando-se que a decisão já está tomada, independentemente de qual fosse a posição destes. Evidentemente, esta posição é absurda, pois faz a imputação depender unicamente da ordem adotada pelos diretores no momento da votação. Torna-se, portanto, clara a necessidade de um novo parâmetro na dogmática

casos de un esfuerzo personal excesivo; cuarta: la *intervención omissiva*, en virtud de irregularidades y de la sensibilidad de la esfera empresarial afectada puede avanzar desde un aviso de despido junto con controles severos hasta el traslado o despido del trabajador; quinta: la *no ejecución de muestras aleatorias* oportunas y por sorpresa para control mismo, incluso de acreditados trabajadores de larga experiencia, porque con el paso del tiempo tampoco esse círculo de personas es inmune a aparentes desgastes, que se producen como consecuencia de la rutina empresarial.”

²⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco... , p. 20. “A la cantidad de problemas jurídicos de alto calibre que arrojan los delitos empresariales, pertenecen también las cuestiones de causalidad e imputación ante decisiones de gremios adoptadas por mayoría. Éstas conciernen también a uno de los puntos más delicados del Derecho Penal empresarial, pues es evidente que la comprobación de la causalidad referida al actual individual em gremios que deciden conforme al principio de mayorías, genera especiales dificultades.”

²⁵⁴ “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, 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: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) 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 (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) 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. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)”

penal, de modo a resolver satisfatoriamente os problemas apresentados.

Diante desta situação extrema, Schünemann afirma que a causalidade não deve ser avaliada em relação ao voto isolado de cada um dos membros do colegiado, mas sim em relação à participação na deliberação, essa sim tida como o evento causal. Sendo assim, todos os membros do colegiado seriam responsáveis, independentemente da forma que tivessem votado na deliberação²⁵⁵.

Essa conclusão é obtida em vista dos resultados do debate relativo aos chamados “comportamentos alternativos lícitos”, debate este que será analisado em detalhes no curso do presente trabalho. Entende-se que, hipoteticamente, um voto contrário na deliberação do órgão colegiado, caso proferido com os rigores da esperada fundamentação empresarial, teria elevada probabilidade de inverter o resultado da votação ou, ao menos, reduzir o risco da lesão que por fim se produziu²⁵⁶. Sendo assim, a atuação contrária a tal dever de votação motivada seria o suficiente a fundamentar a imputação penal.

Como já demonstrado no capítulo anterior, o domínio do fato pode se apresentar de três distintas formas: domínio do fato pela ação, domínio do fato funcional e domínio da vontade. Esta última modalidade, por sua vez, subdivide-se em outras três formas: domínio da vontade por coação; por induzimento a erro; e, em virtude de “aparatos organizados de poder”.

No domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder²⁵⁷, o autor do delito

²⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco... , p. 21. “En primer lugar, conforme la teoría de la condición conforme a leyes (objetada recientemente por *Knauer*, pero acertada em mi opinión), no cabe duda que en una decisión de continuar vendiendo el producto adoptada unánimemente, todo voto ha sido causal para la continuación de la venta lo que, por lo demás, también se aplicaría a un voto en contra, pues también habría sido una parte del proceso de votación causal para la continuación de la venta. Además, la coautoría no depende del curso causal hipotético de qué habría sucedido en caso de que uno de los participantes hubiera votado en contra.”

²⁵⁶ Idem ibidem. “Conforme a la teoría del incremento del riesgo defendida por la doctrina dominante, fundada por *Roxin* y reformulada normativamente por mí, debe preguntarse si el comportamiento conforme a deber habría reducido el riesgo de la producción del resultado tan notablemente que el correspondiente deber se há de calificar incluso desde la perspectiva *ex post* como medida apropiada para la protección del bien jurídico. Ello debería negarse en caso de un voto aislado, cuando *ex post* el acuerdo del resto de los miembros de la junta directiva de no realizar la retirada del producto [defectuoso] es firme. Sin embargo, si se centra el análisis sólo en el voto, se observa el curso completo de la decisión del gremio de modo demasiado restringido, ya que obviamente también forman parte de él la participación en el debate y la actuación dirigida a la decisión correcta, es decir, dirigida concretamente a la decisión a favor de la retirada del producto. Y, entonces, puede partirse por lo general de que un voto fundado, expresado en el debate, a favor de la retirada del producto, desde luego habría tenido considerables oportunidades de imponerse, por lo que há de afirmarse la imputación del resultado.”

²⁵⁷ A teoria se destina originalmente a tratar de estruturas estatais de poder. Contudo, entendemos que pode ser transposta para a realidade de grandes estruturas empresariais, desde que presentes os requisitos apresentados pela teoria. Este é o entendimento do Tribunal Supremo Alemão, cf. ROXIN, Claus. El

utiliza-se de um subordinado, submetido por forte relação de hierarquia e disciplina, que se apresenta de forma fungível. Ou seja, a recusa do instrumento em executar a ordem não é capaz de evitar o resultado, posto que este certamente será executado por meio de outro subordinado²⁵⁸. A fungibilidade do executor, assim, é o elemento central, pois é ela que permite afirmar que não é o indivíduo o instrumento do delito, mas antes a própria estrutura de poder²⁵⁹.

Ainda que a teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder tenha sido desenvolvida para cuidar de aparatos estatais de poder, a doutrina tem trabalhado com a possibilidade de aplicação dessa teoria também a aparatos não-estatais, tais como são as organizações criminosas²⁶⁰, entendidas como estruturas relativamente estáveis e

dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, p. 247. “¿Pero se puede de este modo declarar autores mediatos también a los superiores de empresas, si inducen a los empleados de su negocio a cometer delitos? El Tribunal Supremo alemán sostiene esta opinión. Ha afirmado ya en la sentencia sobre el Consejo de Seguridad Nacional de la RDA: 'También el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así', y ha procedido, asimismo, de este modo en una serie de sentencias posteriores.”

²⁵⁸ AMBOS, Kai. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*, p. 50. “Em razão da possibilidade de substituição (fungibilidade) do executor, que não precisa conhecer o homem de trás, este poderia confiar que suas ordens sejam cumpridas, pois caso um executor não cumpra sua tarefa, um outro imediatamente entrará em seu lugar; portanto ele não pode impedir o ato pela sua negativa de cumprir a ordem, senão apenas subtrair sua participação no mesmo.”

²⁵⁹ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, p. 61.; AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 51. “o verdadeiro instrumento não é a pessoa individual, senão um mecanismo de poder que funciona quase de maneira automática, o ‘aparato’, que segue funcionando sem dificuldades, ainda que o indivíduo se negue a intervir.”; CABANA, Patrícia Faraldo. La autoría mediata con aparatos... , p. 855: “Por tanto, ROXIN considera la fungibilidad del ejecutor como el factor decisivo para fundamentar el dominio de la coluntad en estos casos. Tal intercambialidad del ejecutor llega hasta el punto de que el hombre de atrás no necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que incumplirá sus órdenes incluso sin conocimiento personal alguno. La fungibilidad se comprueba claramente al obsevar que aun en caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla no podrá impedir el hecho, sino únicamente sustraer su contribución al mismo.”

²⁶⁰ Desde que presentes os requisitos necessários de um aparato formal de poder, o que, em realidade, não se pode verificar com grande facilidade. Neste sentido, ver AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 70. “O domínio por organização parece possível, desde o princípio, apenas em um aparato formal de poder, isto é, em uma organização que seja estruturada hierarquicamente de maneira linear e que seja composta por um número suficientemente grande de autores substituíveis. Com isso se adentra no âmbito empiricamente pouco investigado da criminalidade organizada. Parece certo o fato de em conceitos conhecidos em Direito Penal – como o de ‘bando’ (por exemplo, § 244, 1, Nr. 3 do StGB) e o de ‘associação criminosa’ (§ 129 do StGB) – em regra falta uma organização estritamente hierárquica – em razão de um número reduzido de membros – e também a fungibilidade dos executores. Se em uma ‘associação criminosa’, além da habitual estrutura de rede relativamente densa, apresentam-se, no entanto, estruturas rígidas de organização e uma multiplicidade de membros, ela poderia fazer parte já, no sentido real, da ‘criminalidade organizada’. Desta forma já nos encontramos plenamente no âmbito de competência da criminologia e da política criminal (entre ‘mito e realidade’) e devemos nos contentar com uma mera definição de trabalho e uma multiplicidade de indicadores em parte muito indeterminados. Todavia, disso segue o fato de que a fungibilidade dos membros, assim como a estrutura de organização caracterizada por um estilo rigoroso de condução, indica uma forma de crime organizado. Neste caso é levado em questão também um domínio por organização. Portanto, de forma alguma se pode partir, de modo geral, na existência da criminalidade organizada – isto deve ser observado de maneira inequívoca – , de um domínio por

hierarquizadas de poder, voltadas à realização contínua e permanente de uma finalidade criminosa²⁶¹.

No caso dos aparatos organizados de poder, argumenta-se que a coautoria não seria uma solução viável por não existir o domínio funcional do fato pelo “homem por detrás” da ordem. Ou seja, o distanciamento entre o superior, que ordena, e o subordinado, que executa, não dá lugar a uma divisão de tarefas decorrente de uma decisão comum²⁶².

Também não se trata de mera participação por induzimento do crime do subordinado. Isto, pois o controlador do aparato organizado de poder detém o domínio da própria vontade do executor, não se limitando a inspirar seu ânimo no sentido de cometer um determinado crime. Ainda assim, ao contrário das demais formas de autoria mediata, o domínio do executor não se exerce diretamente, mas apenas mediante o domínio que o autor detém do aparato de poder²⁶³.

No caso das interações entre agentes que ocorrem dentro de organizações criminosas, a questão aparece como a situação do “autor detrás do autor”, de que escreve Roxin. Trata-se do caso em que o executor de um determinado crime responde como autor (autoria direta) ao mesmo tempo em que também responde como autor (autoria mediata) outro agente, que não executa a ação mas tem o domínio sobre a estrutura de poder dentro da qual os agentes interagem²⁶⁴.

organização. Antes deve ser verificado, em cada caso, se a hipótese mencionada existe. Na verdade pode ser difícil assegurar isso, pois, para uns, 'até hoje não se logrou êxito em descobrir plenamente a estrutura interna, os âmbitos de atividade e a extensão da atuação do crime organizado', e, para outros, nem se discute a estruturação hierárquica estrita. No que diz respeito à Alemanha como lugar do fato, se deverá partir até mesmo de que há mais estruturas em forma de rede, como as antes mencionadas, do que grupos organizados hierarquicamente (como, por exemplo, no Japão). As próprias investigações confirmam que também em relação aos chamados 'cartéis de drogas colombianos' mal se poderia demonstrar uma estrutura de organização constituída hierarquicamente.”

²⁶¹ Não faz parte do escopo deste trabalho analisar a questão das organizações criminosas em profundidade. Para este fim, a doutrina brasileira conta com diversas referências, entre as quais mencionamos LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. A responsabilidade criminal do homem de trás das organizações criminosas, pp. 129-156; EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio : manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁶² AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 60. “Contra a *co-autoria* – como a alternativa mais convincente – afirma-se de maneira decisiva o fato de que principalmente o afastamento do fato e o desconhecimento do homem de trás a respeito do decurso concreto do fato e da execução do fato excluem a realização conjunta com base na divisão do trabalho.”

²⁶³ *Op. cit.*, p. 61: “A circunstância de que o homem de trás – como nos casos ‘normais de autoria mediata’ – não domina de modo direto o executor, senão (somente) pelo aparato, leva a uma responsabilização em razão da competência funcional (como ‘autor da escrivania’ [*Schreibtäter*], emissor de ordens, planejador, autor espiritual, etc.); em síntese: a uma *responsabilidade com base no injusto de uma organização em vez de individual*.”

²⁶⁴ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación..., 61: “La cuestión a saber, si cabe la construcción

Roxin entende que a responsabilidade penal deve abarcar ambos os agentes (o executor e o controlador da organização/estrutura de poder), pois o primeiro – ainda que totalmente imputável – seria absolutamente intercambiável dentro da organização, isto é, substituível por outro agente, sem que tivesse o poder de interromper a marcha criminosa da organização posta em funcionamento²⁶⁵. Por outro lado, o segundo domina o resultado típico sem necessariamente sequer conhecer pessoalmente o executor material do feito criminoso²⁶⁶.

Jakobs, por sua vez, argumenta que a única forma de estender a responsabilidade ao homem por detrás da organização seria por meio do instituto da coautoria, pois a autoria mediata implicaria dizer que o executor da conduta criminosa não se apresenta como responsável penalmente²⁶⁷. A esta posição se opõe Roxin, sob o argumento de que a

del 'autor detrás del autor', es muy controvertida en Alemania y, en mi opinión, cabe plantearla de la misma manera respecto del Derecho español. ... Partiendo de la autoría del ejecutor, debe explicarse cómo alguien puede responder como autor y al mismo tiempo ser instrumento de otros. Hay que hacerlo porque, en cambio, se habla normalmente de que la propia responsabilidad penal del ejecutor se opone a su calificación como instrumento, obstaculizando la autoría mediata.”

²⁶⁵ CABANA, Patricia Faraldo. La autoría mediata con aparatos... , p. 861: “... a mi juicio lo que la característica de la fungibilidad de los ejecutores aporta a la teoría de la autoría mediata con aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el executor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás, sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del hombre delante al hombre de atrás. El hombre de delante domina la acción, pues determina positiva y negativamente el hecho delictivo que le corresponde ejecutar, pero su negativa a actuar no supone el fracaso del plan delictivo porque en su lugar se colocará otra persona proporcionada por la organización, dispuesta a cumplir la orden recibida. El hombre de atrás no puede confiar plenamente en que el concreto executor realizará el delito, pues al gozar de libertad puede decidir en cualquier sentido y por tanto también en contra de la ejecución, pero sí puede confiar con fundamento en que si uno de los ejecutores ejerce su libertad y se niega a realizar el hecho la organización proporcionará otra persona más dispuesta, y por tanto puede confiar plenamente en que si da una orden ésta será ejecutada, no importa por quién.”; ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación... , p. 61: “La razón es que, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el 'resultado'.”

²⁶⁶ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación... , p. 62. “El hombre de atrás, pues, controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como executor entra en escena más o menos casualmente. Aquél tiene en sentido literal de la palabra el 'dominio' y por lo tanto es autor mediato.”

²⁶⁷ ROXIN, Claus. Las formas de participación en el delito..., p. 557-8. Cf. también ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación..., p. 63: “La solución de la coautoría que Jakobs propugna descansa en una consideración más normativa del dominio del hecho. Lo entiende como responsabilidad jurídica no como dominio real. Para él, la autoría mediata presupone que quién actúa directamente lo haga de acuerdo con el Derecho, a saber, que jurídicamente no sea responsable o no completamente responsable, entonces, según este planteamiento, no podría ser un instrumento. Jakobs no niega que los sujetos que actúan de forma directa sean intercambiables, ni tampoco el 'automatismo' con el que se lleva a cabo la ejecución de órdenes. Simplemente, se trataría de 'datos naturalísticos' intrascendentes. Para igual responsabilidad de ambos, sólo es posible una equiparación por la vía de la coautoría.”. No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco... , p. 19: “... considero incorrecta la admisión de la autoría mediata de un órgano directivo de una empresa que está detrás de un órgano directivo de una empresa que está detrás de un órgano de ejecución que actúa de modo plenamente delictivo. En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un

coautoria depende de uma atuação conjunta dos agentes, o que não ocorre no caso descrito

268

Diante desta crítica de Roxin, coloca-se o pensamento de Bernd Schünemann, para quem a ausência de acordo entre os agentes é desnecessária para configurar a situação como coautoria, uma vez que a caracterização objetiva de interconexão sistêmica existente entre diferentes órgãos de uma mesma empresa, poderia, no caso específico de organizações empresariais, suprir objetivamente a ausência de mútuo acordo²⁶⁹.

Há ainda outros autores que defendem se tratar de caso de indução, ou seja, mera participação do homem por detrás e não de coautoria ou autoria mediata. Afirmam estes autores que a intervenção que se opera é apenas a de incentivar o cometimento de um crime por meio de uma estrutura de poder, sem que a fungibilidade dos executores exerça qualquer diferença para a imputação do resultado²⁷⁰.

De nossa parte, pensamos ser pertinente a crítica de Jakobs relacionada ao fato de que não se pode cogitar de autoria mediata nos casos em que o suposto instrumento da ação do autor mediato também possa ser responsabilizado segundo o ordenamento penal²⁷¹.

lado, tiene una posición de garante (lo que trataré en profundidad inmediatamente, en el apartado VI), y, por outro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, asiladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de coautoría.”

²⁶⁸ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación..., p. 63: “Sin embargo, la tesis de la coautoría, no se atiende a los hechos. Los conceptos del Derecho Penal deben referirse a imágenes rectoras, que representen una configuración normativa de las estructuras reales de los sucesos. Pero la imagen rectora del coautor no es la responsabilidad del resto de intervinientes (que ciertamente también existe en el caso de los inductores y cómplices), sino la realización conjunta.” FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Blanqueo de capitales y criminalidad organizada, p. 868: “Tampoco faltan críticas a esta línea interpretativa. La coautoría requiere un plan común y que ambos sujetos realicen conjuntamente cualquiera de las modalidades típicas constitutivas de 'blanqueo'. Estos requisitos no suelen darse dentro de un aparato organizado de poder, que se caracteriza porque los sujetos que ejecutan el delito no participan en la organización y estructuración de la totalidad del plan delictivo (organización vertical). Estos sujetos ni siquiera suelen conocer la totalidad del plan, pues se les informa solo de la parte que a ellos les toca ejecutar.”

²⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco..., p. 18. “Por eso, en mi opinión, la figura de la coautoría no se puede negar sólo con el argumento de que falta el mútuo acuerdo entre el principal y el órgano de ejecución, ya que la intensidad débil de la dimensión 'mutuo acuerdo' en la empresa sí podría compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución.”

²⁷⁰ ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación..., p. 63. “Los dos autores [Herzberg e Köhler] se apoyan como Jakobs en una consideración puramente normativa. El dominio efectivo y el poder de mando de hombre de atrás es considerado como 'fáctico' o 'naturalístico' y con ello apartado por insignificante.”

²⁷¹ Esta crítica é formulada com fundamento no princípio da responsabilidade, conforme analisado em CABANA, Patrícia Faraldo. La autoría mediata con aparatos..., p. 873: “El principio de responsabilidad es uno de los principales obstáculos que há encontrado la propuesta que nos ocupa. En materia de autoría y participación, de acuerdo con la formulación habitual del principio de responsabilidad, en la medida en

Por outro lado, entendemos com Roxin que a solução proposta por Jakobs, qual seja, a coautoria, também é inadequada, uma vez que não há ajuste de vontades para atuação conjunta entre os agentes. Também é equivocada a posição que defende tratar-se de mero caso de participação por induzimento, pois essa linha de argumentação desconsidera o controle do homem por detrás sobre a estrutura de poder que, posta em marcha, provocará os resultados típicos previstos.

Nessa ordem de considerações, entendemos que a melhor alternativa será considerar tais hipóteses como casos de autoria colateral. Isto, pois não se pode negar a autoria direta do executor do resultado típico, uma vez que se trata de indivíduo totalmente responsável penalmente, bem como detentor do domínio do fato quanto à realização do crime por suas próprias mãos. Em outras palavras, o executor, ainda que fungível com relação ao resultado, pode se negar a cometer ele próprio e, em um determinado momento definido, o ato²⁷². Quanto ao indivíduo que controla a organização/estrutura de poder, este apresenta-se como detentor do domínio por organização, o que o torna autor do crime, pois, ainda que se valendo de uma “peça” de sua organização, é ele quem faz com que as “engrenagens” da estrutura de poder funcionem de maneira a produzir os resultados típicos desejados.

Neste momento, é importante frisar que o conceito de organização criminosa não se aplica imediatamente às empresas, mas apenas na medida em que estas puderem ser compreendidas como organizações dirigidas primariamente ao cometimento de crimes e acréscimo de poder e não ao lucro (caso das empresas ordinárias) que acidentalmente poderia resultar do cometimento de alguns delitos²⁷³. Consequentemente, a ideia de

que el ejecutor (autor inmediato) comete el delito de forma voluntaria y consciente, no sería posible ya hablar de dominio del hecho en relación con quien le determinó a ello, de forma que el hombre de atrás no podría ser considerado autor (mediato), sino mero inductor.”; No mesmo sentido FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. cit., p. 865: “La construcción de ROXIN en materia de autoría mediata es perfectamente aceptable cuando se trata de auténticos *instrumentos*: el autor inmediato actúa bajo coacción o engaño y por lo tanto no es penalmente responsable. Sin embargo, en este supuesto no nos encontramos ante un auténtico *instrumento*, sino ante sujetos penalmente responsables que realizan los hechos a título de autores directos, y son responsabilizados penalmente por ello. La pregunta que se formula es si podemos hablas en estos casos también de autoría mediata, basándola no en el carácter instrumental de la intervención del autor directo sino en la existencia de una organización o aparato de poder.”

²⁷² Quando o executor não puder se negar a executar o ato, pois age sob ameaça de sanções graves vindas da própria organização, então será simples caso de aplicação da causa justificante de coação moral irresistível, cf. art. 22 do Código Penal.

²⁷³ A distinção entre “empresas criminosas” e “empresas que cometem delitos” está presente, entre outros, em CABANA, Patrícia Faraldo. La autoría mediata con aparatos... , p. 872: “A mi juicio, há de distinguirse entre la organización que puede encajar en el concepto de asociación para delinquir, pues tiene por objeto la comisión de algun delito em beneficio de la propia organización o de sus dirigentes o,

domínio por organização não pode ser aplicada indistintamente às estruturas empresariais

274

Para que se possa falar em domínio por organização, então, é preciso estarem presentes alguns requisitos como a existência de uma estrutura formal de controle hierárquico²⁷⁵; a combinação de um grande número de pessoas que torne a execução do delito praticamente anônima dentro da estrutura; e, a fungibilidade do executor do delito²⁷⁶. Na casuística, porém, será difícil encontrar tais elementos na criminalidade organizada,

después de constituida, promueve su comisión, y aquella organización legal en cuyo ámbito se cometen ocasionalmente delitos, sea por parte de los miembros, a veces en beneficio de la propia organización, a veces en su perjuicio. De la primera puede decirse que actúa al margen del Ordenamiento jurídico, pues su forma jurídica o su estructura fáctica es utilizada para la comisión de delitos, y si se dan las demás características exigidas por ROXIN a la hora de caracterizar el dominio por organización podría ser considerada un aparato organizado de poder.”; AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 69: “As empresas não são de *per se* criminosas, elas perseguem em primeira linha a obtenção legal de benefícios financeiros. Os fatos puníveis podem se converter, na verdade, em um fenômeno que as acompanham, mas em regra não constituem nenhuma parte fixa da política das empresas, são na verdade ‘acidentais’. Se isto for diferente, isto é, se as ‘atitudes criminosas’ aumentam, tratam-se de organizações criminosas, e, com isto estaremos no âmbito do ‘crime organizado de modo similar à máfia’ e naquele grupo de casos aqui analisados.” Neste sentido também, GONÇALVES, Francisco Rocha. A economia subterrânea (situação actual e implicações para a política económica), p. 231: “Provavelmente, um dos principais motivos que justificam a participação dos agentes económicos em actividades subterrâneas é o aumento do seu rendimento, e não propriamente, o prazer de cometer actos ilegais e defraudar as autoridades.”; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 859: “Sin embargo, aparecen serias dudas acerca de la caracterización como organizaciones criminales de ciertos grupos de sujetos que realizan conductas propias del ‘blanqueo’ de dinero, pero no puede afirmarse que estén *dedicados* en exclusiva a ello. Se trata de organizaciones que intervienen de una o outra forma en el mercado financiero, desarrollando lícitamente sus actividades específicas, pero de forma paralela y solapada se prestan a realizar transformaciones de bienes provenientes de hechos delictivos. Por la propia complejidad de las operaciones llevadas a cabo por determinados intermediarios (por ejemplo, operadores financieros en el seno de entidades de crédito, o despachos de profesionales liberales como economistas, abogados, etc.). Estas organizaciones no pueden ser clandestinas, justamente porque deben hacer ostensibles sus actividades lícitas.”

274 ROXIN, Claus. El dominio de organización como... , p. 247: “Pero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambialidad ... de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de pounibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. (...) Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mi desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber ... y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad ... de las acciones de la empresa.”; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 860: “Por ello, será bastante difícil poder considerar jefe de una organización criminal al consejero delegado de un banco, o al titular de cualquier otro tipo de empresa financiera, porque en sus empresas, e incluso con su consentimiento, se lleven a cabo entre operaciones lícitas otras que consistan en el ‘blanqueo’ de capitales provenientes de delitos graves.”; CABANA, Patricia Faraldo. La autoría mediata con aparatos... , p. 871: “La característica de funcionamiento del aparato desligado del Ordenamiento jurídico también se considera difícil de afirmar en el caso de las empresas, lo que no ha impedido a destacados partidarios de la tesis de ROXIN afirmar igualmente la posibilidad de aplicar la autoría mediata por dominio de la organización en estos casos, a pesar de las reiteradas declaraciones de ROXIN en contra de la traslación de su tesis al ámbito empresarial.”

assim como, e principalmente, nos crimes cometidos por meio de estruturas empresariais. Sendo assim, o domínio por organização acaba por servir, mais efetivamente, à doutrina, para explicação dos casos de estruturas estatais de poder.

Por conseguinte, passaremos no próximo capítulo à análise detalhada do crime de lavagem de dinheiro, bem como das obrigações a que estão submetidos os agentes financeiros como forma de prevenir e reprimir este crime. Desta maneira, estarão colocados os pressupostos para a apresentação, no capítulo seguinte, dos critérios que julgamos adequados para guiar a imputação penal nesses casos.

²⁷⁵ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 70. “O domínio por organização parece possível, desde o princípio, apenas em um aparato formal de poder, isto é, em uma organização que seja estruturada hierarquicamente de maneira linear e que seja composta por um número suficientemente grande de autores substituíveis.”

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 77. “O domínio por organização pressupõe a existência de uma organização rigorosa e hierarquicamente estruturada e o domínio do fato por parte do homem que está por trás, sobre executores fungíveis.”

3. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1. Introdução

Embora a legislação relativa à lavagem de dinheiro no Brasil tenha praticamente quinze anos de existência, o interesse da doutrina penal pelo delito de lavagem de dinheiro foi recentemente renovado pela publicação da Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012, que, entre outras modificações, previu explicitamente a obrigatoriedade, por certos agentes, da manutenção de políticas, procedimentos e controles internos, voltados à prevenção do crime em questão²⁷⁷.

Ademais disso, a mesma Lei n. 12.683/12 tornou a legislação brasileira exemplo de legislação de terceira geração, isto é, de um grupo de jurisdições que consideram qualquer crime como possível antecedente do delito de lavagem de dinheiro. Na verdade, o legislador brasileiro foi além, prevendo inclusive as contravenções penais como possíveis antecedentes a justificar uma incriminação por lavagem de dinheiro.

A seguir, apresentamos as principais características que tornam este um crime cujo estudo aprofundado se faz necessário, demonstrando o conjunto de deveres de cuidado a que estão sujeitos os agentes financeiros e que podem servir à delimitação de sua responsabilidade no âmbito penal.

3.2. *Integração dos mercados financeiros e criminalidade internacional organizada*

²⁷⁷ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: (...) 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; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

A mundialização das finanças – fator desencadeante e também consequência da globalização – ao mesmo tempo em que produz riqueza com a aproximação de diversos mercados, dificulta a ação dos governos no controle dessas atividades, incrementando o risco de produção de crises globais de proporções catastróficas. Isto se dá também pelo fato de que a globalização tornou os diversos mercados não apenas interligados, mas interdependentes²⁷⁸.

O atual estágio da globalização aparece em um contexto de rápido desenvolvimento tecnológico, especialmente nas áreas relacionadas às tecnologias de informação e comunicação. Tais tecnologias exercem enorme impacto sobre as formas existentes de produção de bens e riquezas, transformando todo o mundo em um único mercado global para negócios²⁷⁹. Como não poderia deixar de ser, o setor financeiro é bastante afetado por esta onda de desenvolvimento, apresentando-se o setor de tecnologia de informação bancária como um dos mais promissores para a aplicação da Informática na economia do final do século XX.

²⁷⁸ MATTOU, Jean-Pierre. Les crises bancaires et financières: une question de régulation? La régulation em question?, p. 167. “La banque et la finance son des activités très largement mondialisées, ou, pour utiliser la terminologie anglo-saxonne, *globalisées*. Cela signifie concrètement que la liberté de circulation des capitaux, l’abolition des réglementations des changes, la technologie des télécommunications financières sécurisées ont décloisonné les marchés, facilitant la circulation de monnaies mais abattant aussi les barrières qui pouvaient limiter les effets de contamination. Dès lors, comment espérer pouvoir réguler une activité sans frontières lorsqu’aucun régulateur supra national n’est investi du pouvoir de le faire?”

²⁷⁹ KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*, p. 454: “Ao dar vida a um sistema de pagamentos mundial que diminui os custos das transações, os bancos atuantes no mercado internacional de capitais ampliaram os ganhos do comércio que resultam dessas trocas. Mas a maioria das negociações que ocorrem no mercado internacional de capitais resulta em trocas de ativos entre os residentes de vários países, como, por exemplo, a troca de um lote de ações da IBM por títulos do governo inglês. Apesar de tais trocas de ativos serem às vezes consideradas como 'especulação' improdutiva, elas na verdade levam a ganhos do comércio que podem beneficiar os consumidores de todos os países.”; IUDUCA, Giovanni. *Law & globalization*, p. 178: “Obviously, this extraordinary and multifaceted technological revolution has heavily impacted the real economy, i.e. the way material wealth is produced. However, it has also given a powerful boost to the development of finance and financial capital, with far-reaching consequences for politics, geopolitics and also for society and individuals at large. Sociologists and economists, although divided between supporters and critics of globalization, have nevertheless attempted to provided remarkable clarification and interpretation of this multifaceted and complex phenomenon.” Ver também DUARTE, Maria Carolina de Almeida. *A globalização e os crimes de 'lavagem de dinheiro': a utilização do sistema financeiro como porto seguro*, p. 197: “A globalização é, antes de tudo, um fenômeno financeiro, ou seja, é a 'financeirização' do capitalismo. O capital foi a peça mais importante no século XX. O capital financeiro circula em grande velocidade pelas cidades do mundo, em busca de um porto seguro, que garanta ao aplicador o melhor retorno; o lucro a qualquer preço. O mercado financeiro estabelece o campo de interesses onde os países dominantes – com os Estados Unidos na linha de frente e, em segundo lugar, os países da Europa e o Japão – ocupam uma posição de liderança, dando-lhes plenas condições de definir as regras do jogo. Com a velocidade e a revolução nas telecomunicações, principalmente com a criação da Internet, o movimento de capitais no mundo tornou-se rápido e praticamente incontrolável. O direito, na maioria das vezes, não consegue acompanhar as mudanças vertiginosas das relações econômicas, bem como os novos crimes que surgiram no mundo globalizado.”

Neste contexto, a globalização é reforçada pela crise de efetividade do Estado²⁸⁰, isto é, pela gradual redução de seu poder frente à facilidade com que os recursos e as pessoas se transferem de um território para outro no planeta²⁸¹. Ao mesmo tempo, a globalização é, em parte, responsável por tal crise de efetividade, na medida em que reproduz os mecanismos para o incremento dos fluxos globais de bens, recursos e pessoas²⁸².

A economia globalizada dos dias de hoje depende, todavia, para a sua própria preservação, das autoridades estatais. Esta assertiva, em um primeiro momento, pode parecer contraditória, na medida em que dissemos que a globalização é reforçada pela crise de efetividade do Estado. Contudo, é no Direito e, consequentemente, nos Estados, que são encontradas as ferramentas para assegurar a existência do próprio Mercado²⁸³, o que

²⁸⁰ BITTAR, Eduardo. C. B. *O direito na pós-modernidade*, p. 330. “Percebe-se que a noção de Estado não somente implode, numa crise desde dentro, mas também explode, numa crise desde fora, na medida em que se torna modelo ultrapassado para a definição dos espaços conceituais sobre os quais se assentam os valores primordiais da organização social contemporânea.”

²⁸¹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Direito e pós-modernidade*, p. 104. “Assiste-se à subjugação do poder do político pelo poder econômico. A economia de mercado globalizada afeta as relações políticas e sociais. Diante da internacionalização da economia, novas imposições e limites são colocados aos Estados Nacionais. Há limitação da soberania nacional e as relações político-sociais manifestam-se tensas. Nos países periféricos, a violência marca as relações sociais internas, enquanto no cenário internacional o terrorismo ganha força. Fenômenos estes que expressam o inconformismo com o autoritarismo econômico e seu predomínio sobre os demais âmbitos da vida. (...) O Estado contemporâneo não consegue responder às complexidades do mundo atual dominado pelas forças técnico-econômicas globalizadas.”

²⁸² KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. *Op. cit.*, p. 456: “Um dos fatos básicos sobre as operações bancárias internacionais é que os bancos normalmente estão livres para praticar atividades internacionais que não poderiam levar a cabo em seus países de origem. Esse tipo de assimetria na regulação vem impulsionando as atividades bancárias internacionais nos últimos 40 anos.”; IUDUCA, Giovanni. *Op. cit.*, p. 180: “More specifically, globalization is the result (and, at the same time, at least in part, the cause) of the crisis of the two main actor on the modern legal stage, namely the State and the law. Considering the fundamental connection between the declining role of these legal institutions and the phenomenon of globalization, this section specifically explores the characters of, and reasons for, this crisis.”; BITTAR, Eduardo. C. B. *Op. cit.*, p. 327: “Nestes tempos, o que fala mais alto não é a soberania, não é a política estatal, não é a força policial, não é o carisma de um governante, mas sim o mercado, este novo ditador da era digital, sem cara, sem bandeira, sem identidade e sem lugar para se manifestar, porém mais cruel e infinitamente mais imprevisível que qualquer ser humano. No lugar de um projeto para a humanidade, que poderia ter clara inspiração kantiana, tem-se uma internacionalização da concorrência, da competição, da empresarialidade, da lucratividade, do empreendedorismo mercantil.”

²⁸³ A este respeito ver NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*, p. 33: “Property rights are the rights individuals appropriate over their own labor and the goods and services they possess. Appropriation is a function of legal rules, organizational forms, enforcement, and norms of behavior – that is, the institutional framework. Because any property rights structure transaction costs are positive, rights are never perfectly specified and enforced; some valued attributes are in the public domain and it pays individuals to devote resources to their capture. Because the costs of transacting have changed radically throughout history and vary equally radically in different contemporary economies, the mix between the formal protection of rights and individual protection of their own rights varies enormously.” e na p. 35, a respeito do papel de um sistema judiciário organizado e confiável: “Third-party enforcement is never ideal, never perfect, and the parties to exchange still devote immense resources to attempting to clientize exchange relationships. But neither self-enforcement by parties nor trust can be completely

depende da proteção da concorrência, dos interesses dos consumidores e também do próprio meio ambiente, assegurando assim a oferta permanente de matérias primas para o consumo por gerações futuras²⁸⁴.

O receituário neoliberal, reflexo do “consenso de Washington”, ao pregar a abertura das economias e diminuição de intervenção do Estado, contribuiu para o fenômeno da globalização. A interligação dos diversos países, econômica, política e culturalmente, também foi incrementada pelo desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação, como a Internet²⁸⁵. Contudo, ao mesmo tempo em que esta nova realidade trouxe grandes benefícios à humanidade, trouxe também a evolução da criminalidade em direção a uma nova criminalidade organizada e transnacional²⁸⁶.

Este contexto de globalização, que implica maior facilidade na circulação de bens

successful. It is not that ideology or norms do not matter; they do and immense resources are devoted to attempting to promulgate codes of conduct. Equally, however, the returns on opportunism, cheating, and shirking rise in complex societies. A coercive third party is essential. One cannot have the productivity of a modern high income society with political anarchy. Indeed, effective third-party enforcement is best realized by creating a set of rules that then make a variety of informal constraints effective. Nevertheless, the problems of achieving third-party enforcement of agreements via an effective judicial system that applies, however imperfectly, the rules are only very imperfectly understood and are a major dilemma in the study of institutional evolution.”

²⁸⁴ IUDUCA, Giovanni. *Op. cit.*, p. 199. “The most problematic aspect of globalized economy is that a market economy can exist, and continue to operate through time, only if there is na authority which can preserve it and defend it from itself. The game necessarily continue without ever stopping on the chessboard, competitors must battle continuously in a never-ending game so that no one succeeds in expelling all the others. The danger hanging over the market consists in those ‘fierce battle’ dynamics which lead first to oligopolies and then to monopolies, a situation of economic dictatorship which is the opposite of the entrepreneurial pluralism characterizing a flourishing and vital market. The market needs an authority with both the obstacles and the disruptive factors that can alter competition. Not an authority that acts as an entrepreneur, but rather one with the ability to guide the market, operating as an attentive and authoritative referee *vis-à-vis* competition between companies. From this macroeconomic perspective of political economy, custom, standard procedures, *consuetudo mercatoria*, trade usages and, more generally, the new, flexible, convenient, efficient sources of law of the globalized economy are not able to solve all problems.”

²⁸⁵ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 37. “De fato, a globalização se tornou uma realidade impulsionada pela economia mundial. Constitui um fenômeno movido pela expansão do capital produtivo e financeiro. Por força disto é que se deu maior integração de mercados e a conseqüente interdependência econômica dos países, geralmente difundida no seio de blocos econômicos regionais (...). Mas, para tanto, foi de fundamental importância o advento das modernas tecnologias, notadamente o emprego da internet como instrumento de apoio.”

²⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 56: “As mudanças causadas pela verdadeira revolução tecnológica notada na sociedade nas últimas décadas foram também sentidas no âmbito sociológico. Praticamente, todas as relações socioeconômicas sofreram profundas alterações. A confirmação de que essas alterações propiciaram o surgimento de uma nova criminalidade chega a ser preocupante.”; BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 35.

²⁸⁷ BITTAR, Eduardo. C. B. *Op. cit.*, pp. 326-7. “Sem dúvida, os sentidos de globalização religiosa, cultural, educacional, cultural etc. estão sendo negligenciados em face e um outro sentido oculto a todos os demais, a saber, a globalização como processo de expansão de mercado consumidores. Este aspecto econômicos da globalização tem ganhado acento cada vez maior a partir de quando as grandes corporações multinacionais e transnacionais ocuparam em definitivo o espaço competitivo na disputa pela determinação dos mercados potencialmente favoráveis ao comércio ao longo do século XX.

, capitais e pessoas, favorece o cometimento de crimes, com destaque ao crime de lavagem de dinheiro, que depende, para seu sucesso, que o capital possa circular rapidamente e sem obstáculos²⁸⁸. É também neste contexto que se desenvolve a ideia de economia subterrânea, como aquela que ocorre, ao menos inicialmente²⁸⁹, sem conhecimento das autoridades econômicas nacionais, à margem das leis aplicáveis a uma determinada jurisdição²⁹⁰.

Este contexto chama a atenção para a necessidade de coordenação entre os diferentes Estados nacionais no sentido de uma maior cooperação internacional, seja no âmbito de uma cooperação judiciária, legislativa ou administrativa-policial, o que vem sendo um fator relevante na produção normativa relativa à criminalidade organizada internacional nas últimas décadas²⁹¹.

Conceitualmente, a lavagem de dinheiro é o processo ilícito por meio do qual o autor de um crime antecedente “transforma recursos oriundos de atividades ilegais em ativos com origem aparentemente legal”²⁹², de maneira a poder aproveitar dos resultados de

Acentue-se o fato de que a globalização ganha um acentuado sentido financeiro (de acordo com a lógica neoliberal), e muito menos cultural, na ênfase dada à mercantilização, à difusão de mercadorias, à propagação de métodos comerciais e de integração financeira e comercial, à difusão de técnicas de facilitação do trânsito de mercadorias... dentro da própria lógica de maximização de lucros e vendas”

²⁸⁸ CABANA, Patricia Faraldo. Los autores de blanqueo de capitales en el código penal español de 1995 – especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales, pp. 135-6: “Las enormes posibilidades ofrecidas por la actual estrutura financiera mundial han favorecido la proliferación de una serie de comportamientos que aspiran a introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos a raíz de la realización de delitos, es decir, que pretenden el blanqueo de los bienes procedentes no sólo del narcotráfico sino de todo tipo de conductas delictivas especialmente lucrativas. Estamos ante un fenómeno de alcance transnacional, ya que tanto los delitos de los provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriben, por regla general, a un único país sino que traspasan las fronteras nacionales.”; BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 38; Cf. também MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. Understanding and preventing money laundering, p. 24: “In today's high tech global environment, the money laundering process is even harder to trace than it was in the past.”

²⁸⁹ GONÇALVES, Francisco Rocha. A economia subterrânea (situação actual e implicações para a política económica), p. 229. “A economia subterrânea vai conseqüentemente englobar todas as actividades produtivas e de distribuição de natureza ilegal, não cobertas inicialmente pelas contas nacionais (no momento da produção). Refira-se, no entanto, que parte dos rendimentos auferidos subterraneamente são, posteriormente, afectados à compra de bens e serviços na economia oficial, sendo, deste modo, captados na rede estatística. É por este motivo que se usa o termo inicialmente. Assim sendo, parte da economia subterrânea vem traduzida no PNB *a posteriori*.”

²⁹⁰ *Op. cit.*, p. 228. “Apesar da multiplicidade de termos porque é designada, a economia subterrânea é definida, usualmente, em termos da produção e distribuição de bens e serviços que, na sua maior parte, não são detectados pelas autoridades, isto é, engloba todo aquele conjunto de actividades efectuadas à margem da lei, ou fora do alcance ou do controlo dos mecanismos fiscalizadores ou contabilísticos de que, na actualidade, os Estados são dotados.”

²⁹¹ CABANA, Patricia Faraldo. *Op. cit.*, p. 136. “Esta constatación ha dado lugar tanto a adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados, así como la coordinación de las actividades internacionales de la lucha contra el blanqueo, como a la aprobación de medidas legislativas por parte de los países afectados.”

²⁹² COAF. 100 casos de lavagem de dinheiro – Grupo de Egmont: FIUs em ação, p. 2.

sua conduta criminoso anterior. Ao se fazer isto, os recursos ilícitos voltam a se integrar na economia convencional, dissimulando a sua origem.²⁹³

O crime de lavagem de dinheiro é autônomo em relação ao crime antecedente, apresentando efeitos nocivos sobre a sociedade como um todo, o que se poderia resumir da seguinte forma quanto a suas consequências econômicas: (i) o setor privado é afetado pela competição desleal decorrente do emprego de recursos ilícitos em atividades lícitas, o que, via de regra, implica a prática de *dumping*, *underselling* e formação de cartéis, bem como outras formas de distorção da competição no mercado²⁹⁴; (ii) o mercado financeiro ressenha-se das dificuldades em gerenciar ativos, passivos e operações diversas, além de sofrer com potenciais danos à credibilidade do sistema financeiro²⁹⁵, que se sustenta sobre a confiança do público²⁹⁶; (iii) o governo perde potencialmente o controle da política econômica, a depender do montante envolvido na lavagem de dinheiro²⁹⁷; e, (iv) a sociedade como um todo sofre com o efeito corruptor dos fluxos ilícitos de recursos²⁹⁸ e com a queda na arrecadação de tributos²⁹⁹.

Levando-se em consideração o entendimento acima apresentado de que o direito penal serve à proteção de bens jurídicos, seria necessário identificar o bem jurídico ou bens jurídicos protegidos pelo crime de lavagem de dinheiro, de modo a permitir avaliar a legitimidade e necessidade de incriminação de condutas a este pretexto.

Parte da doutrina defende tratar-se do bem jurídico “Administração da Justiça”. Portanto, o crime de lavagem de dinheiro seria, para alguns, forma de assegurar o confisco por parte do Estado dos bens cuja origem se encontre em alguns ilícitos, e, para outros, instrumento do Estado para melhor atuar na identificação das organizações criminosas e

²⁹³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 8.

²⁹⁴ *Op. cit.*, p. 31.

²⁹⁵ BACEN. *Prevenção à lavagem de dinheiro*, p. 5. Cf. também MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. Understanding and preventing money laundering, p. 23.

²⁹⁶ Sobre a importância da confiança como sustentáculo do sistema capitalista financeiro, ver LAFER, Celso. A crise financeira – riscos e incertezas, p. A-2. “A crise financeira, como crise de confiança, é uma expressão do risco manufaturado pelo sistema financeiro global, que por conta de suas falhas de avaliação, gestão temerária, carência de supervisão e de normas se transformou num não debelado curto-circuito de incerteza.”

²⁹⁷ BACEN. *Idem*. Como exemplo pode-se mencionar o caso da República Dominicana, cujo crescimento macroeconômico se estima sustentado por operações de lavagem de dinheiro derivadas do tráfico internacional de entorpecentes, cf. DOMINICAN TODAY NEWS. Word bank: part of Dominican economic growth based on money laundering. Disponível em: <http://www2.dominicantoday.com/dr/economy/2006/11/15/19677/World-Bank-part-of-Dominican-economic-growth-based-on-money-laundering>.

²⁹⁸ BACEN. *Op. cit.*, p. 6.

²⁹⁹ MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. *Idem ibidem*.

seu *modus operandi*³⁰⁰. Enfim, tratar-se-ia de meio de evitar que o criminoso possa fruir desimpedidamente dos proventos do crime antecedente³⁰¹. Contudo, o primeiro argumento não tem grande força, visto que o poder do Estado para confiscar o produto de crimes já é assegurado, por exemplo, pelo art. 91, II, *b*, do Código Penal³⁰².

Outra parte da doutrina sustenta tratar-se de um impedimento ao aperfeiçoamento do crime antecedente. Assim, o bem jurídico seria exatamente o mesmo bem jurídico defendido pelo crime antecedente. Esta posição é criticada, todavia, por não observar a necessária proporcionalidade entre lesão ao bem jurídico e punição imposta pelo Estado³⁰³. Ademais, em se adotando essa solução, o autor do crime antecedente não poderia responder pelo crime de lavagem de dinheiro, na medida em que se trataria de odioso *bis in idem*³⁰⁴.

Finalmente, parte da doutrina defende ser a “Ordem Econômica” o bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro. A fundamentação para este posicionamento residiria nas danosas consequências decorrentes da incorporação à economia de valores de origem ilícita, os quais, via de regra, são incorporados sem a devida cautela e controle necessários³⁰⁵.

³⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia.

³⁰¹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98*, p. 57: “os comportamentos incriminados vulneram o interesse estatal em identificar a proveniência de bens e os sujeitos ativos de ilícitos que os geraram, em desestimular a sua prática, em reprimir a fruição de seus produtos e em lograr a punição dos seus autores, e desta forma podem afetar o regular funcionamento da Justiça.”; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada*, p. 254: “De esta forma el Código Penal prohíbe conductas dirigidas a obtener beneficios de la legitimación de bienes que han sido objeto directo de la comisión de un delito, o de sus transformaciones (bienes sustitutivos). La doctrina admite, por lo tanto, entre los bienes que conforman el objeto material del delito de 'blanqueo' de capitales los objetos que se adquieren con el producto del delito original o base.”.

³⁰² “Art. 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

³⁰³ Haveria neste caso dupla incriminação, vez que o bem jurídico protegido pelo crime antecedente seria também tutelado por outro tipo penal. BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 54-5.

³⁰⁴ CABANA, Patricia Faraldo. Los autores de blanqueo de capitales en el código penal español de 1995 – especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales, p. 142. “En primer lugar, la posición que adopto en relación con el bien jurídico protegido, que concibe el blanqueo como un delito pluriofensivo, favorece entender que los intervinientes en el delito previo pueden ser autores del delito de blanqueo, pues su conducta no puede entenderse consumida en el delito previo al no afectar a los mismos bienes jurídicos. En segundo lugar, no es lógico afirmar que el delito previo absorbe el desvalor del blanqueo cuando éste, a diferencia del encubrimiento y de la receptación, puede castigarse con pena superior a la que corresponde al delito previo, lo que demuestra su independencia respecto de éste.”

³⁰⁵ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*, p. 33-4: “a proteção visa propiciar a circulação lícita de valores com o regular funcionamento do mercado e a higidez das

No presente trabalho adotaremos – sem maiores aprofundamentos por superar os limites pretendidos pela investigação científica que aqui se propõe – o entendimento de que o crime de lavagem de dinheiro é pluriofensivo. Atenta contra o bem jurídico Administração da Justiça, bem como contra a Ordem Econômica.

A Administração da Justiça é lesada pela lavagem de dinheiro, na medida em que esta dificulta o combate às infrações penais antecedentes³⁰⁶, evitando a eficaz persecução penal dos responsáveis pelos crimes de tráfico de entorpecentes, tráfico internacional de armas, crimes contra administração pública, contra o sistema financeiro, entre tantas outras infrações após a vigência da Lei n. 12.683/12³⁰⁷.

Por outro lado, a Ordem Econômica é prejudicada pelo fato de que se torna mais complexa a condução de uma política econômica quando os recursos integrados a uma economia não atendem a critérios tradicionais de política fiscal e monetária, apresentando, antes, uma “agenda oculta” relacionada a dissimular a sua origem. Como mencionado no início do capítulo, a lavagem de dinheiro apresenta efeitos nocivos sobre a economia, prejudicando principalmente a concorrência entre agentes econômicos; a credibilidade do sistema financeiro³⁰⁸; a condução da política econômica pelo governo; a atração de investimentos estrangeiros³⁰⁹; e, a arrecadação de tributos.

instituições financeiras que, via de regra, de alguma forma, acabam por ser contaminadas com a prática delituosa. (...) Pode-se invocar a finalidade de proteção da credibilidade necessária às instituições de crédito e financeiras, sendo fundamental preservar a confiança das pessoas na idoneidade dos procedimentos que, via de regra, acabam se utilizando das instituições formais, ainda que para reinvestimento nas atividades ilegais.”; BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 54: “Em apertada síntese, podemos dizer que esses bens tutelados são, primordialmente, a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômico e financeiro do País.”; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 855: “Se trata de una decisión acertada, en la medida em que se protegen intereses directamente relacionados con la libre competencia y con el mercado, ya que este último se desestabiliza cuando los capitales ilícitamente obtenidos circulan libremente y en pie de igualdad con los capitales lícitos.”; MAIA, Rodolfo Tigre. *Op. cit.*, p. 57.

³⁰⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Op. cit.*, p. 61. “Não se pode olvidar, pois, que a objetividade jurídica da 'lavagem' de dinheiro é primordialmente a administração da justiça, interessada em que os criminosos sejam identificados, que não possam auferir vantagens de seus crimes e que não tenham êxito em turbar a atuação do *jus puniendi* estatal.”

³⁰⁷ Lembrando que a Lei n. 12.683/12, modificou o art. 1º da Lei n. 9.613/98 e, assim, extinguiu o rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, permitindo se falar em tal crime diante da ocultação do produto de qualquer infração penal.

³⁰⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 857. “También la doctrina há destacado que el máximo desarrollo del 'blanqueo' de dinero se realiza en el ámbito de la criminalidad organizada, considerándose que los efectos desestabilizadores de estas conductas pueden afectar a todo el sistema financiero. Esta situación justifica una intervención específica del derecho penal, si es que desde una perspectiva político criminal se pretende solucionar eficazmente este problema.”

³⁰⁹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL; BANCO MUNDIAL. *Reference guide to anti-money laundering and combating the financing of terrorism*, p. II-3. “A reputation as a money laundering or terrorist financing haven, alone, could cause significant adverse consequences for development in a

A esse respeito, inclusive, vale mencionar estudo realizado pelos economistas Kenneth S. Rogoff e Carmen M. Reinhart, no qual se demonstra, a partir de extensa pesquisa histórica, que um importante elemento desencadeador de todas as crises econômicas é a perda de confiança do público nos governos e no sistema financeiro, especialmente o sistema bancário. Essa perda de confiança pode ser desencadeada, por exemplo, devido a déficits públicos elevados, a dificuldades em manter equilibrada a balança de pagamentos de um país, ou devido a outras questões institucionais³¹⁰. Neste cenário, economias com elevado grau de dependência externa ou amplamente abertas apresentam-se extremamente vulneráveis a movimentos de capitais relativos a perseguição dos recursos oriundos dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, prejudicando toda a condução da política econômica e, podendo, assim, desencadear crises regionais ou até mesmo globais³¹¹. Isso é especialmente relevante quando levados em consideração os

country. Foreign financial institutions may decide to limit their transactions with institutions from money laundering havens; subject these transactions to extra scrutiny, making them more expensive; or terminate correspondent or lending relationships altogether. Even legitimate businesses and enterprises from money laundering havens may suffer from reduced access to world markets or access at a higher cost due to extra scrutiny of their ownership, organization and control systems.

Any country known for lax enforcement of AML/CFT is less likely to receive foreign private investment. For developing nations, eligibility for foreign governmental assistance is also likely to be severely limited.”

³¹⁰ REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth S. *This time is different – eight centuries of financial folly*, pp. xxix e ss. “Perhaps more than anything else, failure to recognize the precariousness and fickleness of confidence – especially in cases in which large short-term debts need to be rolled over continuously – is the key factor that gives rise to this-time-is-different syndrome. Highly indebted governments, banks, or corporations can seem to be merrily rolling along for an extended period, when *bang!* - confidence collapses, lenders disappear, and a crises hits. (...)

Banks traditionally borrow at short term. That is, they borrow in the form of deposits that can be redeemed on relatively short notice. But the loans they make mostly have a far longer maturity and can be difficult to convert into cash on short notice. For example, a bank financing the expansion of a local hardware store might be reasonably confident of repayment in the long run as the store expands its business and revenues. But early in the expansion, the bank may have no easy way to call in the loan. The store owner simply has insufficient revenues, particularly if forced to make payments on principal as well interest. (...)

Governments can be subject to the same dynamics of fickle expectations that can destabilize banks. This is particularly so when a government borrows from external lenders over whom it has relatively little influence. Most government investments directly or indirectly involve the long-run growth potential of the country and its tax base, but these are highly illiquid assets. Suppose, for example, that a country has a public debt burden that seems manageable given its current tax revenues, growth projections, and market interest rates. If the market becomes concerned that a populist fringe candidate is going to win the next election and raise spending so much that the debt will become difficult to manage, investors may suddenly balk at rolling over short-term debt at rates the country can manage. A credit crisis unfolds. (...)

Economic theory tells us that it is precisely the fickle nature of confidence, including its dependence on the public's expectation of future events, that makes it so difficult to predict the timing of debt crisis. High debt levels lead, in many mathematical economics models, to 'multiple equilibria' in which the debt level might be sustained – or might not be. Economists do not have a terribly good idea of what kinds of events shift confidence and of how to concretely assess confidence vulnerability.”

³¹¹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL; BANCO MUNDIAL. *Op. cit.*, pp. II-1/2. “While money laundering and the financing of terrorism can occur in any country, they have particularly significant

valores estimados movimentados por alguns dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro³¹².

3.3. As três fases da lavagem de dinheiro

O crime de lavagem de dinheiro tem por objetivo tornar invisível a relação entre o delito antecedente e os recursos obtidos, de modo a incorporar estes recursos na economia legal, onde o criminoso poderá usufruí-lo de maneira plena³¹³. Para tanto, a atividade de lavagem de dinheiro se desdobra em inúmeros atos, que podem variar de acordo com a operação. Assim, pode-se afirmar que são fases da lavagem de dinheiro: (i) colocação; (ii) estratificação; e, (iii) integração.

A colocação (*ocultação, conversão, introdução ou placement*) consiste na ocultação da origem ilícita dos recursos introduzindo-os na economia, o que pode se dar por meio de operações no mercado de capitais, transações imobiliárias, negócios com obras de arte ou joias preciosas, ou, mais comumente, por meio de bancos, que são o foco deste trabalho³¹⁴.

A estratificação (*cobertura, acumulação, controle, circulação, dissimulação, transformação, layering ou empillage*), por sua vez, consiste na interpolação de diversas

economic and social consequences for developing countries, because those markets tend to be small and, therefore, more susceptible to disruption from criminal or terrorist influences.

Money laundering and terrorist financing also have significant economic and social consequences for countries with fragile financial systems because they too are susceptible to disruption from such influences. Ultimately, the economy, society, and security of countries used as money-laundering or terrorist financing platforms are all imperiled. The magnitude of these adverse consequences is difficult to establish, however, since such adverse impacts cannot be quantified with precision, either in general for the international community, or specifically for an individual country.”

³¹² De acordo com estimativas do Fundo Monetário Internacional, o total de recursos reciclados em esquemas de lavagem de dinheiro pode envolver cifra entre dois a cinco por cento do Produto Interno Bruto (PIB) global. Ver FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL; BANCO MUNDIAL. *Op. cit.*, p. I-6.

³¹³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 47.

³¹⁴ *Idem ibidem*. Cf. também MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. *Op. cit.*, p. 22: “Placement. In this step, large amounts of illegally obtained cash are placed into the financial system, used to buy high-dollar goods, or smuggled out of the country. The idea is to transform the cash as quickly as possible into other types of assets and thus avoid detection.” Ver ainda, DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de 'lavagem de dinheiro': a utilização do sistema financeiro como porto seguro, p. 213: “O sistema financeiro livre de controle, ou seja, entregue a uma fiscalização ineficaz, se transforma em lugar seguro para aplicação de quantias altíssimas. Assim, é o próprio sistema financeiro o grande caminho, o melhor artifício para transformar os ativos ilícitos em lícitos.”

operações e investimentos, com a finalidade de dificultar a visualização do traçado dos recursos desde sua obtenção de forma ilícita³¹⁵. Nesta etapa, atuam diversas pessoas físicas e jurídicas, por meio de inúmeras contas bancárias (“contas de passagem”), usualmente em “paraísos fiscais”³¹⁶³¹⁷.

Finalmente, a conclusão do processo se dá com a etapa de integração (*integration*). Nesta fase, os recursos distanciados de sua origem são aplicado em investimentos lícitos, como empresas e imóveis, reaplicando-se o lucro destas atividades em outros negócios lícitos, com o que resta justificada a origem dos recursos de que goza o criminoso³¹⁸.

3.4.Prevenção à lavagem de dinheiro

O sucesso da lavagem de dinheiro depende da possibilidade de realização de operações de caráter econômico sem levantar suspeitas relativamente à origem dos recursos empregados nestas operações. Destarte, uma maneira eficiente de prevenir o

³¹⁵ MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. Op. cit., p. 22-3. “Layering. This step is performed to hide the source of the illicit funds. Layering is accomplished by creating complex levels of financial transactions to obscure audit trails and cloak the true ownership of the funds. Some of the methods used are eletronic funds transfer (EFTs), conversion into monetary instruments, investments in legitimate businesses, and the purchase of real estate. In many cases, EFTs are used to shuttle funds around between offshore banks and shell companies. Since so many EFTs are processed each day, determining what is legitimate and what is not can be difficult indeed.”. V. Também BARROS, Marco Antônio de. Op. cit., p. 48.

³¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 58-9. “Importante estabelecer que ‘paraísos fiscais’ são países que proporcionam incentivos fiscais aos investidores, isentado ou diminuindo consideravelmente a carga de tributos por determinado período de tempo, ou para determinados tipos de aplicações financeiras, ou ainda diminuindo a carga tributária especificamente para determinados negócios que ali venham a se estabelecer. Não significa e não podem, entretanto, consentir que o dinheiro aplicado, ou investido, tenha origem criminosa no país de onde provém.”

³¹⁷ Conforme a Instrução Normativa n. 1.037/10 da Receita Federal do Brasil, são considerados “paraísos fiscais”, para todos os fins legais, as seguintes jurisdições: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão, Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D’Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Lebuán; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Qeshm; Ilhas de Santa Helena; São Pedro e Miguelão; Ilhas Solomon; St. Kittis e Nevis; Suazilândia; Suíça (excluída pelo Ato Declaratório Executivo RFB n. 11, de 24 de junho de 2010); Sultanato de Omã; Tristão da Cunha; Federação de São Cristóvão e Nevis; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; São Vicente e Granadinas; Santa Lúcia; Seychelles; Tonga; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.

³¹⁸ BARROS, Marco Antônio de. Op. cit., p. 48-9. MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. Op. cit., p. 23. “Integration. The final step in money laundering integrates the newly ‘laundered’ maney in legitimate business operations. At that point, any future use of the money will further hide its original source.”

sucesso da operação de lavagem de dinheiro consiste na atuação conjunta das autoridades estatais com os agentes que normalmente intervêm no processo de branqueamento dos recursos³¹⁹.

É com este objetivo que a Lei n. 9.613/98 estabelece, em seu art. 9º – com nova redação dada pela Lei n. 12.683/12 –, o conjunto de pessoas, físicas e jurídicas, sujeitas a obrigações específicas de vigilância, sob pena de aplicação de sanções administrativas e penas³²⁰. As obrigações a que se submetem as referidas pessoas, por sua vez, são

³¹⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 80.

³²⁰ “Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring); VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades. XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) 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; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)”

encontradas, de maneira geral, nos art. 10 e 11 da lei, e, de maneira concreta, nas instruções emanadas pelo COAF e, no caso das instituições financeiras, pelo Banco Central do Brasil.

3.4.1. O papel do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)

O Banco Central do Brasil (BACEN) foi criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964 – “Lei de Reforma Bancária”³²¹. Trata-se de autarquia federal cuja missão institucional é assegurar a execução da política monetária e a solidez e credibilidade do Sistema Financeiro Nacional³²².

No desempenho da função de supervisão e ordenamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN), compete ao BACEN: (i) formular normas aplicáveis ao SFN; (ii) conceder autorização para o funcionamento das instituições financeiras e de outras entidades, conforme legislação em vigor; e, (iii) fiscalizar e regular as atividades das instituições financeiras e demais entidades por ele autorizadas a funcionar³²³.

Quanto à atividade de fiscalização, esta ocorre de maneira direta e indireta. Diretamente, por meio de vistorias presenciais nas instituições; indiretamente, por intermédio de análises, avaliações e do monitoramento das instituições e do mercado financeiro³²⁴.

A fiscalização das operações que tenham efeitos relativos à lavagem de capitais fica submetida ao Departamento de Combate a Ilícitos Financeiros e Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro – DECIC, órgão este subordinado à Diretoria de Fiscalização³²⁵. Essa fiscalização é meramente suplementar, servindo de modo

³²¹ BACEN. *Banco central: fique por dentro*, p. 17. De acordo com o que determina a Lei n. 4.595/64: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;”

³²² BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 352.

³²³ BACEN. *Op. cit.*, p. 22.

³²⁴ *Idem ibidem*.

³²⁵ Portaria BCB n. 43.003/08: “Art. 67. Compete ao Decic: I - articular, com as unidades responsáveis pela supervisão, as ações voltadas à prevenção de ilícitos financeiros, aí incluídos a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo; (NR) (...) II – (Revogado) (...) III – (Revogado) (...) IV – (Revogado) (...) V – (Revogado) (...) VI – (Revogado) (...) VII – (Revogado) (...) VIII - executar rastreamento de recursos financeiros por determinação das autoridades competentes; (...) IX – (Revogado) (...) X - gerir o processo de atendimento das demandas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como daquelas oriundas do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União, a ser prestado pelas instituições

a manter a respeitabilidade e credibilidade do sistema financeiro nacional, vez que a fiscalização e prevenção ostensiva devem ser realizadas pelas instituições obrigadas pela Lei n. 9.618/98³²⁶.

O Conselho de Controle de Atividade Financeiras (COAF), por outro lado, foi criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, apenas em 1998, pelo art. 14 da Lei n. 9.613, 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”³²⁷.

O papel do COAF, nas palavras de Eduardo Fortuna, consiste em “criar uma rede de informações para combater a lavagem de dinheiro proveniente de atividades ilegais e identificar crimes contra o patrimônio público e o sistema financeiro”³²⁸.

Para alcançar este objetivo, o COAF conta, em sua composição, com servidores públicos nomeados dentre os integrantes de pessoal efetivo (art. 16 da Lei n. 9.613/98): (i) do Banco Central do Brasil – BACEN; (ii) da Comissão de Valores Mobiliários – CVM ; (iii) da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; (iv) da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN; (v) da Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB; (vi) da Agência Nacional de Inteligência – ABIN; (vii) do Departamento de Polícia Federal – DPF; (viii) do Ministério das Relações Exteriores – MRE; (ix) da Controladoria-Geral da União – CGU; (x) do Ministério da Previdência Social; e, (xi) do Ministério da Justiça, sendo os dois últimos uma inclusão recente, realizada pela Lei n. 12.683/12.

financeiras; (NR) (...) XI - promover o atendimento das demandas rotineiras apresentadas ao Banco Central pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como daquelas oriundas do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União, relativamente a assuntos da competência das unidades vinculadas à Diretoria de Fiscalização; (NR) (...) XII - atender ao cidadão e monitorar o atendimento pelas instituições financeiras das denúncias e das reclamações apresentadas ao Banco Central referentes ao descumprimento de normas de sua alçada. (NR)”

³²⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 353.

³²⁷ “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. § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12. § 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. § 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.”

³²⁸ FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro – produtos e serviços*, p. 723.

3.4.2. Obrigações das Instituições Financeiras (IF)

No que se refere às instituições financeiras, a lei de lavagem de dinheiro tem por objetivo fazer com que estas instituições atuem em conjunto com o Estado no interesse de prevenir e reprimir ações voltadas a dissimular e ocultar a origem criminosa de recursos³²⁹. Trata-se de executar uma política de controle compartilhado entre o poder público e as instituições econômico-financeiras privadas, de modo a prevenir e reprimir de maneira mais eficiente e menos custosa ao erário o crime de lavagem de dinheiro³³⁰.

Isto ocorre, pois se reconhece a intervenção das instituições financeiras em todas as fases do crime de lavagem de dinheiro³³¹. Nem sempre essa intervenção ocorrerá com a consciência e a finalidade de atingir o resultado visado na lavagem de dinheiro. De todo modo, a maneira mais eficaz de prevenir e reprimir tal delito consiste na vigilância das instituições financeiras, uma vez que consistem na porta de entrada dos recursos ilícitos na economia formal.

De acordo com a Lei n. 9.613/98, poder-se-iam separar as obrigações das instituições financeiras em quatro categorias: (i) identificação dos clientes; (ii) registro de operações que superem o limite fixado pelo BACEN; (iii) comunicação das operações suspeitas de representarem tentativa de lavagem de dinheiro; e, (iv) atendimento às requisições do COAF e do BACEN. Ademais, define a Lei n. 9.613/98, após atualização pela Lei n. 12.683/12, o dever geral de *compliance*, consistente na necessária adoção de políticas, procedimentos e controles internos adequados, considerando o volume e a

³²⁹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, pp. 312-3. “O papel a ser desempenhado pelas instituições financeiras e pessoas físicas obrigadas é de suma relevância para o sucesso das providências que a lei visa agilizar. Sem a efetiva participação destes agentes, serão mínimas as chances de se obter êxito na investigação de operações suspeitas e tornar-se-á utópica a vontade estatal de estancar os embustes utilizados por investidores, aplicadores, depositantes, credores, etc., que têm por objetivo único encobrir com aparente licitude o patrimônio ilícito e 'lavar' o dinheiro 'sujo' provenientes do crime antecedente.”. No mesmo sentido, FORTUNA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 722.

³³⁰ BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 299. “Esta forma de executar a vigilância compartilhada com setores econômicos e financeiros privados do País, sem despesas adicionais para o erário, tornou-se comum entre os países que já criminalizam a 'lavagem' de dinheiro.”

³³¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada*, p. 853. “La utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas há sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente em todo el mundo. Partiendo de cierta complicidad del sistema financiero, se há utilizado dicho sistema para la transformación de capitales de origen ilícito, provenientes de la comisión de delitos graves, em dinero libre de sospecha. Sin duda, todo ello no hubiera sido posible si las entidades bancarias e intermediarios financieros hubieran puesto un poco de diligencia y colaboración, detectando las transacciones de origen poco claro. Pero algunas entidades financieras han decidido ignorar el origen ilícito de los capitales, en la medida en que se obtienen importantes beneficios económicos.”

complexidade das operações de cada instituição, de modo a assegurar o cumprimento das obrigações acima enumeradas³³².

Com relação à identificação dos clientes, o Comitê da Basileia (*Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*) emitiu, em dezembro de 1988, declaração de princípios contra a lavagem de dinheiro, estabelecendo regras de controle da atividade bancária, entre as quais encontravam-se práticas como obtenção de informações sobre os seus clientes³³³.

Também o chamado Grupo de Ação Financeira (GAFI – *Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux/ FATF – Financial Action Task Force on Money Laundering*) – organismo intergovernamental cujo objetivo é promover medidas de combate à lavagem de dinheiro – em sua Recomendação nº 5 chamou atenção à prática do “*customer due diligence*” e “*know your customer*”, consistente no dever de vigilância da clientela, por meio da identificação adequada dos clientes dos produtos financeiros.

Quanto aos clientes pessoas jurídicas, a lei impõe o dever de identificação dos proprietários da pessoa jurídica, bem como das pessoas físicas autorizadas a representá-las³³⁴. O mesmo dever de identificação vinha previsto expressamente no art. 1º, I, da Circular BCB n. 2.852/98, vigente até julho de 2009, quando então foi expressamente revogada pela Circular BCB n. 3.461, que manteve, porém, a mesma previsão nos arts. 2º e 3º³³⁵. Chama

³³² Arts. 10 e 11 da Lei n. 9.613/98.

³³³ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*, p. 3.

³³⁴ “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; (...) § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.”

³³⁵ “Manutenção de Informações Cadastrais Atualizadas: Art. 2º As instituições mencionadas no art. 1º devem coletar e manter atualizadas as informações cadastrais de seus clientes permanentes, incluindo, no mínimo: I - as mesmas informações cadastrais solicitadas de depositantes previstas no art. 1º da Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993, com a redação dada pela Resolução nº 2.747, de 28 de junho de 2000; II - os valores de renda mensal e patrimônio, no caso de pessoas naturais, e de faturamento médio mensal dos doze meses anteriores, no caso de pessoas jurídicas; III - declaração firmada sobre os propósitos e a natureza da relação de negócio com a instituição. § 1º As informações relativas a cliente pessoa natural devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la. § 2º As informações cadastrais relativas a cliente pessoa jurídica devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final. § 3º Excetuam-se do disposto no § 2º as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de companhia aberta ou entidade sem fins lucrativos, para as quais as informações cadastrais devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-las, bem como seus controladores, administradores e diretores, se houver. § 4º As informações cadastrais relativas a cliente fundo de investimento devem incluir a respectiva denominação, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como as informações de que trata o inciso I relativas às pessoas responsáveis por sua administração. § 5º As instituições mencionadas no art. 1º devem realizar testes de verificação, com periodicidade máxima de um ano, que assegurem a adequação dos dados cadastrais de seus clientes. Art. 3º As instituições mencionadas no art. 1º devem obter as seguintes informações cadastrais de seus clientes eventuais, do proprietário e do destinatário dos recursos envolvidos na operação ou serviço financeiro: I -

a atenção, neste caso, a Resolução nº 2.025/93 do BACEN, que determina a exigência de apresentação de forma e data de constituição da pessoa jurídica interessada em abrir, manter e movimentar contas de depósito no Brasil, bem como apresentação de documentos que qualifiquem os representantes, mandatários e prepostos autorizados a movimentar as contas³³⁶.

No que se refere ao registro das operações, a Lei n. 9.613/98 remete novamente às normas administrativas emitidas pelo BACEN, que fixarão os pisos para a manutenção do registro das operações³³⁷. Determina apenas a lei que o limite será computado não apenas

quando pessoa natural, o nome completo, dados do documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor) e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF); II - quando pessoa jurídica, a razão social e número de inscrição no CNPJ. Parágrafo único. Admite-se o desenvolvimento de procedimento interno destinado à identificação de operações ou serviços financeiros eventuais que não apresentem risco de utilização para lavagem de dinheiro ou de financiamento ao terrorismo, para os quais é dispensada a exigência de obtenção das informações cadastrais de clientes, ressalvado o cumprimento do disposto no art. 12 desta circular.”

³³⁶ “Art. 1º Para abertura de conta de depósitos é obrigatória a completa identificação do depositante, mediante preenchimento de ficha-proposta contendo, no mínimo, as seguintes informações, que deverão ser mantidas atualizadas pela instituição financeira: (NR) I - qualificação do depositante: a) pessoas físicas: nome completo, filiação, nacionalidade, data e local do nascimento, sexo, estado civil, nome do cônjuge, se casado, profissão, documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor) e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF; b) pessoas jurídicas: razão social, atividade principal, forma e data de constituição, documentos, contendo as informações referidas na alínea anterior, que qualifiquem e autorizem os representantes, mandatários ou prepostos a movimentar a conta, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ e atos constitutivos, devidamente registrados, na forma da lei, na autoridade competente; (NR) II - endereços residencial e comercial completos; (NR) III - número do telefone e código DDD; IV - fontes de referência consultadas; V - data da abertura da conta e respectivo número; VI - assinatura do depositante. Parágrafo 1º Se a conta de depósitos for titulada por menor ou por pessoa incapaz, além de sua qualificação, também deverá ser identificado o responsável que o assistir ou o representar.” Ver ainda DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*, p. 15.

³³⁷ Atualmente o limite está fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por força do art. 6º, § 2º, I, da Circular BCB n. 3.461/09: “Art. 6º As instituições de que trata o art. 1º devem manter registros de todos os serviços financeiros prestados e de todas as operações financeiras realizadas com os clientes ou em seu nome. (...) § 2º O sistema de registro deve permitir a identificação: I - das operações que, realizadas com uma mesma pessoa, conglomerado financeiro ou grupo, em um mesmo mês calendário, superem, por instituição ou entidade, em seu conjunto, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais)”

Na hipótese de operações envolvendo cheques administrativos, cheques ordem de pagamento, ordens de pagamento, DOCs ou TEDs, o piso é de R\$ 1.000,00, por força do art. 7º, § 1º, II da Circular BCB n. 3.461/09: “Art. 7º As instituições de que trata o art. 1º devem manter registros específicos das operações de transferência de recursos. § 1º O sistema de registro deve permitir a identificação: (...) II - das emissões de cheque administrativo, de cheque ordem de pagamento, de ordem de pagamento, de Documento de Crédito (DOC), de TED e de outros instrumentos de transferência de recursos, quando de valor superior a R\$1.000,00 (mil reais).”

No caso de operações com cartões pré-pagos (emissão e recarga) ou em espécie, o valor é de R\$ 100.000,00, conforme previsto no art. 8º, § 1º, I e no art. 9º, § 1º, I: “Art. 8º As instituições de que trata o art. 1º devem manter registros específicos da emissão ou recarga de valores em um ou mais cartões pré-pagos. § 1º O sistema de registro deve permitir a identificação da: I - emissão ou recarga de valores em um ou mais cartões pré-pagos, em montante acumulado igual ou superior a R\$100.000,00 (cem mil reais) ou o equivalente em moeda estrangeira, no mês calendário; (...) Art. 9º Os bancos comerciais, a Caixa Econômica Federal, os bancos múltiplos com carteira comercial ou de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as sociedades de poupança e empréstimo e as cooperativas de crédito devem

em operações singulares, mas igualmente “quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.”³³⁸

É importante notar que, tanto a identificação dos clientes, como o registro das operações que superem o limite fixado pelo BACEN devem ser mantidos pela instituição financeira pelos prazos mínimos de dez anos ou cinco anos, a depender do tipo de operação, conforme o art. 11 da Circular n. 3.461³³⁹, de 24 de julho de 2009, com base na parte final do art. 10, § 2º da Lei n. 9.613³⁴⁰.

A preocupação com os registros das operações efetuadas pelas instituições financeiras, bem como com a identificação de seus clientes decorre da evidência empírica de que a lavagem de dinheiro ocorre, na maioria das vezes, por meio da utilização de instituições financeiras, ainda que apenas transitoriamente em alguma fase do processo de lavagem³⁴¹.

No que se refere à comunicação das operações ao COAF, as instituições financeiras devem comunicar, nos prazos fixados no art. 12 e 13 da Circular BCB n. 3.461/09, as operações de valores superiores ao limite fixado em norma administrativa³⁴², bem como

manter registros específicos das operações de depósito em espécie, saque em espécie, saque em espécie por meio de cartão pré-pago ou pedido de provisionamento para saque. § 1º O sistema de registro deve permitir a identificação de: I - depósito em espécie, saque em espécie, saque em espécie por meio de cartão pré-pago ou pedido de provisionamento para saque, de valor igual ou superior a R\$100.000,00 (cem mil reais);”

³³⁸ Art. 10, § 3º da Lei n. 9.613/98. O objetivo de tal regra é o de evitar o sucesso da técnica de lavagem conhecida por *smurfing*, que será descrita adiante neste trabalho. Ver BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 312.

³³⁹ “Art. 11. As informações e registros de que trata esta circular devem ser mantidos e conservados durante os seguintes períodos mínimos, contados a partir do primeiro dia do ano seguinte ao do término do relacionamento com o cliente permanente ou da conclusão das operações: I - 10 (dez) anos, para as informações e registros de que trata o art. 7º; II - 5 (cinco) anos, para as informações e registros de que tratam os arts. 6º, 8º e 9º.”

³⁴⁰ “§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.”

³⁴¹ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Op. cit.*, p. 13. “No delito de *lavagem*, geralmente há o concurso de uma instituição financeira, daí porque existe uma preocupação muito grande com os registros destas instituições.” Essa evidência se confirma ao se abrirem os jornais recentes. Ver CHADE, Jamil. ‘Credit suisse colaborou com evasão’. *O Estado de São Paulo*, 5.06.2009, p. B10.; NAKAGAWA, Fernando. BC aperta fiscalização de bancos estrangeiros. *O Estado de São Paulo*, 05.06.2009, p. B11.

³⁴² Lei n. 9.613/98: “Art. 11. (...) 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: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) 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 (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela

outras operações que possam apresentar indícios de serem utilizadas para os fins previstos na Lei n. 9.613/98. Tais comunicações são operacionalizadas por meio do sistema informatizado SISCOAF, mantido e administrado por este órgão, em substituição ao SISBACEN, mantido pelo Banco Central do Brasil e utilizado como meio para tais comunicações até 13 de setembro de 2009³⁴³.

Vale também mencionar o fato de que a Lei n. 12.683/12 incluiu o inciso III ao art. 11 da Lei n. 9.613/98, tornando exigível não apenas a comunicação da realização de transações e propostas de transações que possam apresentar indícios de servir à lavagem de dinheiro, mas também a comunicação da ausência de tais transações ou propostas de transações. Tal comunicação, porém, deverá ser feita ao órgão regulador do setor – Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras – e não ao COAF³⁴⁴.

Cumpre, ainda, destacar que das referidas comunicações não caberá qualquer forma de responsabilidade civil ou administrativa, não sendo lícito à instituição financeira dar ao cliente ciência da comunicação realizada³⁴⁵. É preciso levar em consideração, porém, que a comunicação somente deve ocorrer diante de sérios indícios do crime de lavagem de dinheiro, o que não se confunde com simples suspeitas da ilicitude por parte do funcionário da instituição financeira. Diante de simples suspeitas, é mister que ocorra investigação mais aprofundada do histórico das transações, antes que se decida pela comunicação à autoridade competente³⁴⁶.

Lei nº 12.683, de 2012)”

³⁴³ Carta-Circular BCB n. 3.409/09: “3. A partir de 14 de setembro de 2009, as comunicações previstas nos arts. 12 e 13 da Circular nº 3.461, de 2009, serão efetuadas por meio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (Siscoaf), quando a transação PCAF500 será descontinuada.”

³⁴⁴ “Art. 11. (...) 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. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)”

³⁴⁵ Lei n. 9.613/98: “Art. 11. (...) 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: (...) § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.” (Redação dada pela Lei n. 12.683/12) (grifei) Também não deve ser considerada a comunicação como infração do sigilo bancário, visto que é permitida pela Lei Complementar n. 105/01, que regulamentou a referida garantia constitucional: “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: (...) IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;”. No mesmo sentido o art. 14 da Circular n. 3.461/09.

³⁴⁶ DE BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 318. Os elementos resultantes de tais análises, que fundamentarem a decisão de comunicar ou não determinada operação devem ser mantidos pela instituição financeira pelo prazo de cinco anos, conforme art. 16 da Circular BCB n. 3.461/09: “Art. 16. As instituições de que trata o art. 1º devem manter, pelo prazo de 5 (cinco) anos, os documentos relativos às

Vigente até 13 de maio de 2012, a Carta-Circular BCB n. 2.826/98 tinha por objetivo a divulgação das operações que, por suas características, podem configurar indícios da ocorrência de crimes da Lei n. 9.613/98. Atualmente, a lista de tais operações é apresentada pela Carta-Circular n. 3.542/12, de 12 de março de 2012. Como será demonstrado adiante, esta relação de operações configura-se como um parâmetro normativo para o risco juridicamente autorizado, sendo de especial relevância na avaliação da responsabilidade criminal do agente financeiro na lavagem de dinheiro.

Entre as operações consideradas suspeitas pela Carta-Circular BCB n. 2.826/98, destacavam-se as seguintes³⁴⁷: (i) movimentações em papel-moeda em valor acima de R\$ 10 mil ou equivalente em moeda estrangeira; (ii) movimentação de recursos incompatíveis com a renda declarada do cliente; (iii) aumento injustificado no volume de depósitos bancários; (iv) grande quantidade de depósitos de pequeno valor com soma expressiva; (v) grande quantidade de contas correntes mantidas por um mesmo cliente; (vi) utilização corriqueira de cofres de aluguel; (vii) frequentes pedidos para elevação do limite de crédito; (viii) compra e venda de ativos por valor significativamente superior ou inferior ao de mercado; (ix) operações realizadas por residentes de paraísos fiscais; e, (x) utilização de agências bancárias fronteiriças para depósitos ou pagamentos em dinheiro.

A lista de operações divulgada pelo BACEN não é, contudo, taxativa, cabendo à instituição financeira a manutenção de procedimentos de controle para detectar operações que caracterizem os crimes da Lei n. 9.613/98³⁴⁸. Como afirmado, a lista de operações consideradas suspeitas encontra-se atualmente na Carta-Circular BCB n. 3.542 de 12 de março de 2012, que expressamente revogou a Carta-Circular BCB n. 2.826/98, determinando que a comunicação das operações se faça diretamente ao COAF, por meio do

análises de operações ou propostas que fundamentaram a decisão de efetuar ou não as comunicações de que tratam os arts. 12 e 13.”

³⁴⁷ FORTUNA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 723. Para a relação completa das operações consideradas suspeitas, remetemos à leitura da Carta-Circular n. 2826/98.

³⁴⁸ Circular BCB n. 3.461/09: “Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem implementar políticas e procedimentos internos de controle destinados a prevenir sua utilização na prática dos crimes de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. § 1º As políticas de que trata o caput devem: I - especificar, em documento interno, as responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição; II - contemplar a coleta e registro de informações tempestivas sobre clientes, que permitam a identificação dos riscos de ocorrência da prática dos mencionados crimes; III - definir os critérios e procedimentos para seleção, treinamento e acompanhamento da situação econômico-financeira dos empregados da instituição; IV - incluir a análise prévia de novos produtos e serviços, sob a ótica da prevenção dos mencionados crimes; V - ser aprovadas pelo conselho de administração ou, na sua ausência, pela diretoria da instituição; VI - receber ampla divulgação interna.”

Sistema de Controle de Atividades Financeiras – SISCOAF³⁴⁹.

Por fim, para serem capazes de cumprir com tais obrigações na prevenção do crime de lavagem de dinheiro, se faz necessária a implantação pelas instituições financeiras de estruturas internas capazes de atender a estas demandas de controle e proteção. Estas estruturas são usualmente chamadas de “comitês de *compliance*”. Neste contexto, vale apontar a Resolução n. 2.554/98, do Conselho Monetário Nacional, alterada pelas Resoluções n. 3.056/02 e 3.477/07, bem como o art. 1º da Circular 3.461/09 do BCB.

A título de ilustração, observe-se que a Seção 352 do Ato Patriótico, assinado nos Estados Unidos da América após os atentados de 11 de setembro, determina as seguintes medidas como forma de prevenir a lavagem de dinheiro de recursos do terrorismo internacional: (i) criação de processos, controles e políticas internas nas instituições financeiras para contenção da lavagem de dinheiro; (ii) designação do responsável pela área de *compliance* com as leis de lavagem de dinheiro; (iii) existência de treinamentos contínuos para o reconhecimento de esquemas de lavagem de dinheiro; e, (iv) auditorias independentes para testar os programas internos das instituições financeiras³⁵⁰.

É interessante notar que todas as medidas apontadas nesse documento já são adotadas no Brasil, uma vez que as instituições financeiras que atuam no país também estão sujeitas a indicar ao Banco Central o responsável pela área de *compliance* da instituição, conforme determina o art. 18 da Circular BCB n. 3.461/09³⁵¹. Vejamos, então, em detalhes, a função do chamado “comitê de *compliance*”.

3.4.2.1. O papel do comitê de *compliance*

³⁴⁹ “Art. 3º A comunicação das situações relacionadas nesta Carta Circular, bem como de outras que, embora não mencionadas, possam configurar indícios de ocorrência das práticas de que trata o art. 13 da Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009, deve ser efetuada por meio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (Siscoaf).”

³⁵⁰ MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. *Understanding and preventing money laundering*, p. 25.

³⁵¹ “Art. 18. As instituições de que trata o art. 1º devem indicar ao Banco Central do Brasil diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações de que tratam os arts. 12 e 13. § 1º Para fins da responsabilidade de que trata o caput, admite-se que o diretor indicado desempenhe outras funções na instituição, exceto a relativa à administração de recursos de terceiros. § 2º No caso de conglomerados financeiros, admite-se a indicação de um diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações referentes às respectivas instituições integrantes.”

Compliance é a atividade de estar em conformidade e cumprir com regulamentos internos e externos aplicáveis à instituição³⁵². Por consequência, risco de *compliance* é o risco de aplicação de uma sanção jurídica ou de outra natureza, devido a ausência de controles eficientes quanto ao cumprimento dos deveres da empresa, decorrentes da lei, regulamentos ou “manuais de boas práticas”³⁵³.

Assim, o papel do comitê de *compliance* consiste em trabalhar, em conjunto com as demais áreas de uma empresa, pela aplicação e fortalecimento dos controles internos, de forma a reduzir os riscos de *compliance* de um determinado negócio, assegurando o correto cumprimento das leis e regulamentos, bem como disseminando uma cultura geral de controle³⁵⁴.

No Brasil, são as principais funções de *compliance*³⁵⁵: a) certificar-se da aderência e cumprimento de leis, regulamentos e normas; b) assegurar-se da existência e observância de código de ética e normas de conduta; c) assegurar a existência de procedimentos para controles internos; d) assegurar a implementação e funcionalidade do sistema de informações; e) assegurar-se da efetividade dos planos de contingência; f) fomentar a existência de uma cultura de controles; g) preparar relatórios com avaliações do sistema de controles internos, com base nas informações fornecidas pelas diversas áreas da empresa; h) desenvolvimento de políticas internas de prevenção de problemas futuros de risco de *compliance*; e, i) manter relações com órgãos regulamentadores, fiscalizadores e com auditoria interna e externa.

No desempenho destas funções, o comitê de *compliance* dialoga com a auditoria interna, embora desempenhem papéis distintos. Diferentemente do *compliance*, a auditoria interna executa seu trabalho de fiscalização de forma aleatória e temporária, visando avaliar o cumprimento das normas e processos estabelecidos pela alta administração da empresa³⁵⁶. Portanto, ainda que não se confundam, é evidente o papel complementar que exercem o comitê de *compliance* e a auditoria interna em uma empresa desejosa de controlar os riscos de seu negócio, especialmente os riscos relacionados ao respeito à legislação penal.

³⁵² BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 308.

³⁵³ FEBRABAN. *Função de compliance – documento consultivo*, p. 9.

³⁵⁴ BARROS, Marco Antônio de. *Idem ibidem*.

³⁵⁵ FEBRABAN. *Idem ibidem*.

³⁵⁶ *Op. cit.*, p. 14.

Com relação à participação penal, como será demonstrado, não é dado confiar àqueles de quem se espera, dentro da empresa, que desconfiem. Este é exatamente o caso no qual se inserem os integrantes do comitê de *compliance*, uma vez que sua tarefa dentro da empresa consiste em zelar pelo cumprimento das regras aplicáveis ao negócio, evitando falhas ou identificando-as em tempo³⁵⁷. Em outras palavras, a confiança, quanto ao âmbito dos poderes de fiscalização e vigilância dos membros do *compliance*, representaria descumprimento do seu dever de cuidado, para o qual é pressuposta a desconfiança que orienta a investigação e o gerenciamento dos riscos³⁵⁸.

Do ponto de vista administrativo, ademais, o *compliance* com as leis penais é considerado obrigatório, não devendo ser compreendido como algo opcional às empresas ou um diferencial competitivo³⁵⁹. Destarte, é preciso que as empresas cumpram todas as formalidades regulamentares destinadas a fazer prova negativa de eventuais delitos dos quais possam ser acusados seus diretores e funcionários, considerando-se a inexistência de responsabilidade criminal de pessoas jurídicas pelo crime de lavagem de dinheiro no Brasil, uma vez que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas conforme o art. 12 da Lei n. 9.613/98 têm natureza administrativa.

A este respeito, porém, convém deixar registrada a tendência à defesa da aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, a outros crimes além dos delitos contra o meio ambiente. Em nossa visão, esta tendência – também no caso da lavagem de dinheiro – poderia ser amplamente questionada, se não diante da própria coerência da dogmática penal, ao menos em face da literalidade da Constituição Federal de 1988, uma vez que seus defensores baseiam-se no art. 173, § 5º, da CF/88 – que trata da ordem econômica e financeira – para argumentar a respeito da possibilidade de tal imputação³⁶⁰.

Por fim, ressaltamos a importância exercida pela Resolução n. 2.554, de 29 de setembro de 1998, do Conselho Monetário Nacional – CMN, no que se refere à

³⁵⁷ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, p. 220.

³⁵⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 198.

³⁵⁹ Em analogia com o *compliance* com as leis penais tributárias: WILLIAMS, David F. *Developing the concept of tax governance*, p. 19.

³⁶⁰ “Art. 173 (...) § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às *punições compatíveis com sua natureza*, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” (grifei) A este respeito, ver BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição, p. 07.

estruturação do setor responsável pelos controles internos nas instituições financeiras³⁶¹. Novamente, essa importância se deve por serem as normas administrativas, neste campo, legítima fonte de deveres específicos de cuidado a serem respeitados a fim de se evitar a responsabilidade penal.

Não obstante, não se pode deixar de notar que as realidades de diferentes empresas podem ser bastante distintas, podendo haver em um banco comercial, por exemplo, um departamento destacado para a atividade de *compliance*, ao passo que poucos indivíduos podem ser responsáveis por praticamente todas as obrigações em uma corretora ou uma administradora de um fundo de investimentos. O primeiro passo, portanto, consiste em identificar o responsável pela função de *compliance* dentro da estrutura empresarial, para, em seguida, avaliar o cumprimento de seus deveres de vigilância.

3.4.3. Técnicas de lavagem de dinheiro

Seguindo as fases anteriormente descritas (colocação, estratificação e integração), a lavagem de dinheiro pode ser realizada por meio de diferentes técnicas. Nos itens seguintes, são apresentadas as rotinas mais comumente utilizadas para a lavagem de dinheiro, destacando-se a forma pela qual os agentes financeiros interferem em cada uma delas.

³⁶¹ Resolução CMN n. 2.554/98: “Art. 2º Os controles internos, cujas disposições devem ser acessíveis a todos os funcionários da instituição de forma a assegurar sejam conhecidas a respectiva função no processo e as responsabilidades atribuídas aos diversos níveis da organização, devem prever: I - a definição de responsabilidades dentro da instituição; II - a segregação das atividades atribuídas aos integrantes da instituição de forma a que seja evitado o conflito de interesses, bem como meios de minimizar e monitorar adequadamente áreas identificadas como de potencial conflito da espécie; III - meios de identificar e avaliar fatores internos e externos que possam afetar adversamente a realização dos objetivos da instituição; IV - a existência de canais de comunicação que assegurem aos funcionários, segundo o correspondente nível de atuação, o acesso a confiáveis, tempestivas e compreensíveis informações consideradas relevantes para suas tarefas e responsabilidades; V - a contínua avaliação dos diversos riscos associados às atividades da instituição; VI - o acompanhamento sistemático das atividades desenvolvidas, de forma a que se possa avaliar se os objetivos da instituição estão sendo alcançados, se os limites estabelecidos e as leis e regulamentos aplicáveis estão sendo cumpridos, bem como a assegurar que quaisquer desvios possam ser prontamente corrigidos; VII - a existência de testes periódicos de segurança para os sistemas de informações, em especial para os mantidos em meio eletrônico.”

3.4.3.1. Compra de ativos ou instrumentos monetários

Na fase de colocação, o principal interesse do autor da lavagem de dinheiro é transformar o papel-moeda que normalmente tem em sua posse em ativos de natureza distinta que possibilitem maior mobilidade aos recursos com menores suspeitas. Para tanto, pode recorrer a depósitos bancários ou outros instrumentos financeiros, de maneira a levantar menores questionamentos sobre a origem dos recursos.

Neste contexto, cheques administrativos – cheques emitidos pelo banco contra si próprio, servindo no comércio geral como garantia ao credor que receia não receber o pagamento – são comumente utilizados em esquemas de lavagem de dinheiro, pois dificultam a visualização da origem dos pagamentos por meio deles realizados³⁶². De modo semelhante, ordens de pagamento também são utilizadas como meio de ocultar a origem dos recursos.³⁶³

Também cheques pessoais servem de meio de transferência de recursos por indivíduos interessados em ocultar a origem ilícita de recursos, utilizando-se contas bancárias de pessoas físicas com nomes falsos, por vezes “laranjas”, e endossos, como forma de dificultar o rastreamento da origem ilícita dos recursos.³⁶⁴

Convém, entretanto, chamar atenção para o fato de que a Lei n. 9.069/95, que dispôs sobre o Plano Real, determinou, em seu art. 69, a proibição da emissão, pagamento e compensação de cheques sem identificação do beneficiário, com valor superior a R\$ 100,00³⁶⁵. Quanto à emissão, a norma não tem total eficácia no cotidiano das transações. Contudo, o pagamento e a compensação dos cheques apenas é feita pelos bancos mediante identificação do beneficiário, o que limita a utilização do endosso em preto, em cheques pessoais, como meio de estratificação na lavagem de dinheiro.

3.4.3.2. Mescla (“*Commingling*”), empresa de fachada e empresa fictícia

³⁶² BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 374.

³⁶³ *Idem ibidem*.

³⁶⁴ *Idem ibidem*.

³⁶⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial* – vol. 2, p. 505-n.4.

A mescla de recursos ilegítimos com recursos legítimos é uma técnica que apresenta a vantagem de oferecer instantaneamente uma explicação razoável para a origem dos recursos oriundos dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Isto, pois os recursos mesclados passam a ser considerados produto da mesma atividade legítima que gera os recursos lícitos aos quais são misturados³⁶⁶. Para tanto, são utilizadas empresas verdadeiras e que efetivamente tem atividade legítima, misturando o produto da atividade legal com os recursos de origem ilícita³⁶⁷.

As empresas *offshore* são definidas como aquelas que não têm suas atividades no local onde mantém sua sede social. Em muitos casos, os países onde estas empresas instalam suas sedes identificam-se com “paraísos fiscais”, considerados países com baixa ou nenhuma tributação, forte sigilo bancário e fiscal, melhores condições cambiais e condições de assegurar o anonimato das transações³⁶⁸, podendo haver até mesmo controle de sociedades por meio de ações ao portador, o que dificulta a determinação dos titulares do poder de controle da sociedade, portanto, os beneficiados indiretos por suas operações³⁶⁹.

Neste contexto, são chamadas “empresas de fachada” aquelas que aparentam fazer parte do comércio legítimo, contudo, o fazem como única forma de ocultar a origem criminosa dos recursos que empregam nas suas atividades. Estas empresas podem ou não atuar verdadeiramente no mercado em que aparentam atuar. Em caso afirmativo, o fazem

³⁶⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 381.

³⁶⁷ Em conversas com profissionais da área de prevenção à lavagem de dinheiro em instituições financeiras, verificamos a preocupação especial destes profissionais com os seguintes grupos de clientes: (i) cultos religiosos; (ii) bares, restaurantes e danceterias; (iii) bingos; e, (iv) postos de gasolina.

³⁶⁸ Conforme a Instrução Normativa n. 1.037/10 da Receita Federal do Brasil, são considerados “paraísos fiscais”, para todos os fins legais, as seguintes jurisdições: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão, Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Lebuán; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Queshm; Ilhas de Santa Helena; São Pedro e Miguelão; Ilhas Solomon; St. Kittis e Nevis; Suazilândia; Suíça (excluída pelo Ato Declaratório Executivo RFB n. 11, de 24 de junho de 2010); Sultanato de Omã; Tristão da Cunha; Federação de São Cristóvão e Nevis; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; São Vicente e Granadinas; Santa Lúcia; Seychelles; Tonga; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas. Sobre as características fundamentais dos paraísos fiscais, ver DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de 'lavagem de dinheiro': a utilização do sistema financeiro como porto seguro, p. 218.

³⁶⁹ BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 449. Necessário é mencionar que as ações endossáveis e ao portador foram proibidas no direito brasileiro por força do art. 4º da Lei n. 8.021, de 12 de abril de 1990, conforme ensina REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial – vol. 2*, p. 97.

mesclando recursos legítimos com recursos ilegítimos³⁷⁰.

Deve-se dar atenção ao fato de que estas empresas representam verdadeiro potencial nocivo à concorrência, vez que têm possibilidade econômica de prestar serviços e vender produtos a preços mais reduzidos que os demais concorrentes, em razão da utilização de recursos ilícitos em sua atividade. Assim, pode-se dizer que as empresas de “fachada” não são um problema apenas para as autoridades de repressão à lavagem de dinheiro, mas também para as autoridades de proteção à concorrência³⁷¹.

Por outro lado, quando as empresas de fachada não atuam de fato e paralelamente na atividade que aparentam atuar, dá-se a elas o nome de “empresas fantasmas”, pois se trata de empresas cuja única finalidade é servir de meio para a abertura de contas correntes, compra de bens e outras formas de ocultar recursos de origem ilícita.

As empresas “de prateleira”, por outro lado, são empresas que, por longos períodos, mantêm-se existentes sem qualquer participação no mercado. Sua criação, portanto, é temporalmente diversa do momento de início de suas atividades. Estas empresas podem ser mantidas em paraísos fiscais e são vendidas por seus instituidores após alguns anos de sua criação, para dificultar a associação da origem criminosa aos recursos que transitarão por estas empresas quando do início efetivo de suas atividades³⁷².

3.4.3.3. Contrabando de moeda

De modo a evitar recorrer ao sistema financeiro do próprio país no qual os recursos são gerados ilicitamente, o agente da lavagem de dinheiro pode recorrer ao contrabando físico da moeda. Embora represente um risco inerente à dificuldade do transporte físico seguro dos recursos, quando bem sucedido, rompe a ligação entre os valores e a sua origem. Ao cruzar a fronteira do país, a aplicação dos recursos no país de destino é

³⁷⁰ BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 450.

³⁷¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 31; BACEN. *Prevenção à lavagem de dinheiro*, p. 5.

³⁷² BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 451. Não se pode, contudo, concluir que todas as empresas de prateleira são utilizadas com a finalidade de cometer o delito de lavagem de dinheiro, podendo haver diversas razões negociais para se comprar uma empresa de prateleira, como a rapidez e o conforto de livrar-se da burocracia exigida para a abertura de uma nova empresa.

facilitada e a conexão com o ilícito mascarada³⁷³.

Neste contexto, destaca-se a importância do mercado paralelo de câmbio, visto que a moeda contrabandeada é, normalmente, moeda forte e de fácil troca no país de destino. Dessa maneira, é comum que o interessado busque no país meios de converter estes recursos em dólares ou euros, por meio de operações de câmbio não autorizadas, antes de remetê-los ao exterior³⁷⁴.

3.4.3.4. Utilização de pessoas interpostas: “smurfs” ou “laranjas” e randomização

A técnica chamada *smurfing* consiste no fracionamento de uma operação de grande valor em diversas operações de valores reduzidos, de maneira a não chamar a atenção da fiscalização³⁷⁵. Isto, pois, de acordo com o art. 13, inciso I, da Circular BCB n. 3.461/09, as instituições financeiras estão obrigadas a comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – todas as operações envolvendo moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, metais ou qualquer outro ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassem ou igualem dez mil reais³⁷⁶.

Usualmente, esta técnica é ainda apurada pela “randomização”, que consiste na divisão da operação em frações de valores diferentes, o que reduz ainda mais a chance de despertar o interesse dos órgãos de fiscalização³⁷⁷. É esta, portanto, a razão da regra contida no inciso II do art. 13 da Circular BCB n. 3.461/09, que prevê a comunicação da operação que “por sua habitualidade, valor ou forma, configurem artifício que objetive burlar os

³⁷³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 379.

³⁷⁴ Sem, contudo, esquecer que, a realização de operação de câmbio desautorizada é considerada crime contra o Sistema Financeiro Nacional, previsto no art. 22 da Lei n. 7.492/86. O mesmo vale para a chamada evasão de divisas, prevista no parágrafo único deste mesmo artigo. “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisa do País: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.” Ver PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico...*, pp. 247-52; e, NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, pp. 1113-6.

³⁷⁵ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 380. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 62.

³⁷⁶ “Art. 4. Deverão ser comunicadas ao Banco Central do Brasil, na forma que vier a ser determinada, quando verificadas as características descritas no art. 2º: I – as operações de que trata o art. 1º, inciso III, cujo valor seja igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

³⁷⁷ BARROS, Marco Antônio de. *Idem ibidem*.

mecanismos de identificação, controle e registro.”

Em suma, ao invés de realizar apenas um depósito de R\$ 100.000,00, no *smurfing*, fraciona-se esta operação em dez depósitos de R\$ 9.900,00 e um depósito de R\$ 1.000,00; na randomização, em um depósito $D_1 = \text{R\$ } 1.567,00$ + outro depósito $D_2 = \text{R\$ } 3.874,00$ + ... + depósito D_{n-1} + depósito D_n , sendo $D_n \neq D_{n-1} \neq D_{n-2} \neq \dots \neq D_1$, e

$$\sum_{i=1}^n D_i = \text{R\$ } 100.000,00 .$$

O termo “laranja”, por sua vez, é empregado para fazer referência ao que tecnicamente é chamado de “interposta pessoa”, podendo apresentar-se de três formas distintas: (i) pessoa ingênua, que ignora a utilização de seus documentos por pessoa ligada ao esquema de lavagem; (ii) pessoa que cede voluntariamente seus documentos para que outro faça uso deles, mediante pagamento de recompensa; ou, (iii) pessoa envolvida no esquema de lavagem que, não apenas cede seus documentos, como alicia outros indivíduos a servir como “laranjas”³⁷⁸.

A relação existente entre o *smurfing*/randomização e as pessoas interpostas consiste no fato de que, em muitas ocasiões, as transferências fracionadas são realizadas por meio de contas de titulares “laranjas”, de maneira a contribuir com a fase de estratificação dos recursos em processo de lavagem, dificultando a fiscalização sobre as movimentações totais realizadas pelos interessados no esquema.

3.4.3.5. Fatura falsa de importação e exportação

A Portaria n. 350 do Ministério da Fazenda, de 16.10.2002, estabelece a obrigação de fiscalização do BCB e da Receita Federal do Brasil – RFB – de operações de comércio exterior, visando prevenir e reprimir ilícitos contra o sistema financeiro e tributário nacional.³⁷⁹ Este poder de fiscalização inclui a possibilidade de exigir informações relativas

³⁷⁸ BARROS, Marco Antônio de. *Op. cit.*, p. 447.

³⁷⁹ “Art. 1º A Secretaria da Receita Federal (SRF) e o Banco Central do Brasil (BC) estabelecerão, no âmbito de suas respectivas competências de atuação, procedimentos especiais de investigação e controle das operações de comércio exterior, com vistas a coibir a ação fraudulenta de interpostas pessoas, como meio de dificultar a identificação da origem dos recursos aplicados, ou dos responsáveis por infração contra os sistemas tributário e financeiro nacionais. § 1º A identificação de empresa sujeita a procedimentos

à estrutura e constituição de empresas que operem no mercado externo, bem como exigir a comprovação da origem lícita dos recursos empregados na operação, assim como da efetivação da transação comercial³⁸⁰.

Esta fiscalização tem por objetivo evitar que fraudes em faturas de importação/exportação sirvam de meio de remessa de recursos ilícitos ao exterior ou de entrada de recursos ilícitos no país. Isto, pois o superfaturamento de uma importação pode fornecer a justificativa necessária para a remessa de recursos ilícitos ao exterior, complementando-se o valor da fatura com recursos obtidos de fontes ilícitas. De maneira semelhante, o superfaturamento de uma exportação pode servir de modo a fazer adentrar de modo aparentemente legítimo no país recursos de origem ilícita³⁸¹.

3.4.3.6. Concessão de sentenças judiciais

Até mesmo o Judiciário pode ser utilizado indevidamente como forma de conferir aparente legalidade a recursos obtidos de forma ilegal. Isto pode ocorrer por meio da simulação de um litígio verdadeiramente inexistente, entre duas partes previamente ajustadas. Assim, a indenização fictícia de um dos participantes serve de justificativa para o seu enriquecimento, diante de eventual investigação³⁸².

Como exemplo, temos o caso em que uma empresa interessada em lavar recursos deposita valores na conta de outra empresa *offshore* do esquema e, em seguida, a processa. No curso do processo, contudo, ambas as empresas fazem um acordo, que é homologado pela Justiça, no valor dos recursos previamente depositados. Com isso, a origem dos

especiais de investigação e controle será baseada na existência de indício de incompatibilidade entre a capacidade econômica e financeira apresentada e os valores transacionados nas operações internacionais. § 2º A SRF e o BC poderão adotar indicadores objetivos para a identificação dos indícios de incompatibilidade referidos no parágrafo anterior. § 3º Para aplicação do disposto no caput, a SRF e o BC adotarão mecanismos que garantam a necessária celeridade na troca de informações de natureza cadastral de que dispuserem. (...) Art. 3º Caso a SRF ou o BC venha a detectar indício que possa configurar a ocorrência de crime de "lavagem de dinheiro" ou de ocultação de bens, direitos e valores, definido na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, deverá: I - dar conhecimento imediato desse fato ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF); II - instaurar procedimento de investigação dando conhecimento desse fato ao outro órgão, sem prejuízo da comunicação posterior dos respectivos resultados ao COAF."

³⁸⁰ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 372.

³⁸¹ *Op. cit.*, p. 371.

³⁸² BACEN. *Prevenção à lavagem de dinheiro*, p. 20.

recursos foi dissimulada pelo acordo homologado³⁸³.

3.4.3.7. Cassinos, bingos e loterias

A utilização de jogos de azar como forma de justificar o enriquecimento já é tradicional entre os brasileiros³⁸⁴. Esta técnica consiste em nada mais que a compra de bilhetes premiados com fins de argumentar neles a origem dos recursos sob suspeita³⁸⁵.

Neste tipo de ocorrência, é comum a participação de algum funcionário responsável pelo pagamento dos prêmios, que fica responsável pela intermediação entre o verdadeiro vencedor do prêmio e o interessado em comprar o bilhete.

No caso específico dos bingos e cassinos, a lógica da lavagem de dinheiro envolve o fato de que estas empresas lidam rotineiramente com recursos em espécie, sem possibilidades de seus lucros serem auditados com precisão.

3.4.3.8. Compra e venda de bens

A compra e venda de bens é uma maneira muito comum e econômica de lavar recursos ilegais, sendo praticada na ocultação da origem de pequenas quantias, assim como de grande volume de recursos.

O bem pode variar desde imóveis até bens de luxo como joias e automóveis³⁸⁶. A ideia consiste em justificar os recursos como decorrentes da venda com lucro destes bens. Para a produção deste lucro simulado é preciso primeiro que o interessado na lavagem de dinheiro compre o bem, aparentemente, por valor inferior ao de mercado, isto é, que o contrato ou escritura sejam realizados por valor abaixo do efetivamente negociado e pago

³⁸³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 454.

³⁸⁴ Ver por exemplo, o caso do ex-deputado João Alves, que afirmava ter sido vencedor da loteria por 221 vezes em sua vida. “Uma fortuna sob suspeita”, *Fantástico*, 04.03.2007. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/jornalismo/fantastico.html>, último acesso 06.05.2009.

³⁸⁵ BACEN. *Idem ibidem*.

³⁸⁶ Ver, por exemplo, o caso das “formigas japonesas”, citado por MAILLARD, Jean de. *Atlas Akal de la criminalidad financiera*. Madrid: Akal, 2002, pp. 45-6, em que a lavagem de dinheiro era feita por meio da revenda no Japão de artigos de luxo comprados por supostos turistas na Europa.

ao vendedor. Em seguida, o bem é vendido com ganho pelo interessado em ocultar a origem dos recursos³⁸⁷.

Uma vez realizado este procedimento, está oferecida a justificativa para os recursos ilícitos. Sobre o ganho com a venda do bem, o indivíduo deverá ainda pagar o imposto de renda sobre ganho de capital devido, ajudando com isso a dar aparência de total legalidade aos recursos que agora tem sob seu controle.

3.4.3.9. O intermédio de “doleiros” e as contas CC-5

Com relação à participação de “doleiros” na lavagem de dinheiro, é importante mencionar dois métodos utilizados, nos quais a participação destes atores é crucial: a “câmara de compensação paralela” e a “lavagem via dólar-cabo”.

O primeiro método consiste na criação de uma verdadeira câmara de compensação internacional paralela, movimentando recursos de origem ilícita. A remessa dos recursos é realizada sem transferência física de dinheiro, baseando-se na mútua confiança estabelecida entre os doleiros situados em diferentes localidades, que compensam as suas obrigações mutuamente³⁸⁸.

Já o segundo método consiste na transferência dos recursos por meio de contas dos próprios doleiros, finalizando com a transferência para uma conta em algum paraíso fiscal, onde os recursos permanecerão seguros até que o titular deseje utilizá-los, realizando o movimento contrário, novamente pela conta dos doleiros³⁸⁹. A participação de doleiros, deste modo, usualmente contribui para a formação dos chamados “*underground banking systems*”³⁹⁰.

O problema dos *underground banking systems* é, contraditoriamente, reforçado

³⁸⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 70.

³⁸⁸ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 370.

³⁸⁹ *Idem ibidem*.

³⁹⁰ MCCUSKER, Rob. Underground banking: legitimate remittance network or money laundering system?, p. 1. “Underground banking is a generic term used to describe any informal banking arrangements which run parallel to, but generally independent of, the formal banking system. (...) Whatever term is used, the basic principle remains the same – it involves the transfer of the value of currency without necessarily physically relocating it. (...) Underground banking is a rational choice for the transfer of money because it has the same structure and operational characteristics as the formal banking sector without any of its attendant bureaucracy or external regulatory scrutiny.”

pelo maior controle que se tem da atividade bancária formal. Isto, pois, à medida em que se torna arriscado recorrer aos bancos autorizados para realizar uma determinada operação com o objetivo de ocultar a origem ilícita dos recursos, cada vez mais os interessados nesta atividade passam a recorrer ao “sistema bancário informal”, de difícil controle, fiscalização e regulamentação pelas autoridades de repressão à lavagem de dinheiro³⁹¹.

Por outro lado, um mecanismo convencional utilizado com frequência para a lavagem de dinheiro é o das contas CC5, assim chamadas em razão da Carta-Circular BCB n. 05/69. Este instrumento permitiu a criação no país de contas-correntes de livre circulação por pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas ou sediadas no exterior, sem a necessidade de justificar as operações realizadas com o exterior por meio destas contas³⁹².

A única precaução exigida consistia no registro da origem dos recursos, bem como da identificação do depositante e do favorecido. As contas CC5 vieram posteriormente a ser modificadas pela Carta-Circular n. 2.677, sem, contudo, por um fim ao canal aberto à utilização do sistema financeiro para a prática de condutas criminosas³⁹³.

3.4.3.10. Transferências eletrônicas, cartões de crédito e *smart cards*

Atualmente, grande dificuldade para a repressão ao crime de lavagem de dinheiro decorre da tendência à utilização de novos meios de pagamento³⁹⁴, como transferências via internet e uso de cartões *smart*³⁹⁵. Isto, pois estes mecanismos fazem reduzir as

³⁹¹ Op. cit., p. 3. “Ironically, heightened scrutiny and increased oversight of the formal sector may increase the propensity for transnational criminals to try laundering their profits via the less regulated underground banking sector. However, it has been argued that if a member of an underground banking network engaged in money laundering, this might impact so negatively upon the network as a whole that it would provoke social and commercial ostracism of the member, which might deter such activity (Ballard 2003).”

³⁹² FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro – produtos e serviços*, p. 156. “Por essa CC5, os reais recebidos no Brasil eram convertidos em dólar (ou outra moeda estrangeira) e podiam ser livremente remetidos ao exterior, sem que o BC pudesse identificar seu beneficiário. O mesmo acontecia com os dólares que entravam no País e eram convertidos em reais ou reenviados a outros países.”

³⁹³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 368. Entre outras mudanças, a Circular n. 2.677 exigiu o registro no Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN) de todos os depósitos feitos em moeda estrangeira em valor igual ou superior a US\$ 10 mil. FORTUNA, Eduardo. *Idem ibidem*.

³⁹⁴ SIENKIEWICZ, Stanley. Prepaid cards: vulnerable to money laundering?, p. 20.

³⁹⁵ Op. cit., pp. 14-5. “banks need to recognize the inherent risks involved when the card-issuing bank does not actively manage the particular prepaid program. As prepaid card operations (sale, distribution, loads and re-loads) become further removed from the direct control of the card-issuing bank, the risk of

oportunidades de transferências pessoais, o que permitiria ao banco identificar o verdadeiro autor daquela transação³⁹⁶. Enquanto as transferências *via cabo* têm a vantagem da velocidade, as operações com cartões *smart* têm a vantagem do potencial anonimato e segurança.³⁹⁷

Por exemplo, imaginemos que uma organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas resolva investir recursos em um bar. Além de receber pagamentos normais pelos produtos que vende, consideremos que o bar também “compra créditos” dos cartões *smart* de alimentação dos funcionários da empresa vizinha ao seu estabelecimento.

A compra destes créditos poderia ser realizada por meio de recursos originados no tráfico de drogas, porém, o recebimento dos recursos, ao final do mês, da empresa administradora dos cartões, dará a estes recursos a aparência de legitimidade que se buscava obter, falseando a origem dos recursos como decorrentes da venda dos produtos do estabelecimento.

As transferências eletrônicas (*via cabo*), por sua vez, são um eficiente mecanismo de lavagem de dinheiro, pois permitem a transferência rápida e segura de grandes quantias entre diversas regiões do país ou mesmo para o exterior³⁹⁸. Assim sendo, a interpolação de diferentes operações efetuadas desta forma pode servir à etapa de estratificação da lavagem de dinheiro, dificultando o traçado dos órgãos de repressão até a origem ilícita dos recursos

³⁹⁹.

Ao final da sequência de operações, é comum que os recursos sejam concentrados

criminal activity may increase. Just as banks employ “know your customer” procedures as warranted by regulators, they must also perform due diligence when agreeing to serve as the issuing bank of a network-branded prepaid card that will be managed and distributed by another party. As will be discussed later, even if the program manager, distributor, and other participants are legitimate, there is always the risk that network-branded prepaid cards could be used by criminals if the bank or program manager does not monitor transactions in order to identify suspicious behavior.”

³⁹⁶ MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. Understanding and preventing money laundering, p. 23. “Some of the methods used are eletronic funds transfer (EFTs), conversion into monetary instruments, investments in legitimate businesses, and the purchase of real estate. In many cases, EFTs are used to shuttle funds around between offshore banks and shell companies. Since so many EFTs are processed each day, determining what is legitimate and what is not can be difficult indeed.”

³⁹⁷ SIENKIEWICZ, Stanley. Op. cit., p. 20-21. “Prepaid cards have a number of characteristics that offer opportunities for money laundering if use of such cards is not closely monitored. The high degree of anonymity associated with many prepaid cards, the participation of additional nonbank and unregulated parties in the process, and prepaid cards’ ease of acquisition and reloadability make them more vulnerable to potential abuse than other, more established payment methods, including traditional debit and credit cards.” BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 376.

³⁹⁸ BACEN. *Prevenção à lavagem de dinheiro*, p. 19.

³⁹⁹ BARROS, Marco Antônio de. Op. cit., p. 378. Cf. MULIG, Elizabeth; SMITH, L. Murphy. Op. cit., p. 22-3.

em uma “conta-mãe”, também chamada “conta-conduíte”, por meio da qual os recursos serão enviados para o exterior. Embora os saldos alcançados pelas “contas-conduíte” sejam elevados, é comum haver um patamar estabelecido que dispare a ordem de transferência, de modo a minimizar o prejuízo no caso em que a conta seja identificada e bloqueada pelos órgãos de fiscalização e repressão à lavagem de dinheiro⁴⁰⁰.

3.4.3.11. Empréstimos bancários

Ainda uma outra forma de ocultar a origem ilícita dos recursos consiste na obtenção de empréstimos bancários com os quais o criminoso adquire ativos de toda a sorte. Posteriormente, este empréstimo é quitado com recursos ilícitos. Contudo, a esta altura do esquema de lavagem, a fonte para os bens adquiridos pelo criminoso ganhou no empréstimo uma justificativa alheia à sua verdadeira origem ilícita⁴⁰¹.

Vejamos o seguinte exemplo⁴⁰²:

A operação consiste na contratação de empréstimo bancário pela Empresa A junto ao Banco 1, apresentando-se em garantia carta de fiança emitida pelo Banco 2, no exterior, o qual, na contratação da fiança bancária⁴⁰³, recebe como contra-garantia notas promissórias emitidas por empresa localizada no exterior, integrante do esquema de lavagem de dinheiro.

Imaginemos então que, no exemplo, a empresa *offshore* – via de regra estabelecida em paraíso fiscal – fora previamente contemplada com o acréscimo em seu patrimônio de recursos ilegais vindos do exterior, remetidos pela Empresa A, por qualquer meio já estudado como, por exemplo, transferências via cabo, câmaras paralelas de compensação ou, até mesmo, o contrabando físico de moeda.

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, p. 378-9.

⁴⁰¹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 381. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 79.

⁴⁰² Exemplo retirado de BACEN. *Prevenção à lavagem de dinheiro*, p. 32.

⁴⁰³ FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro – produtos e serviços*, p. 295-6. “A fiança é uma obrigação escrita. É um contrato através do qual o banco (neste caso, o *fiador*) garante o cumprimento da obrigação de seu cliente (neste caso, o *afiançado*) junto a um credor em favor do qual a obrigação deve ser cumprida (neste caso, o *beneficiário*). (...) As garantias exigidas pelo banco envolvem uma NP [nota promissória] relativa ao valor da fiança, além de caução de títulos de renda fixa ou duplicatas de cobrança renováveis, conforme o caso, cujo valor de resgate deve, no mínimo, cobrir o valor da fiança.”

Como o interesse da Empresa A no empréstimo junto ao Banco 1 é atribuir aos recursos ilícitos remetidos ao exterior aparência de legalidade, não convém a ela pagar o empréstimo obtido, mas sim permitir a execução da garantia oferecida pelo Banco 2, quitando a sua dívida. Este banco, por seu turno, apresentará para pagamento as notas promissórias emitidas pela empresa *offshore*, que honrará a dívida com os recursos previamente obtidos ilicitamente, completando o ciclo do esquema de lavagem de dinheiro.

É importante mencionar que esta técnica apresenta alguns inconvenientes, visto que o não pagamento do empréstimo pela Empresa A, faz com que esta passe a integrar rol de maus pagadores nos serviços de proteção ao crédito. Deste modo, dificilmente este mesmo esquema poderia ser utilizado mais de uma vez pela mesma empresa, prestando-se apenas a uma única e volumosa dissimulação.

Exceção a esta ressalva poderia ocorrer na hipótese de haver participação de funcionários das instituições financeiras no esquema de lavagem de dinheiro, hipótese esta que passamos agora a estudar, sob o instrumental da dogmática penal.

4. A PARTICIPAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO NA LAVAGEM DE DINHEIRO

4.1. A omissão do dever de cuidado

No contexto de riscos generalizados e criminalidade econômica globalizada⁴⁰⁴, o próprio papel do Estado na economia se modifica, passando-se de uma economia dirigida diretamente pelo Estado, para uma economia controlada, com menor participação direta, mas maior participação por meio do processo de regulação⁴⁰⁵.

Assim, esses novos riscos contribuem para a configuração de um “Estado de Prevenção Permanente”, no qual o controle e a vigilância desempenham papel essencial. Neste sentido, é fácil perceber que a intervenção do Estado na vida dos cidadãos torna-se cada vez mais acentuada, adotando-se paulatinamente um “modelo de inspeção”⁴⁰⁶, como reflexo penal de um Estado de Bem-Estar⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ A respeito destes riscos na economia, cf. LAFER, Celso. A crise financeira – riscos e incertezas, p. A-2. “O risco é uma característica da sociedade moderna e o capitalismo nela identifica um caminho de inovação e progresso. Nesta nossa era de globalização, Anthony Giddens chama a atenção para o novo risco do risco. Este provém de um maior desconhecimento do nível de risco, manufaturado pela ação humana. Disso são exemplos o risco ecológico, o nuclear e o da direção do conhecimento científico-tecnológico, que, com suas constantes inovações, transpõe continuamente barreiras antes tidas como naturais. A crise financeira, como crise de confiança, é uma expressão do risco manufaturado pelo sistema financeiro global, que por conta de suas falhas de avaliação, gestão temerária, carência de supervisão e de normas se transformou num não debelado curto-circuito de incerteza.”

⁴⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal, p. 312.

⁴⁰⁶ Op. cit., p. 314. “En este contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. Em lo que aquí interesa, la intervención del Estado en la vida de las empresas se caracteriza por la progresiva generalización del 'modelo de la inspección', que pasa a acompañar al 'modelo del Derecho sancionador'.”

⁴⁰⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El límite entre imprudencia y riesgo permitido em derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, p. 914. “Se incluye de este modo (aunque sin reconocerlo abiertamente) el Derecho Penal también entre los instrumentos del nuevo 'Estado del Bienestar', perdiendo el mismo en las sociedades industrializadas su tradicional papel meramente garantístico – Estado gendarme –, propio de la ideología liberal decimonónica. Y ello há tenido sin duda algunas importantes consecuencias en la evolución del Derecho Penal, muchas de las cuales no pueden ser exploradas aquí: sometimiento del Derecho Penal a las tensiones propias de los procesos de decisión colectiva, utilización simbólica de su instrumental coercitivo, creación de nuevos bienes jurídicos (bienes jurídicos de titularidad supraindividual, bienes de aseguramiento) y expansión de nuevas técnicas de tutela (delitos de peligro...), etc.”

No “modelo de inspeção”, não apenas o cidadão é obrigado a suportar a fiscalização, mas tem também deveres de colaboração, oferecendo os documentos necessários à vigilância do Estado, sob pena de que lhe sejam impostas sanções de ordem administrativa e penal⁴⁰⁸. Evidentemente, este modelo pode ser claramente percebido no direito penal econômico, em especial na Lei n. 9.613/98⁴⁰⁹.

Não obstante, para resguardar o seu aparato de inspeção e vigilância administrativos, o Estado contemporâneo recorre mais uma vez ao direito penal, utilizando-se de crimes de perigo abstrato, antecipando a tutela penal para um estágio pré-lesão, sendo esta muitas vezes até mesmo improvável em termos concretos⁴¹⁰. Não é difícil perceber que este uso do direito penal acaba por aumentar a intervenção do Estado, deslocando o eixo do direito penal do seu princípio clássico da lesividade⁴¹¹. O controle penal-econômico realizado sobre as empresas é, desse modo, um exemplo do chamado “modelo de inspeção”⁴¹².

No caso do crime de lavagem de dinheiro, segundo o disposto na Lei n. 9.613/98, não é admitida a modalidade culposa. Contudo, a atuação negligente pode ter relevância penal no âmbito dos crimes omissivos impróprios, para os quais se torna essencial a existência de deveres especiais de garantia⁴¹³.

⁴⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 317. Cf. também MALTA, Pierre di. *Droit fiscal pénal*, p. 96-8.

⁴⁰⁹ Como exemplo, poder-se-ia mencionar o art. 11 da referida lei: “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, 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: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) 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 (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) 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. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)”

⁴¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 313.

⁴¹¹ A respeito da importância da lesividade em vista dos crimes de perigo abstrato, típicos do direito penal econômico, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 159-64.

⁴¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 323. “la empresa, que se mueva en un espacio creciente liberalizado, se concibe como un 'riesgo' *per se*, cuya caracterización como 'permitido' se condiciona a que el empresario cumpla con determinados deberes de colaboración pasiva y activa con la Administración de control. Así, las ideas de 'riesgo permitido condicionado' o la de 'libertad peligrosa' son, seguramente, las que mejor explican esta evolución.”

⁴¹³ Assim como para os crimes culposos, a previsibilidade do resultado deve ser avaliada em confronto com critérios jurídicos apenas. Ver ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva, p. 117. “O decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever – e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação.”

Tendo em vista a necessidade de mudança de foco na doutrina quando se trata de imputação de fatos cometidos dentro de estruturas empresariais, torna-se central não mais a discussão apenas a respeito do domínio do fato, mas também a respeito da infração de deveres decorrentes de competências internamente determinadas⁴¹⁴. Destarte, a imputação dependerá de uma verificação dos papéis competentes para conhecer do fato em questão dentro de uma empresa e que tenham infringido deveres funcionais, com o que os resultados danosos foram atingidos.

A delegação de funções pode ser considerada um fenômeno gerador de competências dentro de uma estrutura empresarial e, portanto, de deveres de garantia. Originalmente, entende-se que todo dever de cuidado de não produção de lesões se deve aos sócios de uma empresa, o que é, posteriormente, delegado em parte aos administradores da mesma empresa⁴¹⁵. Por meio de uma sequência de delegações normativas de poderes, novas competências são criadas e antigas são repartidas, produzindo-se novos papéis de garantia, vinculados a diferentes deveres de cuidado⁴¹⁶.

Todavia, a delegação não pode piorar as condições de vigilância e controle apresentados originalmente. Ou seja, cada etapa de delegação deve ser feita de modo a reduzir ou ao menos manter controlado o risco de dano, abstratamente considerado, que se deve evitar. Assim, caso a delegação não atenda a esta regra, porque foi delegada função à pessoa despreparada para exercê-la, por exemplo, não haverá eficácia quanto à limitação da responsabilidade penal⁴¹⁷.

Os deveres de cuidado de que se trata, pertencentes a diferentes papéis sociais

⁴¹⁴ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 179. “... la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad dentro de la empresa hace que no se tenga un deber de evitar lo que sucede en ámbitos ajenos de la misma empresa.”

⁴¹⁵ *Op. cit.*, p. 186.

⁴¹⁶ Neste sentido é bastante ilustrativo o art. 12 do Documento de Disposições Penais para a Proteção dos Interesses Financeiros da União Europeia: “Art. 12 A delegação de competências excluirá a responsabilidade penal se é parcial, precisa, específica e necessária para a realização da atividade da empresa, e se aqueles a quem se efetuou a delegação se encontravam realmente em situação de cumprir as funções delegadas. Apesar da delegação, uma pessoa poderá ser declarada responsável penalmente no sentido deste artigo, se houver efetuado a seleção, vigilância e controle do pessoal sem o cuidado exigível ou se a organização da empresa houver sido realizada, de maneira geral, sem o devido cuidado.”

⁴¹⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 190; SCHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas, p. 139: “Los mismos principios valen también para la intervención de un *subempresario* autónomo, cuyo comportamiento no da lugar a una posición de garante por falta de dominio personal; de tal forma, que una responsabilidad de la dirección de la empresa sólo entra en consideración cuando o bien se ha delegado en un subempresario que es claramente de poca confianza, o bien no se han tomado medidas contra el descuido de la seguridad técnica en trabajos sobre objetos del patrimonio empresarial que se encontraban bajo su custodia.”

desempenhados dentro de uma empresa, representam a linha divisória do risco autorizado pela ordem jurídica⁴¹⁸, entendendo-se que seu desrespeito representa aumento desautorizado do risco, podendo fundamentar a imputação em caso de um resultado lesivo decorrente deste aumento.

Quanto a este último ponto, entretanto, uma polêmica persiste na teoria da imputação objetiva, relativa ao chamado “comportamento alternativo lícito”. Este é o caso no qual fica comprovado que, mesmo diante do cumprimento dos deveres de cuidado por aquele obrigado a tanto, o resultado produzir-se-ia igualmente ao que se sucedeu na ausência do cumprimento de tais deveres.

Argumenta-se indevida a imputação nestes casos, pois se entende que não é possível afirmar que a conduta contrária ao direito chegou a criar ou aumentar um risco desautorizado, uma vez que a conduta conforme o direito levaria ao mesmo resultado⁴¹⁹. Nestes casos, entende Roxin que não se pode negar o nexo de causalidade, na perspectiva da teoria da equivalência. Contudo, a solução do caso não pode deixar de passar por critérios normativos da imputação do resultado⁴²⁰.

Nos casos dos delitos omissivos, com maior força, não poderá ocorrer a imputação do resultado, uma vez que a omissão somente pode ser imputada na hipótese em que o comportamento que se omite seja capaz, com grande probabilidade, de evitar o resultado danoso⁴²¹.

De modo semelhante, na hipótese de crime comissivo negligente, entende a

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. Teoria da imputação..., p. 117: “o critério da 'violação do dever de cuidado' nada mais é que uma denominação que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado.”; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 877; FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión, p. 37: “En el ámbito de los delitos imprudentes creo que los pilares fundamentales de la teoría de la imputación objetiva están ampliamente admitidos. Las diferencias son esencialmente de carácter terminológico (y lo mismo cabe decir respecto de la crítica a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos imprudentes). Unos hablan de creación del peligro desaprobado por parte del autor; otros utilizan el vocabulario tradicional de la dogmática del delito imprudente y exigen la presencia de una conducta contraria al deber de cuidado por parte del autor.”

⁴¹⁹ FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 29-30: “Finalmente existe también acuerdo sobre el segundo grupo significativo de problemas de los que se ocupa la cláusula de realización del riesgo: se admite que el resultado producido no debe imputarse al autor cuando éste se habría producido igualmente en caso de que la conducta del autor hubiera sido ajustada a Derecho.” Cf. también DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 338: “verificando-se que tanto a conduta indevida, como a conduta lícita “alternativa” produziriam o resultado típico, a imputação deste àquela traduzir-se-ia na punição da violação de um dever cujo cumprimento teria sido inútil, o que violaria o *princípio da igualdade*.”

⁴²⁰ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 237.

⁴²¹ *Op. cit.*, p. 238.

doutrina dominante pela necessidade de haver nexos entre o resultado e o descumprimento do dever. Assim, caso se demonstre que o resultado seria o mesmo diante do cumprimento do dever, então o tal nexos não estaria presente, não se podendo imputar o resultado à conduta negligente⁴²².

Esta solução, todavia, apresenta o seguinte problema: dificilmente será possível demonstrar que o resultado teria ocorrido ainda que o dever de cuidado fosse observado. Esta demonstração será mais comumente apresentada em termos probabilísticos, variando da menor probabilidade de lesão para a maior probabilidade, que se iguala à violação do dever de cuidado⁴²³.

Por esta razão, figuraria como de grande dificuldade a imputação do resultado à conduta, vez que, caso não demonstrado definitivamente que o cumprimento do dever evitaria o resultado, por benefício ao réu, este deveria ser absolvido⁴²⁴. Diante desta dificuldade, o Supremo Tribunal do Reich Alemão decidiu por diversas vezes inverter a prova para tornar necessária a demonstração não de que o cumprimento do dever evitaria o resultado, mas sim de que o seu cumprimento *não* evitaria este resultado. Sem esta demonstração, portanto, não poderia este raciocínio servir ao benefício do acusado⁴²⁵.

Entretanto, a doutrina aponta que esta solução é insustentável do ponto de vista teórico, vez que não se pode fazer derivar a culpabilidade do indivíduo tão somente da sua incapacidade de demonstrar sua não culpabilidade de forma clara⁴²⁶. Portanto, a teoria do nexos se vê diante do seguinte dilema que expressa sua insuficiência: ou aceita uma solução insustentável do ponto de vista teórico – que se funda sobre uma injusta presunção de culpa –, ou aceita uma solução insustentável do ponto de vista prático, dificultando

⁴²² *Op. cit.*, p. 244. “a imputação pressupõe que entre a violação do dever e o resultado exista um determinado nexos, isto é, que a realização do tipo 'se baseie' na violação do dever de cuidado. Se o resultado se tivesse produzido mesmo com uma conduta conforme o dever, faltaria o necessário nexos fundamentador da responsabilidade e haveria que absolver.”

⁴²³ *Op. cit.*, 247.

⁴²⁴ FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 30. “Sin embargo, pese a existir acuerdo en la nueva teoría de la imputación en lo concerniente a estos aspectos básicos, éste desaparece cuando – como ocurre con frecuencia – no puede explicarse si el resultado hubiera podido evitarse o no mediante una conducta conforme a Derecho. La opinión absolutamente dominante niega la imputación del resultado en estos casos, pues no puede determinarse que el resultado sea consecuencia de la creación del riesgo desaprobado. Ésta es también la opinión de la jurisprudencia (si bien siguiendo la terminología de la falta de causalidad de la infracción del deber o de la ausencia del nexos de antijuridicidad).”

⁴²⁵ Como exemplo, podemos citar mencionar o chamado “caso da novocaína”, referido por ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais...*, p. 248. (Sentença não publicada do RG de 15-10-1926).

⁴²⁶ EXNER, *Frank-festgabe I*, p. 588 *apud* ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 248.

sobremaneira a condenação, quando ela deveria ocorrer⁴²⁷.

Diante disso, afirma Roxin que, na hipótese em que seja impossível determinar empiricamente se a conduta do autor aumentou de forma desautorizada o risco permitido, então, deve-se condenar o indivíduo, pois os deveres de cuidado visam estabelecer um padrão objetivo de análise do que seja o perigo admitido, sendo que o atuar fora deste parâmetro torna-se responsabilidade única do agente⁴²⁸.

Entendemos, na linha do que argumenta Roxin, que o atuar fora da margem de risco autorizado torna o âmbito de responsabilidades do agente mais amplo do que quando atua em conformidade com seus deveres de cuidado. Assim sendo, desejando ou aceitando o resultado o agente e, violando um dever de cuidado, o resultado decorrente de sua ação deve a ele ser imputável quando impossível demonstrar conclusivamente que o cumprimento dos deveres de cuidado em nada teriam ajudado na evitação do resultado⁴²⁹.

Entretanto, em conformidade com posicionamento que já expusemos, não haverá responsabilidade quando houver descumprimento dos deveres de cuidado sem que haja concomitante intenção de provocar o resultado ou sua aceitação, salvo quando prevista a modalidade culposa do crime, o que não ocorre na legislação brasileira relativa à lavagem de dinheiro.

⁴²⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentales...*, p. 249.

⁴²⁸ *Op. cit.*, p. 260. “Na verdade, se de acordo com o estado actual da ciência não se pode determinar com segurança se uma actuação aumenta ou não o perigo admitido pelo legislador, o certo é que esses casos não são iguais aos do risco permitido, e será correcto punir o agente se tal conduta provocar a lesão de um bem jurídico.”; O mesmo em ROXIN, Claus. *Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia*, p. 1548: “Según mi concepción, la omisión de la conducta debida es en semejante caso causal para el resultado, porque es la condición de otra forma de producción del mismo. El concreto curso causal, que há causado el resultado, es consecuencia de la omisión y, por tanto, imputable al omitente como realización imprudente o dolosa del tipo. El que el resultado, también se hubiera podido producir con la adopción de la conducta debida, si bien de otra manera y con menor probabilidad, constituye, como yo lo denomino, 'un riesgo residual permitido, que no puede excluir la imputación del riesgo no permitido que de hecho se há realizado'.” Ver também FRISCH, Wolfgang. *Idem ibidem*: “Una postura frontalmente opuesta, la denominada teoría del incremento del riesgo, aboga por la imputación del resultado en estos casos oscuros, contentándose con que esté claro que el agente mediante su conducta ha aumentado el peligro de la producción del resultado.” Na mesma linha CERLETTI, Marco L. *La realización de riesgos prohibidos – principios y sistematización de los criterios desarrollados por Günther Jakobs*, p. 223: “Tampoco es relevante lo que habría sucedido si con una conducta alternativa conforme al derecho de todas formas se hubiera producido el resultado. Las hipótesis carecen de importancia, y en tanto el riesgo evaluado explique el resultado producido, éste le es imputable.”

⁴²⁹ O inverso é também verdadeiro, considerando que o respeito aos deveres de cuidado terminariam por excluir a tipicidade da conduta. Caso muito comum nas hipóteses de operações financeiras que dependem de autorização administrativas para que se realizem de forma lícita. Ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 144. “Por primeiro, há de se ver que, do ponto de vista de unidade do ordenamento jurídico, um comportamento baseado em uma autorização (administrativa) não pode ser considerado (penalmente) antijurídico, enquanto que o oposto também pode se dar.”

Portanto, temos que o problema envolvendo o comportamento alternativo lícito é de fácil solução, pois em nada diverge dos demais casos. Em suma, pode-se afirmar que a omissão dos deveres de cuidado pertencentes a um determinado papel social, torna-se relevante no juízo de imputação, em razão da administração do risco concreto que se objetiva com a existência dos referidos deveres⁴³⁰. Ainda assim, isto não implica que se possa abdicar de elementos subjetivos.

4.2. Negócios standard e condutas padrão

As chamadas “condutas neutras” – ou condutas padrão, negócios *standard* – referem-se a condutas consideradas cotidianas e que ocorrem de maneira regular e padronizada. Dá-se o nome de condutas neutras, pois seriam *a priori* neutras em relação ao delito que eventualmente facilitem⁴³¹.

Assim, é preciso chamar atenção para o fato de que o problema das condutas neutras remete à utilização, por um terceiro que age dolosamente, de uma prestação, via de regra, padronizada⁴³². São ações que não têm, a princípio, um sentido delitivo, mas sim de meras prestações do dia-a-dia, como a venda de pães em uma padaria, o contrato de transporte por um taxista ou o recebimento de um depósito à vista pelo caixa de um banco comercial⁴³³. Inobstante sua aparente neutralidade, ações cotidianas interagem

⁴³⁰ Embora não seja possível no espaço deste trabalho dedicar maior atenção à questão, importante notar a tênue linha que separa estas ideias de uma tendência à adoção da responsabilidade objetiva em direito penal. Ainda que as ideias se assemelhem, julgamos incorreta a aproximação de pronto, pois entendemos necessária a demonstração *in concreto* do dolo ou da culpa, tendo os deveres de cuidado como parâmetros adicionais, especialmente no âmbito dos crimes negligentes/imprudentes e dos delitos cometidos com dolo eventual. Assim, a responsabilidade penal segue sendo subjetiva, mas o comportamento passa a ser avaliado tendo em vista também elementos normativos e sociais.

⁴³¹ SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações, p. 454. “Negócios 'standard' podem ser definidos, portanto, como aquela atividade realizada por um determinado indivíduo que, aos olhos de terceiros imparciais, não possuem caráter ilícito, mas que pode, quando conhecidos outros fatores que circundam aquelas atividades, assumir um caráter ilegal. Ações neutras, por si, possuem uma natureza 'normal' ou cotidiana, elas não exigem maiores explicações para sem realizadas em sociedade e apenas ingressam no âmbito penal quando contextualizadas numa atividade criminosa. O problema central que as envolve, atualmente é a questão da caracterização da participação através delas.”

⁴³² BLANCO CORDERO, Isidoro. *Limites a la participación delictiva – las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 26. “A juicio de Jakobs, son aportaciones inocuas y cotidianas que sólo mediante la puesta en práctica de los planes de un tercero dan lugar a un curso causal susceptible de producir un daño.”

⁴³³ BLANCO CORDERO, Isidoro. Negócios socialmente adequados y delito de blanqueo de capitales, p. 265. “la doctrina más moderna califica como 'neutrales' desde un punto de vista jurídico determinados

rotineiramente com outras ações no âmbito do crime de lavagem de dinheiro, podendo mostrar-se como desprovidas deste caráter neutro⁴³⁴.

Como demonstrado anteriormente, ao se aplicar a teoria da equivalência das condições na situação específica em que um indivíduo contribui para o resultado delitivo por meio do aporte de uma ação neutra, ter-se-ia por consequência a ampliação demasiada da responsabilidade penal a casos que, do ponto de vista político-criminal, pareceriam absurdos⁴³⁵. Também o finalismo, neste contexto, não acrescenta grandes critérios de delimitação da responsabilidade, vez que apenas a restringe no âmbito do tipo subjetivo⁴³⁶.

Entretanto, as possibilidades de situações envolvendo ações neutras são praticamente infinitas. Poder-se-ia perguntar, portanto, se a responsabilidade penal seria ou não mantida nas seguintes hipóteses: (i) ainda que a ação fosse padronizada e cotidiana, o seu autor a realizasse visando o resultado delitivo; (ii) que o resultado delitivo não fosse desejado nem aceito, mas que a ação neutra sofresse adaptação no sentido de adequar-se às necessidades do terceiro, ainda que em prejuízo de normas específicas de cuidado.

A primeira tentativa no sentido de limitar a responsabilidade penal ainda no âmbito do tipo objetivo, tendo em vista ações socialmente aceitas e corriqueiras, foi a teoria da adequação social⁴³⁷, conforme proposta por Hans Welzel.

comportamientos que, como dice Hassemer, se caracterizan por ser actuaciones diarias, albergan en sí mismas el carácter 'normal', son sociales sin necesidad de otras explicaciones.”

⁴³⁴ CABANA, Patricia Faraldo. Los autores de blanqueo de capitales en el código penal español de 1995 – especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales, p. 160. “En la actualidad se debate intensamente el problema de los comportamientos neutrales, normales o socialmente adecuados en el marco de la teoría de la participación y del encubrimiento. Piénsese en los proveedores de bienes y servicios que los suministran al delincuente, por ej. en el abogado que le defiende judicialmente, en el asesor fiscal que le aconseja cómo invertir, en los empleados de banca que le atienden, en el notario que elabora las escrituras, etc.”

⁴³⁵ A dogmática penal, há muito, entende que as ações cotidianas não devem ser tidas como penalmente relevantes, em razão de sua adequação com a vida em sociedade, segundo um desenvolvimento histórico. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. p. 390.

⁴³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 392. Já no caso de existência de dolo, a ação deixaria de ser neutra em razão da orientação da ação no sentido de alcançar o resultado delitivo. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Negócios socialmente...*, p. 273. “Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y ha de ser punible si se realiza con dolo directo”

⁴³⁷ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 21. “Quando falamos em ações neutras, a primeira ideia que vem à cabeça, quase de modo automático, é a da adequação social. Pois nada há de mais natural que identificar ações neutras com ações socialmente adequadas.”-

4.2.1. Adequação social e adequação profissional

A teoria da adequação social tem por fundamento a ideia de que os tipos penais se referem a condutas socialmente existentes que sejam contrárias à ordem histórico-social dessa mesma sociedade. Assim sendo, é possível se falar em condutas atípicas, embora abarcadas pelo tipo objetivo do delito, por se inserirem na normal marcha histórico-cultural da sociedade.

Para Reale Jr., a adequação social representa uma situação em que o desvalor do resultado é relevado pelo aspecto positivo da conduta. Em outras palavras, a ponderação valorativa que se faz da ação como socialmente adequada – portanto, aceita – afasta o injusto da ação, excluindo a conduta do âmbito de atuação do direito penal⁴³⁸.

No caso da lavagem de dinheiro, o mesmo significaria dizer que prestações realizadas pelo agente financeiro dentro do âmbito habitual de atuação não poderiam ser interpretadas como típicas do ponto de vista objetivo, uma vez que se apresentariam como ações cotidianas, ou ações neutras⁴³⁹. Evidentemente, esta solução não é desejável⁴⁴⁰ e nem é a opção refletida na legislação pátria, considerando-se o sistema de prevenção à lavagem de dinheiro existente no país, que impõe deveres especiais de cuidado aos agentes financeiros⁴⁴¹.

Embora a ideia de adequação social seja interessante, ela não chega a ser uma contribuição final ao assunto, visto que a adequação social não é um instituto de fácil delimitação para a aplicação pela dogmática penal. Em outras palavras, os limites do

⁴³⁸ REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*, p. 154: “O valor positivo da ação elimina o desvalor do resultado, até porque busca-se, no final, um resultado também reconhecido como socialmente positivo.”

⁴³⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. cit., p. 277. “Segun esta teoria, quedarían excluidas del tipo del delito de blanqueo de capitales las operaciones mercantiles de la vida diaria que se muevan dentro del ámbito de lo normal, de los límites de una gestión ordenada.”

⁴⁴⁰ CABANA, Patricia Faraldo. Los autores de blanqueo... , p. 163. “Ahora bien, se entiende mayoritariamente que este criterio resulta demasiado indeterminado en su aplicación al delito de blanqueo. Y es que esta figura delictiva puede cometerse perfectamente en el ejercicio de actividades inicialmente lícitas, piénsese en el abogado que actúa como mandatario en la constitución de una sociedad mercantil o que recibe el encargo de realizar una serie de adquisiciones para su cliente por lo que se hace necesario buscar la respuesta a por qué se prohíben conductas aparentemente normales en otro lugar sistemático.”

⁴⁴¹ RIOS, Rodrigo Sanchez. Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal, p. 159. “Ressalte-se, assim, que a ideia do critério da adequação social compreenderia também as situações de produção dolosa do resultado nas quais o autor tenha cumprido com o dever de cuidado dele exigido.”

socialmente adequado não são facilmente apreendidos, o que contrasta com a necessidade de segurança e taxatividade do direito penal⁴⁴². Além disso, a teoria da adequação social permite afirmar que uma conduta lesiva a um bem jurídico seja considerada atípica apenas porque é comumente aceita na sociedade, o que pode ser indesejável⁴⁴³. Por fim, afirma-se que, embora correta em seus resultados, a teoria da adequação social seria obsoleta em relação ao ferramental colocado à disposição pela moderna teoria da imputação objetiva⁴⁴⁴.

Quanto à crítica relativa à imprecisão do que se entende por adequação social, seus defensores respondem que não se trata de critério mais ambíguo que o critério de risco permitido, utilizado pelos autores da imputação objetiva. Ademais, afirmam que o conceito de adequação social pode e deve ser concretizado na interpretação das próprias normas jurídicas, que também se apresentam como enunciados inicialmente abstratos concretizados pelo intérprete⁴⁴⁵.

⁴⁴² ROXIN, Observaciones sobre la adecuación..., p. 82: "Por una parte de la literatura es rechazado por peligroso para la seguridad jurídica debido a la indeterminación de sus parámetros, y por superfluo en relación con los métodos de interpretación reconocidos. Otros autores sólo quieren admitirlo como recurso de interpretación." Ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. Ver também GOMEZ, Mario Maraver. Op. cit., p. 226: "Por lo demás, tampoco puede decirse que la teoría de la adecuación social haya tenido una gran aceptación entre la doctrina. Ello puede haberse debido a diferentes razones: en primer lugar, a esa transformación teórica y sistemática a la que fue sometida por parte del propio Welzel; en segundo lugar, a su carácter ambiguo o impreciso y, en tercer lugar, a los reparos existentes ante la referencia a lo social. Las principales críticas que se han hecho a esta teoría de la adecuación social se encuentran, de alguna manera, relacionadas con esas mismas razones."

⁴⁴³ SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal..., p. 452. "em última instância, isso implicaria na conferência do atributo de legalidade a tudo quanto fosse aceito pela sociedade em um dado momento histórico."

⁴⁴⁴ ROXIN, Observaciones sobre la adecuación..., p. 83: "Mi tesis es: la adecuación social es un principio, correcto en su tendencia, para la creación del perfil de la figura delictiva y, por eso, una causa de restricción del tipo que nada tiene que ver con la antijuridicidad y la culpabilidad, pero que hoy puede ser reemplazada por instrumentos hermenéuticos más precisos." e nas pp. 92-3: "Ciertamente, para definir el riesgo permitido se precisa ponderaciones cuidadosas sobre la aceptabilidad social de un comportamiento, las cuales a menudo se condensan en detalladas medidas de seguridad. Pero estas valoraciones sociales, que en buena medida son en mucho 'prejurídicas', ingresan desde un comienzo en la imputación del resultado y no precisan ser nuevamente decantadas mediante el correctivo posterior de un juicio de adecuación social, la mayoría de las veces impreciso y discutible."

⁴⁴⁵ GOMEZ, Mario Maraver. Op. cit., p. 228-9. "Entre las razones que han llevado la doctrina a optar por otros criterios de delimitación del tipo se encuentra el carácter ambiguo e impreciso que le ha sido criticado al criterio de la adecuación social. Se ha dicho, efectivamente, que se trata de una especie de eslogan sin contenido claro, impreciso, difícilmente determinable y de poca utilidad para la interpretación del tipo. Todo ello podría conducir a una inseguridad en la interpretación de los tipos contraria al principio de legalidad. A este respecto, cabe decir, por una parte, que semejante grado de imprecisión podría predicarse de otros criterios utilizados para la delimitación del tipo. Todo ello podría conducir a una inseguridad en la interpretación de los tipos contraria al principio de legalidad. A este respecto, cabe decir, por una parte, que semejante grado de imprecisión podría predicarse de otros criterios utilizados para la delimitación del tipo, incluido el riesgo permitido. Por otra parte, que nada impide que la adecuación social pueda ser concretada en otra serie de criterios más precisos, ya que lo único que pretende es ofrecer una fundamentación general para la interpretación de los tipos penales en atención a la necesaria relación entre las normas penales y las valoraciones sociales. Finalmente, que la adecuación

Deste modo, ficaria claro o papel hermenêutico desempenhado pela ideia de adequação social. Esta não seria útil apenas nos casos em que a ausência de regras jurídicas torna complexa a solução do problema concreto, mas também para a própria compreensão das regras jurídicas eventualmente existentes em uma dada hipótese⁴⁴⁶. A questão de fundo, neste contexto, identifica-se com a ideia de que ao direito penal cabe a proteção de bens jurídicos, mas tendo em vista, antes, as efetivas necessidades de convivência social⁴⁴⁷.

Hassemer, neste contexto, destaca-se por oferecer maior concretude à tese inicial de Welzel, construindo o que seria compreendido por adequação profissional. Trata-se de reconhecer a existência de microssistemas de regras, aplicáveis apenas a pequenos grupos da sociedade, que, porém, são reconhecidas pelo ordenamento jurídico como critérios de organização destes subgrupos sociais⁴⁴⁸.

Sendo assim, trata-se de vincular a “conduta cotidiana” a um modo de proceder padronizado de um determinado grupo profissional, que age por meio de vínculos normativos, como códigos de ética ou regras de ofício (*lex artis*)⁴⁴⁹. Esse raciocínio

social no hace referencia a una realidad social separada del derecho, sino que debe interpretarse también a partir de las propias normas jurídicas.”

⁴⁴⁶ Op. cit., p. 231.

⁴⁴⁷ ROXIN, Observaciones sobre la adecuación..., p. 86. “... los bienes jurídicos son protegidos desde un comienzo por el derecho penal no de manera absoluta, sino en una vinculación social referida a las necesidades de la convivencia social.”

⁴⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*, p. 392. “Ao entender que a sociedade é formada por diversos grupos e não de forma monolítica, assevera que muitos pequenos grupos possuem regras, as quais podem complementar a noção normativa social. Ao serem realizadas diferentes etapas de compreensão, delineia o que entende por adequação profissional. Inicialmente, procura saber em que medida o comportamento de determinado grupo já se encontra regulado. Em seguida, busca-se a compatibilidade destas regras com as do ordenamento jurídico-penal. Muito embora o grupo não venha a vincular a sociedade, na medida em que suas regras são públicas e o direito acaba por reconhecê-las, passam a gozar de reconhecimento.”; SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal..., p. 452. “A teoria da adequação profissional aproxima-se muito da adequação social. No entanto, nela a ‘normalidade’ é definida com base nas regras de conduta cristalizadas para determinada atividade profissional, ou seja, em princípio não seriam possíveis aquelas condutas que, ainda que proporcionem o cometimento de um crime pela pessoa que contrata o serviço, sejam realizadas em conformidade com as normas da atividade.”

⁴⁴⁹ SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal..., p. 453: “A aplicação dessa teoria é particularmente justificável e difundida no caso dos agentes financeiros que, tendo realizado todos os cadastros de verificação previstos pelas normas bancárias, por exemplo, realizam uma transferência de dinheiro para uma conta de investimentos situada em um paraíso fiscal, ou seja, quando fornecem um serviço dentro dos padrões e condições, segundo os quais seus clientes os poderiam solicitar a qualquer outro profissional sem levantar suspeitas.”; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras...*, p. 393: “Elas devem, pois, dizer respeito à atuação de alguns indivíduos, mesmo em molduras preexistentes, quer organizacionais, quer profissionais. Em outras palavras, não se trata de qualquer questão a ser pretensamente incriminada, mas de eventos que se dão em campos socialmente pré-estruturados em âmbito estrito. Estes não são toleráveis unicamente por considerações fáticas, mas também com vínculo normativo”; No caso específico da participação do advogado no delito de lavagem de dinheiro, por exemplo, vide o argumento apresentado em SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A temática da lavagem de capitais e o recebimento de honorários por parte do advogado criminalista, pp. 13-4: “De forma

poderia, por conseguinte, servir ao setor de serviços financeiros, como critério delimitador da participação em eventuais delitos cometidos por seus clientes⁴⁵⁰.

A tese da adequação profissional sofre com críticas semelhantes às apresentadas contra a adequação social. A delimitação intentada por Hassemer não chega a estreitar satisfatoriamente o amplo rol de condutas que poderiam ser consideradas profissionalmente adequadas, tornando a aplicação da teoria suficientemente insegura. Ademais, a teoria leva a crer que a adoção de um determinado procedimento de forma padronizada por membros de uma profissão, poderia tornar adequada uma conduta que deve ser considerada punível, ainda que praticada de maneira generalizada⁴⁵¹.

Diante dessas considerações, mostram-se necessários diferentes critérios de delimitação da responsabilidade penal nos casos envolvendo ações neutras, sendo insatisfatórias a teoria da adequação social e da adequação profissional apresentadas até o momento. Por esta razão, passamos a descrever outras propostas de solução apresentadas pela doutrina penal, terminando por expor nosso próprio entendimento acerca de cada uma das propostas.

4.2.2. A proibição de regresso

A concepção tradicional vigente afirma que toda causação evitável (dolosa ou culposa) de um resultado, nos delitos comissivos, é imputável ao seu responsável, ainda que este comportamento seja instrumentalizado por terceiros⁴⁵². Esta concepção é

sintetizada, assevera-se que uma atuação pautada no cumprimento das regras deontológicas da profissão, atinentes à normativa extrapenal referente às suas prerrogativas, capaz de demonstrar a inexistência de qualquer liame de instrumentalidade com a conduta do agente do delito principal, revela-se suficiente para se interpretar restritivamente a figura típica da lavagem, optando-se pela solução do tipo objetivo e defendendo-se a atipicidade da conduta conforme o magistério de Perez Manzano."

⁴⁵⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem...*, p. 160-1. "Um importante esclarecimento se impõe nesse momento da exposição para não se afastar do objeto da investigação: conforme visto, o critério da adequação social na sua origem serviria como instrumento de exclusão da tipicidade de comportamentos socialmente adequados e poderia ter utilidade como critério de interpretação no marco do favorecimento de delitos alheios.

"Nesse último caso, os estudos doutrinários apontam a atividade bancária em relação aos fatos delitivos de seus clientes. As conclusões obtidas coincidem em justificar a impunidade do empregado bancário mediante a aplicação da teoria da adequação social. Nesses termos, seria socialmente adequada a conduta conforme às normas da atividade, sem embargo de favorecer, conscientemente, o delito de terceiro."

⁴⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Idem ibidem*.

⁴⁵² JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado, p. 241.

influenciada pela teoria da equivalência das causas, segundo a qual uma causa equivalente para o resultado deve ter por consequência uma imputação equivalente⁴⁵³.

O que pretende a teoria da proibição de regresso, conforme formulação de Jakobs, é recortar o tipo objetivo para excluir a imputação nos casos em que o resultado apenas tenha sido atingido por mediação dolosa de um terceiro⁴⁵⁴. A proibição de regresso, então, se refere ao fato de que aquele que atua em primeiro lugar não pode ser considerado como responsável pela utilização delituosa que faça de sua conduta aquele que atua em segundo lugar, quando tenha o primeiro agido de forma socialmente adequada, é dizer, de acordo com a expectativa fundada em seu papel socialmente desempenhado⁴⁵⁵.

Em outras palavras, o âmbito no qual se insere a questão da proibição de regresso consiste nas hipóteses em que o interveniente executa uma ação cotidiana e inócua, que, apenas pela atuação de um terceiro que age dolosamente, transforma-se em um curso causal lesivo⁴⁵⁶. A questão, portanto, se resume a distinguir os casos de intervenção imputável daqueles em que o tipo é realizado unicamente por um terceiro que se aproveita de uma situação provocada pelo interveniente⁴⁵⁷.

A teoria atual da proibição de regresso, conforme apresentada, difere da teoria original. Isto, pois, segundo a original teoria da proibição de regresso, apenas o aproveitamento, por um terceiro que age dolosamente, de uma ação de outrem, que atua culposamente, não pode ser a este imputado⁴⁵⁸. A ideia por trás de tal teoria consiste na criação de uma nova cadeia causal por aquele que se aproveita da atuação alheia. Não

⁴⁵³ Op. cit., p. 242.

⁴⁵⁴ Op. cit., p. 245; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Imputação objetiva e crime culposos*, p. 101.

⁴⁵⁵ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza', p. 218. "Prohibición de regreso" es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma. Quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento. Más bien se encuentra ante él como cualquiera y responde por tanto, a lo sumo, por la lesión de garantías dotadas de otra fundamentación o por omisión de socorro."

⁴⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, p. 842.; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Op. cit.*, p. 101-2.

⁴⁵⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Limites a la participación delictiva – las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 44. CALLEGARI, André Luis, Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, p. 470.

⁴⁵⁸ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso, p. 19. "La teoría de la prohibición de regreso afirma que la intervención imprudente em una realización dolosa y plenamente responsable del tipo es impune."

haveria, portanto, nexo de causalidade entre a ação culposa e o resultado apenas produzido graças ao aproveitamento doloso realizado pelo terceiro⁴⁵⁹.

Muitas críticas foram feitas a essa teoria, tendo ela sido praticamente abandonada pela doutrina atual, dando lugar à moderna teoria da proibição de regresso⁴⁶⁰. O primeiro argumento contrário à teoria original consiste em verificar que, ao contrário do que se afirma, não há interrupção do nexo causal – pelo menos da cadeia causal natural⁴⁶¹. A segunda objeção à teoria, por sua vez, consiste no fato de que a maior parte dos casos de participação por meio de ações neutras decorre de ações dolosas e não culposas, o que afastaria a aplicação da original teoria da proibição de regresso⁴⁶².

A problemática da imputação, nesses casos, segundo Jakobs, remete ao problema fundamental da função do direito penal. Sendo assim, a equivalência das causas faz sentido desde uma perspectiva do direito penal *ex ante*, voltado à proteção de bens jurídicos contra resultados lesivos evitáveis⁴⁶³. Embora faça sentido, isto não quer dizer que seja necessária à imputação, vez que a proibição do resultado poderia se dar com base em proteção jurídica de outra natureza que não a penal⁴⁶⁴.

Porém, Jakobs entende que a função do direito penal não é a de proteção de bens jurídicos, mas sim a função *ex post factum* de estabilização de expectativas sociais⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação, p. 24. “A original teoria da proibição de regresso dizia que, se um terceiro intervém dolosamente após a prática de uma ação culposa, quem praticou a ação culposa ficaria isento de pena. A ação dolosa culpável é livre, estando, por isso, além do domínio da lei causal, de modo que não se poderia falar em causalidade. A ação dolosa culpável do terceiro interromperia, portanto, o nexo causal.”

⁴⁶⁰ *Op. cit.*, p. 27. “Haveria, contudo, uma nova teoria da proibição de regresso, em que os problemas de intervenção de um terceiro que age dolosamente não são tratados no plano da causalidade, mas sim no da imputação objetiva. ... Mas, ainda assim, muitos do que hoje falam em proibição de regresso limitam a incidência deste conceito ao âmbito da contribuição culposa. E aqueles autores que a aplicam tanto na contribuição culposa, como na dolosa, veem-se obrigados a precisar o conteúdo deste conceito, a dizer o que exatamente se entende por proibição de regresso.”

⁴⁶¹ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición... , p. 20: “La concepción, antiguamente muy defendida, de que la relación causal se 'interrompe' cuando entremedio aparece un autor que actúa dolosa y culpablemente, no es compatible con la teoría de la equivalencia de condiciones (ni con ninguna otra forma de entender la causalidad)”; GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 25: “o nexo não se interrompe, a causalidade ou está presente ou ausente, e ponto final.”

⁴⁶² GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 26. “... a proibição de regresso não se mostra capaz de resolver os casos de cumplicidade através de ações neutras, justamente por que trata unicamente de isentar de responsabilidade quem age *culposamente*, enquanto na maior parte dos casos de *cumplicidade*, o cúmplice age com *dolo*.”

⁴⁶³ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado, p. 256.

⁴⁶⁴ *Idem ibidem*.

⁴⁶⁵ *Op. cit.*, p. 256-7. “La imputación en cuanto delito sirve para establecer una garantía segura respecto del comportamiento de otros, 'segura' en sentido de que a pesar de la defraudación, del conflicto, no es necesario abandonar la expectativa de que se produzcan comportamientos que no defrauden, y esto supone que, que la expectativa de comportamiento está 'estabilizada contrafacticamente'. Esta estabilización tiene lugar a través de la imputación, en cuanto definición de la 'causa' relevante del

Nesta perspectiva, a questão não se amplia em direção à evitação de um resultado lesivo naturalisticamente inserido em um processo causal, mas se restringe à identificação da causa juridicamente relevante do resultado, isto é, do comportamento humano juridicamente responsável pelo resultado.

Assim sendo, não se pode afirmar a existência de uma expectativa geral de que se omitam todos os atos que causalmente provocam resultados lesivos apenas em sentido naturalístico quando não tenham o sentido normativo de causá-lo⁴⁶⁶. Pelo contrário, apenas serão objeto de imputação aqueles atos que contiverem o sentido objetivo de defraudação das normas e frustração de expectativas baseadas em papéis sociais⁴⁶⁷, pois apenas contra esses deve dirigir-se um direito penal fundado sobre a ideia de estabilização de expectativas⁴⁶⁸.

Deste modo, a discussão passa necessariamente pelas fórmulas para determinação do sentido objetivo do comportamento como delituoso, isto é, como definido por um *plano delitivo*⁴⁶⁹. Neste sentido, Jakobs argumenta que isso ocorrerá quando: a) a causa mediata apenas pode ser definida como parte do plano delitivo, isto é, quando não tiver sentido isoladamente; b) quem causa mediatamente o resultado adapta o seu comportamento em vista do plano de terceiro; e, c) quem causa o resultado mediatamente é garante de que o resultado não se produza, ou que não se produza por uma determinada fonte⁴⁷⁰.

conflicto, mientras que la pena funciona como símbolo de la seriedad de la definición, y en todo caso opera de manera indirecta como medio de prevención en sentido habitual.” A respeito das teorias preventivas gerais positivas, ver ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Direito penal brasileiro – primeiro volume: teoria geral do direito penal*. p. 121; CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, p. 55-6.

⁴⁶⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. p. 67. “a proibição de regresso não anula deveres existentes, mas pode estabelecer que o comportamento atual é, *per se*, insuficiente para gerar responsabilidade.”; JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado, p. 259.

⁴⁶⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 42; CALLEGARI, André Luis, *Op. cit.*, p. 471; GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 36: “E é assim que também se resolve o problema das *ações neutras*. Serão impunes aquelas ações que não violem qualquer papel, pouco importando se quem contribui tem conhecimento de que o terceiro deseja praticar um fato criminoso. Se não houve quebra do papel, este conhecimento será um mero conhecimento especial, insuficiente para fundamentar a imputação ao tipo objetivo.”

⁴⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Idem ibidem*.

⁴⁶⁹ CAMARGO, Antônio Luiz Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 154. “Apresenta Jakobs, no mesmo texto, fórmulas para a apreciação da imputação de fatos ao autor mediato, concluindo que os efeitos causais mediatos devem ser com base num plano delitivo quando se cria diretamente uma situação onde é inevitável de fato ou de direito que se produza a defraudação de expectativas.”

⁴⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 260. “se quien causa de modo mediato no es garante de la evitación de tal curso lesivo (no c) y ni actúa configurando un mundo con plan delictivo (no a) ni lo toma como base de su comportamiento (no b).”; ideia presente também em JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de

Ademais, para este autor, não pode subsistir responsabilização quando a atuação limita-se a uma contraprestação de um negócio cotidiano, como vender pães ou levar um passageiro até seu destino⁴⁷¹. Isto é válido, independentemente do conhecimento acerca intenção particular de cada indivíduo, que se apresenta como totalmente irrelevante para a determinação da imputação⁴⁷².

Em sentido oposto, Roxin critica a proibição de regresso. Sob o ponto de vista dogmático, entende o autor que não se pode defender a interrupção do nexo causal, vez que a conduta é condicional, sob a perspectiva da causalidade⁴⁷³. Ademais, a proibição de regresso contém problemas de ordem dogmática também ao buscar equiparar a participação em caso de negligência à participação em caso de dolo, o que não pode ser feito de maneira incontroversa⁴⁷⁴.

Além desta dificuldade de ordem dogmática, a proibição de regresso ainda enfrentaria problemas de ordem político-criminal. Roxin afirma isto argumentando que a punibilidade daquele que age dolosamente não tem, por si só, o poder de excluir o dever de cuidado que se exige dos demais, em face dos bens jurídicos protegidos⁴⁷⁵. Em oposição,

regreso' y el 'principio de confianza', p. 217.; JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, p. 844-6.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 44.; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Op. cit.*, p. 102.;

⁴⁷¹ Ainda que com os pães se planeje envenenar os convidados de uma festa ou com o transporte o taxista termine por deixar o ladrão em frente à casa que pretende roubar. *Op. cit.*, p. 845.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 45. Trata-se da objeção do curso causal hipotético. Nas palavras de KAI AMBOS, “é de significação também a objeção do *curso causal hipotético*, segundo o qual se argumenta que o autor principal tinha podido receber o apoio de uma outra pessoa ... A isto opõe o entendimento predominante que – igualmente como na imputação “normal” do resultado na autoria – tais cursos causais hipotéticos não devem ser observados (produção de reservas). Se a vítima, por exemplo, pouco depois de um atentado mortal tivesse morrido, mesmo assim, de um ataque cardíaco, o autor do atentado, no entanto, seria responsável por seu ato. Neste argumento, no entanto, resulta problemático o fato de que nos casos normais sempre existe uma conduta (prévia) juridicamente desaprovada ... enquanto nos casos de cumplicidade por ações cotidianas a referida conduta, em princípio, é juridicamente aprovada, isto é, autorizada.” AMBOS, Kai. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*, p. 125.

⁴⁷² SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. P, 455. “Isso é aplicável àquelas situações em que a atividade utilizada pelo criminoso para realizar a lavagem de dinheiro consiste simplesmente na prestação de um ou mais serviços típicos e, por vezes, corriqueiros na profissão daquele que os realiza, sendo proporcionados a qualquer dieta que preencha as condições estabelecidas pelo prestador de serviços.”; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Op. cit.*, p. 106. Sobre a crítica de Roxin, ver BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 48-9.

⁴⁷³ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición... , p. 20: “La concepción, antiguamente muy defendida, de que la relación causal se 'interrumpe' cuando entremedio aparece un autor que actúa dolosa y culpablemente, no es compatible con la teoría de la equivalencia de condiciones (ni com ninguna otra forma de entender la causalidad)”; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁷⁴ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 277.

⁴⁷⁵ *Idem ibidem*. “Não se vê razão pela qual a punibilidade independente do homicida haveria de exonerar outros do seu dever de cuidado, em face da vida de terceiros.”

nestes casos, o eventual reconhecimento da não responsabilidade se deve não em razão da teoria da participação, mas em função do âmbito de proteção da norma⁴⁷⁶.

Luís Greco, por sua vez, acrescenta pertinente crítica relativa à ideia de papel social presente na própria fundamentação do sistema de imputação de Jakobs. Para Greco, não fica claro no pensamento de Jakobs se os papéis sociais devem ser tomados como elementos descritivos da sociedade ou como elementos normativos. Na primeira hipótese, o conceito não resolveria o problema das ações neutras, na medida em que também se reconheceriam papéis sociais contrários à ordem jurídica, tais como o papel do estelionatário, do corrupto, etc⁴⁷⁷. No segundo caso, em oposição, a ideia de papel social seria inerte em relação às ações neutras, vez que se identificaria com as próprias normas jurídicas, nas quais, então, poder-se-ia encontrar algum critério objetivo de solução para o problema apresentado⁴⁷⁸.

Para Roxin, por conseguinte, a solução não reside na proibição do regresso, mas na delimitação do risco permitido, utilizando-se do chamado princípio da confiança, segundo o qual, como veremos, pode-se confiar que, via de regra, os demais cidadãos não cometerão delitos dolosos a partir de interações sociais cotidianas⁴⁷⁹.

De nossa parte, entendemos, ao contrário de Jakobs, que não se deve desconsiderar a importância dos elementos subjetivos na resolução da controvérsia. Isto, pois, na linha do apresentado por Roxin, essa postura terminaria por equiparar os casos em que há dolo e os em que há mera culpa.

Por outro lado, julgamos acertado quando se afirma que não pode haver imputação nos casos em que se trate de mera contraprestação de negócio cotidiano, pois nestes casos se trata de âmbito de risco permitido. Ainda assim, contudo, pensamos ser necessário, em todas as hipóteses, avaliar a existência e o cumprimento de eventuais deveres específicos de cuidado.

⁴⁷⁶ MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Op. cit.*, p. 103.; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, pp. 281 e 293.

⁴⁷⁷ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 40-1.

⁴⁷⁸ *Op. cit.*, p. 41. “Por outro lado, se papel for compreendido em *sentido normativo, jurídico*, a ideia se esvazia. Porque, em sentido normativo, papel é um feixe de normas – com o que a pergunta quanto a se alguém violou um papel se confundiria com a pergunta quanto a se alguém violou alguma norma. O papel nada mais seria do que uma abreviatura de todas as normas que regeriam a conduta de um indivíduo em determinada interação. Faltaria a esta ideia qualquer conteúdo autônomo, pois ela compreenderia somente aquilo que as normas nela contidas já compreendem.”

⁴⁷⁹ MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Idem ibidem*.

4.2.3. O princípio da confiança

Na sociedade de risco, a possibilidade de confiar torna-se central para a convivência⁴⁸⁰. Isto significa que a confiança passa a ser um item essencial para estrutura da sociedade contemporânea, uma vez que sustenta a renovação das relações sociais no contexto em que se vive, sendo incorporada nas atividades básicas do dia-a-dia⁴⁸¹. Para Luhmann, a confiança, neste sentido, atuaria como um redutor de complexidades da sociedade, permitindo o planeamento do futuro⁴⁸².

Como não poderia deixar de ser, também na organização empresarial a confiança exerce um papel de destaque⁴⁸³. A própria divisão de tarefas, base da estrutura empresarial complexa, depende, para seu sucesso, da possibilidade de confiança entre os diferentes setores da empresa⁴⁸⁴, vez que o trabalho se tornaria impossível se cada um tivesse que fiscalizar a todos os demais⁴⁸⁵.

Além disso, só se podem delegar funções caso haja confiança no trabalho alheio⁴⁸⁶. Neste sentido, o princípio da confiança no direito penal opera na medida em que se pode confiar que os terceiros com os quais se lida em uma empresa não cometerão delitos⁴⁸⁷, a

⁴⁸⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*, pp. 76-116.

⁴⁸¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, p. 122.

⁴⁸² LUHMANN, Niklas. *Confianza*, p. 20.

⁴⁸³ MATTOU, Jean-Pierre. Les crises bancaires et financières: une question de régulation? La régulation em question?, p. 172: “La confiance est un sentiment. Comme le notait George Dumézil, elle s’appuie sur la foi qui vient de *fides* (foi) et de *foedus* (pacte, accord, alliance) tous deux venant de la même Racine indo-européenne *beidh* qui a donné en grec *pistis* et qui suggère de manière générale l’idée de confiance. Les Romains ont su montrer que la *fides* n’a pas seulement une dimension morale mais aussi une signification institutionnelle. Et pour la banque et la finance, la confiance c’est l’essence.”. Ver também NOVELLI, José Gaspar Nayme; FISCHER, Rosa Maria; MAZZON, José Afonso. Fatores de confiança interpessoal no ambiente de trabalho, *passim*.

⁴⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 884.

⁴⁸⁵ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza', p. 219.

⁴⁸⁶ *Idem ibidem*. “este principio otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona. O, formulado de otra manera, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad.”

⁴⁸⁷ ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva, p. 105: “uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos.”; Ver ainda, ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso, pp. 29-30: “Un supuesto de riesgo permitido es el principio de confianza, que está reconocido em general para el tránsito vial. Este principio, que rige para la conducción de automóviles, en el sentido de que nadie tiene

menos que se apresentem dados concretos que indiquem o contrário⁴⁸⁸.

Contudo, o princípio da confiança não é absoluto, tendo a sua extensão limitada por fatores como a posição ocupada pelo indivíduo dentro de uma empresa. Como afirma Feijoo Sanchez, “nos casos de divisão vertical do trabalho o princípio da confiança tem um alcance muito mais limitado para o 'superior hierárquico' que nos casos de divisão horizontal, nos quais existe uma relação de igualdade.”⁴⁸⁹

Em outras palavras, a possibilidade de desconhecer a totalidade das atividades de uma empresa e de confiar no trabalho dos outros órgãos desta tem como efeito diversas hipóteses exoneratórias da responsabilidade penal. Assim, seriam impunes aqueles que tivessem interferido, com suas condutas rotineiras, na comissão objetiva de um delito, sem, contudo, o conhecimento do aproveitamento doloso dessa prestação por terceiro. O mesmo, porém, não se poderia dizer dos superiores hierárquicos, a quem incumbiria um dever geral de vigilância⁴⁹⁰.

Sendo assim, o fenômeno da delegação de funções dentro de uma empresa não exclui toda forma de responsabilidade, mas a modifica. Por conseguinte, os superiores não têm a responsabilidade de executar suas próprias diretrizes, mas devem vigiar e controlar o

por qué contar, si carece de indicios especiales, con infracciones (imprudentes o dolosas) a las reglas de tránsito por parte de los demás, puede ser trasladado a los demás ámbitos de relación, en consonancia con lo siguiente: toda persona puede confiar, en el caso normal, en que los otros no cometerán hechos punibles dolosos. Este principio se debe fundamentar a partir de una ponderación – tal como subyace a todo riesgo permitido – entre la libertad humana de acción y las ventajas sociales comúnmente vinculadas a su ejercicio, por un lado, y los peligros inevitables que resultan de ello, por otro.”; GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 28: “Segundo este princípio, ninguém precisa contar com o comportamento antijurídico dos outros antes de realizar cada qual de suas ações. Todos podem, em princípio, confiar em os demais se comportarão conforme é devido.”; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 193; e JAKOBS, Günther. *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, p. 252.

⁴⁸⁸ Esta ressalva é justamente a maior limitação à aplicação do princípio, vez que a inclinação à realização do fato pelo autor do delito é, nos casos de interesse para este trabalho, elemento bastante comum. Ver ROXIN, Claus. *Teoria da imputação objetiva*, p. 105: “pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma *reconhecível inclinação para o fato (erkennbare Tatgeneigtheit)*.”; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 882.; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Imputação objetiva e crime culposos*, p. 103; Cf. ainda GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 29: “Em síntese, o princípio da confiança, apesar de amplamente aceito e reconhecido, não é capaz de lidar com os casos de cumplicidade através de ações neutras, porque nestes costuma haver indícios de que o fato principal a ser cometido, o que configura justamente uma das restrições à aplicabilidade do mencionado princípio.”

⁴⁸⁹ *Op. cit.*, p. 193-4. “en los supuestos de división vertical del trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el 'superior jerárquico' que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad.” (tradução livre)

⁴⁹⁰ RAGUÉS I VALLES, Ramon. *Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales – problemas de imputación subjetiva*, p. 186.

trabalho dos seus subordinados, de modo a assegurar o nível de risco permitido. É exatamente nos deveres de controle, vigilância e supervisão que o princípio da confiança encontra o seu limite para os superiores hierárquicos⁴⁹¹.

Quanto a este ponto, Feijoo Sanchez afirma que não se trata de excluir a possibilidade de confiança por parte dos superiores, mas de assegurar que se confie adequadamente. Segundo este autor, aquele que confia adequadamente não descumpra seus deveres de cuidado. Em suma, a confiança dos superiores deve ser limitada pelos seus deveres de vigilância e supervisão⁴⁹². Atendidos estes requisitos objetivos, a confiança deve permanecer entre superior e subordinado⁴⁹³. Em caso contrário, o resultado pode ser imputado àquele que descumpra seus deveres de vigilância.

Posição diferente é a que sustenta Ragués i Valles, para quem não basta a violação do dever de cuidado ao se confiar, sendo necessária a comprovação do dolo na conduta do superior⁴⁹⁴. No sentido do exposto por este autor, com o que concordamos, apenas seria possível a imputação por simples descumprimento do dever de cuidado na hipótese de a legislação expressamente prever a modalidade culposa do crime cometido.

Sem embargo, a relação entre os deveres de vigilância e o princípio da confiança não se limita ao papel e responsabilidades dos superiores hierárquicos. Há, em algumas empresas, a criação de setores de supervisão, responsáveis justamente por reforçar o controle e a vigilância sobre os riscos inerentes à atividade da empresa. A responsabilidade destes setores de duplo asseguramento não exclui a responsabilidade dos demais, porém complementa a segurança na empresa⁴⁹⁵. Por esta razão, os membros integrantes dos setores de *compliance*, controladoria e auditoria interna não podem gozar da aplicação do

⁴⁹¹ Op. cit., 195-6.

⁴⁹² A mesma ideia aparece em JAKOBS, Günther. La imputación objetiva..., p. 220. “(...) no está permitida la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente em compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; y esto puede suceder recíprocamente.”

⁴⁹³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 196. “El que confia adecuadamente no infringe su deber de cuidado, Por tanto, en realidad se trata de afirmar que no se puede confiar en la buena marcha de la organización empresarial sin ningún tipo de control, vigilancia o supervisión que justifique racionalmente dicha confianza.”

⁴⁹⁴ RAGUÉS I VALLES, Ramon. Op. cit., p. 186.

⁴⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas, p. 141: “Por tanto, los órganos de control específicos necesitan ser instalados solamente en casos de una sobrecarga de trabajo de gran índole o de que exista en realidad una falta de control de la competencia, con lo cual se reduce el deber de cuidado de los titulares del negocio a una *vigilancia de la instancia de control* y, con ello, a una *posición de garante de segundo nivel*.”; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 198.

princípio da confiança⁴⁹⁶, vez que sua tarefa básica é exatamente a de desconfiar para melhor controlar e supervisionar⁴⁹⁷.

Há, ainda, uma outra forma de organização institucional que consiste na contratação de serviços de controle de outras empresas⁴⁹⁸. Neste caso, os deveres dos responsáveis na empresa contratante se modificam, passando de deveres de controle e vigilância acentuados para se fortalecerem os deveres de seleção⁴⁹⁹. Assim, se o processo de seleção da empresa externa ocorreu de forma adequada, pode-se, então, adotar o princípio da confiança, até que haja indícios objetivos de que tal empresa não cumpre satisfatoriamente com sua função⁵⁰⁰.

Quanto a esse princípio, malgrado o entendimento, entre outros, de Roxin, para quem o princípio tem aplicação no dolo eventual⁵⁰¹, entendemos que sua relevância diz respeito unicamente à avaliação quanto ao (des)respeito aos deveres específicos de cuidado. Em outras palavras, significa dizer que o princípio da confiança é válido apenas para aqueles que não possuem “deveres de desconfiança”, sempre que os dados concretos do caso não apontem em direção contrária.

Por este motivo, seu alcance como regra isentiva de responsabilidade deve ser limitado diante da existência de descumprimento de deveres de cuidado, ainda que se trate de dolo eventual⁵⁰². Isto implica a seguinte solução: se um funcionário da área de prevenção à lavagem de dinheiro de um banco deixa de comunicar ao COAF operação que ultrapasse o valor determinado administrativamente como obrigatório de comunicação, ainda que desconheça a origem dos recursos, não poderá afirmar que agiu em conformidade com o princípio da confiança, pois seus deveres de cuidado já denotam um

⁴⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 883.

⁴⁹⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Idem ibidem*.

⁴⁹⁸ RAGUÉS I VALLES, Ramon. *Op. cit.*, p. 185.

⁴⁹⁹ *Op. cit.*, p. 199.

⁵⁰⁰ Com relação aos indícios objetivos de comportamento ilícito de terceiro, que impossibilitam a aplicação do princípio da confiança, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 882.

⁵⁰¹ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición..., pp. 30-1: “También queda impune quien, al vender cuchillos o hachas, actúa con dolo eventual respecto de posibles hechos punibles del comprador. Pues un riesgo permitido está permitido independientemente de la actitud del actuante respecto del resultado; incluso quien no confía puede ampararse en el principio de confianza.”; BLANCO CORDERO, Isidoro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 72-3.

⁵⁰² Contrariamente, ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición..., p. 43. “Tampoco en lo sustancial es correcto que una posición de garante que existe frente a la víctima fundamente en general una responsabilidad más extensa del garante por hechos dolosos de terceros. Pues el principio de que, normalmente, no hay por qué contar con hechos punibles dolosos, alcanza a todas las personas, y, con ello, también a los garantes.”

dever implícito de desconfiança⁵⁰³.

Deste modo, podemos afirmar que, na nossa visão, o princípio da confiança nada mais é que o fundamento da ausência de responsabilidade no caso do cumprimento dos deveres de cuidado e na hipótese de culpa por negligência, isto é, no caso de imprevisão de um resultado previsível. Isto, pois, nestes casos, embora previsível a intenção dolosa do terceiro, estaria o agente autorizado a confiar em sua boa-fé. Em outras palavras, o princípio da confiança seria o “éter” a preencher o âmbito do risco autorizado.

4.2.4. O problema dos conhecimentos específicos

Um dos problemas mais intrigantes relacionados à participação penal por meio de ações cotidianas envolve os conhecimentos especiais detidos pelo agente com relação às intenções do terceiro que se aproveita de sua conduta.

A maior parte da doutrina atual entende como necessário se limitar já no campo da tipicidade a punibilidade do favorecimento de delitos mediante ações neutras. Neste ponto, divergem os autores entre se a restrição deve ocorrer no tipo subjetivo ou já no tipo objetivo. No primeiro caso, tornam-se relevantes os conhecimentos específicos detidos pelo autor⁵⁰⁴.

Roxin, por exemplo, faz distinção entre ações cometidas com dolo direto e ações cometidas com dolo eventual⁵⁰⁵. No primeiro caso – quando o autor sabe que ajuda a um

⁵⁰³ Neste caso, estaria presente o dolo eventual, uma vez que o resultado seria não apenas previsível para o autor, mas seria efetivamente previsto e aceito. Isto ocorre, pois não seria possível aceitar a alegação de que o agente não previra a possibilidade de cometimento do crime, considerando-se a qualificação específica necessária ao funcionário responsável pelo setor de prevenção à lavagem de dinheiro de uma instituição financeira. Em sentido contrário, ver BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro e obrigações civis correlatas*, p. 59., para quem o crime de lavagem de capitais exige dolo direto não sendo compatível com o dolo eventual. Por outro lado, PEREIRA, Flávio Cardoso. *Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?*, *passim*.; ou também DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*, p. 49-50.

⁵⁰⁴ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 55.; SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. p. 454. “Ainda aqui, no entanto, cabe diferenciar entre aquele profissional que presta seus serviços tendo consciência sobre as intenções deliberadas de um cliente, quando será necessário demonstrar que aderiu a elas; e aquele que realiza suas atividades sabendo que ela pode vir a ser empregada para o alcance de uma finalidade criminosa, hipótese na qual deverá ser comprovado que sua conduta extrapolou o risco permitido para à existência de uma aparente disposição criminosa por parte de seus clientes.”

⁵⁰⁵ Ricardo Robles Planas e Kai Ambos classificam Roxin como defensor de teoria subjetiva, pelo acento que

plano delitivo de terceiro com sua ação – seria necessário avaliar a existência de “referência de sentido delitivo” na conduta. Somente haveria tal referência de sentido delitivo quando a ação não tivesse sentido em si ou não tivesse qualquer outro sentido para o terceiro que não o favorecimento de seu delito⁵⁰⁶.

Para este autor, portanto, o conhecimento da única utilidade delitiva da prestação para o terceiro que age dolosamente, faz com que a conduta perca a sua neutralidade, apresentando-se como uma participação punível⁵⁰⁷. No caso do dolo eventual, por sua vez, não seria a conduta punível, pois se deveria dar aplicação ao princípio da confiança, exceto quando já estivesse caracterizada a inclinação ao fato delituoso⁵⁰⁸.

Não aceitamos esta distinção de consequências entre dolo eventual e dolo direto

dá aos conhecimentos específicos do autor da conduta. Por outro lado, Isidoro Cordero Blanco classifica-o como defensor de teoria objetiva. Ver ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos – espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito*, p. 22. e BLANCO CORDERO, Isidoro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 69. Ainda, AMBOS, Kai. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*, p. 125-6: “segundo Roxin, a punibilidade depende, antes de mais nada, do dolo daquele que auxilia em relação ao fato principal. Se ele age com *dolus directus*, isto é, se ele conhece o plano delitivo do autor, leva-se em consideração uma cumplicidade como punível como quando ele considera como possível o aproveitamento da sua contribuição para os fins delitivos no sentido do *dolus eventualis*.”; GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, p. 81: “Roxin constrói seu raciocínio com base numa distinção entre duas hipóteses: na primeira, o partícipe sabe da decisão do autor principal no sentido de cometer o crime: na segunda, o partícipe apenas suspeita desta possibilidade.”

⁵⁰⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Idem ibidem*. Cf. GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 82: “Nos casos em que o partícipe *sabe* do plano do autor principal, a contribuição será punível, se – e apenas se – dotada de *sentido delitivo*. Este sentido delitivo estará presente quando a ação principal tiver, em si, natureza delitiva ... Haverá, além disso, sentido delitivo quando a ação principal for, em si, legal, mas sua utilidade para o autor se esgote no facilitar ou possibilitar a prática de um crime.”

⁵⁰⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro, *Op. cit.*, p. 71. “El sentido delictivo se da en ambos casos, porque el bien adquirido por el autor sólo le reporta utilidad como medio de realización del delito. Cuando el vendedor sabe esto, su acción pierde el carácter de un negocio diario 'neutral' y supone un ataque al bien jurídico.”

⁵⁰⁸ ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición...*, p. 41: “Pues en todas las acciones cotidianas que nos llaman la atención prácticamente nunca puede ser reconocida una eventual propensión al hecho de un autor doloso.” ¿Cómo podría reconocer la propensión al hecho de un autor doloso un panadero que vende panecillos, un inquilino que abre la puerta de la casa o quien meramente da cierta información? Las acciones cotidianas normales son eliminadas, por tanto, ya mediante el criterio de la reconocible propensión al hecho.

“Sólo puede ocurrir de otro modo cuando el primer causante dispone de un conocimiento especial concreto suficiente. Pero, entonces, la 'acción cotidiana' pierde su carácter inofensivo, y ni es socialmente adecuada, ni está cubierta por el principio de confianza.”; GRECO, Luís. *Op. cit.*, pp. 82-3: “Já aquelas contribuições prestadas não na certeza de que o resultado ocorrerá, mas sim em *estado de dúvida*, estarão, em regra, acobertadas pelo princípio da confiança. O agente pode, em princípio, confiar em que o terceiro se comportará conforme ao Direito. Nem toda dúvida cria nele a obrigação de abster-se de praticar a conduta; pois, doutro modo, estar-se-ia institucionalizando uma sociedade da desconfiança, em que cada qual está jurídico-penalmente obrigado a controlar o que terceiros se dispõem a fazer antes de ajudá-los no que quer que seja. (...) Contudo, os casos de dúvida estão isentos de pena somente em princípio: se o partícipe estiver diante de uma *pessoa reconhecidamente inclinada a praticar o fato*, se houver indícios concretos de que o fato será cometido, então teremos uma participação punível.” Ver ainda BLANCO CORDERO, Isidoro, *Op. cit.*, p. 72-3.

feita por Roxin, por entender que não é possível tal interpretação diante de nossa legislação, que não diferencia as modalidades de dolo pelos seus efeitos⁵⁰⁹. Ademais disso, dando-se aplicação a este posicionamento, poderíamos até mesmo chegar a situações em que o tratamento dispensado ao dolo eventual seria mais grave que o dispensado ao dolo direto, pois, quando houver indícios que impeçam a confiança no dolo eventual, está dada a responsabilidade, ao passo que, no dolo direto, ainda seria necessária a demonstração da existência de “referência de sentido delitivo”. Esse tratamento mais gravoso ao dolo eventual é, em nosso modo de entender, despropositado do ponto de vista político-criminal.

Ideia semelhante à de Roxin é sustentada por Isidoro Blanco Cordero, para quem “somente se pode exigir de uma pessoa que se abstenha de realizar um comportamento habitual (ou que não adote medidas adicionais, como se assegurar de que seu comportamento só supõe uma ajuda a outro) quando conhece este dado.”⁵¹⁰ Não é outro o entendimento de Kai Ambos, que, nos termos de Roxin, entende que a existência de conhecimentos especiais prejudica o caráter de neutralidade da conduta⁵¹¹.

Ransiek, por sua vez, adota postura um tanto distinta. Para isso, coloca maior atenção no conteúdo dos conhecimentos daquele que favorece o delito com a sua ação. Segundo o autor, devem distinguir-se os casos em que o agente está relativamente seguro

⁵⁰⁹ No mesmo sentido GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 67. “A minha segunda crítica dirige-se ao *próprio critério*. Não me parece que a diferença valorativa entre dolo direto e eventual seja capaz de justificar consequências jurídicas tão diversas atribuídas à presença de uma ou outra figura: punição, de um lado, liberdade, de outro. Se o próprio legislador só em raríssimos casos faz alguma distinção entre dolo direto e eventual, ordenando, na quase totalidade das hipóteses, a mesma consequência jurídica para os dois, seriam necessários argumentos bastante convincentes para provar que esta distinção tem alguma relevância para o problema das ações neutras. É duvidoso, ademais, que a mera diferença na posição interna existente entre as formas de dolo possa fundamentar uma tal disparidade de tratamento, sem que tal implique num direito penal de ânimo. Isso sem falar que, desde certas recentes investigações, a própria distinção entre dolo direto e eventual vem parecendo cada vez mais duvidosa, uma vez que talvez só haja um único conceito de dolo, que se confundiria com aquilo a que chamamos dolo eventual.”

⁵¹⁰ *Op. cit.*, p. 160. “Y es que sólo se puede exigir a una persona que se abstenga de realizar un comportamiento habitual (o que adopte medidas adicionales, como asegurarse que su comportamiento so supone una ayuda a otro) cuando conoce este dato.” (tradução livre)

⁵¹¹ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 128-9. “A contribuição para o fato alcança a determinação do fim ou do conteúdo do sentido como 'delitivo' ou 'legal', através do *dolo* daquele que auxilia. Este conhecimento positivo acerca da disposição delitiva do autor o torna em co-conhecedor (*Mittwisser*) do fato principal e, com isto, a sua ação em si cotidiana, em uma ação delitiva. ... Problemáticos são apenas os casos nos quais aquele que auxilia, na verdade, não conhece positivamente a intenção delitiva do autor principal, mas considera como possível no sentido de um *dolus eventualis*. Aqui vige o *princípio da confiança* com a consequência de que aquele que auxilia, em princípio, pode partir de que a sua contribuição para o fato seja empregada legalmente, portanto, sua conduta em si mesma neutra, isto é, autorizada, permanece não punível. De qualquer forma, admite-se uma exceção a esse respeito, quando a intenção delitiva do autor principal poderia ser reconhecida, sem mais, por aquele que auxilia”

da comissão futura do delito daqueles casos em que a comissão do delito seja incerta⁵¹². No primeiro caso, o favorecimento passaria a ter sentido delitivo, sendo passível de punição⁵¹³.

Contudo, Ransiek não afirma com precisão quando se poderá dizer que o partícipe tem segurança de que o delito será futuramente cometido, afirmando ser relevante a ideia de proximidade da ação com relação ao delito⁵¹⁴. Em nosso entender, a insegurança desta teoria, por não oferecer limites claros à responsabilização, faz com que seja necessário o seu abandono.

Há, por outro lado, autores como Jakobs e Frisch, que defendem que a ação é neutra quando houver nela outro sentido que não o delitivo⁵¹⁵. Isto é, sempre que ela não depender da continuação pelo autor do delito para que tenha motivação, para que tenha sentido. Assim, o risco autorizado dependerá da existência de um sentido autônomo na ação do partícipe que favorece o delito do autor com a sua conduta⁵¹⁶.

Contra esta posição se levanta Claus Roxin, para quem a fórmula do único sentido delitivo acabaria por limitar demasiadamente a imputação penal. Isto, pois usualmente seria fácil estabelecer outro sentido qualquer à conduta do partícipe, alheio ao sentido

⁵¹² BLANCO CORDERO, Isidoro, *Op. cit.*, p. 85-6. Cf. também GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 102: “Ransiek fala em uma série de casos: primeiramente, serão puníveis o caso da violação de norma que deseja impedir que terceiro cometa crime; depois, o do conhecimento seguro de que o autor principal cometerá o fato. Não haverá punição se o fato só serve para satisfazer necessidades vitais básicas do autor, se a contribuição puder ser utilizada tanto legal, como ilegalmente, e se o partícipe simplesmente se mantiver dentro de sua esfera de liberdade.”

⁵¹³ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 24.

⁵¹⁴ RANSIEK. *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht*, p. 45, *apud*, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Idem ibidem*. “La cercanía del cómplice con respecto al hecho es expresiva; cuanto más cerca esté del hecho, por ejemplo, contempla el suceso, tanto más claro resulta para lo que sirve su aportación.”

⁵¹⁵ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión, p. 28: “Con todo, en relación a esta cuestión, existen aspectos discutidos en el seno de la teoría de la imputación objetiva. Me refiero a los criterios de la autorresponsabilidad o las – aún más discutidas – condiciones bajo las que puede imputarse un resultado a un agente cuando éste pertenece al actuar autorresponsable de un tercero: la solución de estos casos (que antiguamente se resolvían con ayuda de la ‘prohibición de retroceso’ – *Regreßverbot* –) va desde el uso de términos clave como la previsibilidad o el incremento del riesgo, la controlabilidad o finalidad, el principio de confianza o la adecuación social, hasta la imputación sólo en aquellos casos en los que la conducta posee una determinada referencia de sentido en dirección a la conducta delictiva de tercero.” Cf. também GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 74: “conclui Frisch que ações que só através da conduta de terceiros gerem um perigo para um bem jurídico só serão proibidas se já forem, em si, dotadas de *sentido delitivo*. Este critério é de caráter objetivo, e designa aqueles ‘comportamentos que se mostram justamente funcionais no sentido de possibilitar ou facilitar comportamentos delitivos de terceiros, que destes recebem o seu significado, e que muitas vezes esgotam seu sentido no facilitar ou possibilitar o comportamento delitivo de terceiros.’”

⁵¹⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 34.; ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso, p. 33: “Jakobs y, siguiéndolo a él, recientemente también Stratenwerth, quieren aceptar una responsabilidad por imprudencia en el caso de aquellas primeras acciones no dolosas cuya única finalidad concebible consista en el favorecimiento de un delito.”

delitivo primário⁵¹⁷. Por este motivo é que prefere Roxin o exposto critério da única utilidade delitiva, ao agente principal, da prestação do terceiro.

No entanto, Frisch e Jakobs acrescentam ao critério anterior outros critérios. Neste sentido, Frisch considera que a referência de sentido delitivo também pode ocorrer quando a conduta objetivamente leva em consideração os desejos do autor do delito, correspondendo às exigências para a facilitação do crime⁵¹⁸. Jakobs também sustenta algo semelhante quando defende a existência de referência de sentido delitivo na hipótese em que o partícipe adapta o seu comportamento aos planos manifestamente delitivos do autor⁵¹⁹.

Nesta ordem de considerações, para Jakobs, são irrelevantes os conhecimentos específicos daquele que favorece o delito, pouco importando a sua motivação para o favorecimento⁵²⁰. Pelo contrário, entende-se que somente será imputável a participação no delito quando o favorecimento violar expectativas sociais normativamente fundadas e reforçadas⁵²¹, podendo, então, se falar em conhecimentos especiais, apenas se estes corresponderem ao conteúdo do papel social desempenhado⁵²².

No âmbito da divisão de tarefas dentro da empresa capitalista, isto se manifesta relacionando-se a imputação, predominantemente, com o âmbito de responsabilidades assumido pelo indivíduo dentro da estrutura empresarial⁵²³. Isto é, sua responsabilidade penal deve ser limitada pelo papel social desempenhado na organização empresarial, sem interferirem, para tanto, os conhecimentos detidos por aquele que pratica a conduta em

⁵¹⁷ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición..., p. 33. “Por ello, esta solución no es realizable, porque, prescindiendo de algunos casos de participación dolosa, difícilmente pueda haber acciones cuya finalidad sólo pueda consistir, según un juicio abjetivo, en favorecer un delito”

⁵¹⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 35. Mesmo diante de tais critérios adicionais propostos por Frisch, segue a crítica de Luís Greco com relação à imprecisão da ideia de referência de sentido delitivo: GRECO, Luís. Op. cit., p. 79. “A ideia de *sentido delitivo* tem o grave problema da *imprecisão*. Seria pelo menos necessário concretizá-la com base em grupos de casos, o que Frisch até tenta, sem muito sucesso.”

⁵¹⁹ JAKOBS, Günter, La prohibición de regreso en el delito de resultado, p. 260

⁵²⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 36. Os conhecimentos específicos são também irrelevantes para Hassemer, para quem “quien obra de acuerdo con las normas profesionales obtiene con ello la presunción de obrar también de forma atípica. Ello conduce a la impunidad, en general, de las acciones profesionalmente adecuadas, incluso cuando quien las ejecuta sea consciente de que un tercero desviará esa actuación hacia la comisión de un delito” ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 29.

⁵²¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 207.

⁵²² JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza', p. 214-5. “A un rol general corresponden tan sólo conocimientos generales, no especiales. ... En algunos roles que se basan en organización, el titular del rol no se presenta como un sujeto cualquiera, sino que tiene que hacer todo lo que sea necesario ya que introduce un riesgo especial.”

⁵²³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 191

questão, a menos que estes façam parte do papel social desempenhado.

Frisch, por outro lado, entende serem importantes os conhecimentos específicos dotados pelo autor da conduta, ainda que afirme que não se trata com isso de adentrar o âmbito subjetivo do tipo penal. Isto, pois, segundo o autor, os conhecimentos específicos remetem a condições de perigo existentes que, embora não extensíveis a todos os indivíduos, devem ser consideradas por aquele que detém o conhecimento⁵²⁴.

Tal divergência se sustenta no fato de que, para Frisch – ao contrário de para Jakobs – o fundamento da ideia de sentido delitivo não se encontra no apego ao papel social desempenhado, mas antes na idoneidade do critério como protetor de bens jurídicos⁵²⁵. De nada adiantaria para proteção de bens jurídicos punir condutas desprovidas de sentido delitivo. Isto, pois a punição seria inócua quando a prestação necessária à realização do desígnio criminoso de terceiro pudesse ser obtida com qualquer outra pessoa, sem adaptação da conduta ao desejo do terceiro – com o que se criaria desautorizadamente o risco, incluindo aí os conhecimentos especiais –, para a facilitação do delito⁵²⁶.

Segundo Robles Planas, o importante é a caracterização externa de uma conduta. Se a ação se apresenta como objetivamente dotada de sentido delitivo, não será a ausência de uma intencionalidade nesta direção por parte do agente, que excluirá este sentido objetivo⁵²⁷. De igual modo, a intenção do agente de favorecer o delito do autor não dará

⁵²⁴ FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 56: “hay que afirmar que es correcto que en la cuestión relativa a la creación de un peligro desaprobado no puede prescindirse completamente de los conocimientos especiales disponibles por el autor. Las razones de ello ya fueran mencionadas anteriormente: se puede esperar (y se espera de manera racional) que aquel que conoce elementos de peligro que los demás desconocen (es decir, normalmente), los considere en la orientación de su conducta. Si no lo hace se extralimita en su libertad. Sin embargo, es falso que al hacer esto nos estemos moviendo ya en el marco del tipo subjetivo del delito doloso.” De forma semelhante, ainda que por outros argumentos, GRECO, Luís. Op. cit., pp. 118-9: “Talvez alguém rejeite esta conclusão, afirmando que não se pode, de maneira alguma, recorrer a *conhecimentos especiais* do autor no momento de formular o juízo sobre a criação de um risco. Tal juízo deve ser objetivo, isto é, fundar-se somente naquilo que deve saber o homem prudente, portador de determinado papel, e tem forçosamente de abstrair daquilo que sabe ou deixa de saber o autor individual. ... Por ora basta dizer que não há qualquer base para desconsiderar aquilo que o autor sabe no momento da determinação das fronteiras do proibido e do permitido, mais, que um direito penal cuja finalidade é proteger bens jurídicos, e não meramente assegurar o respeito a certos papéis, tem ao menos de poder proibir todas as ações que o agente sabe perigosas.”

⁵²⁵ GRECO, Luís. Op. cit., p. 75. “O fundamento desta ideia do sentido delitivo está em que proibir ações dele carecedoras não é um meio idôneo para proteger bens jurídicos, uma vez que o autor principal poderia obtê-las em qualquer outro lugar, com alguém que ignorasse seus planos.”

⁵²⁶ *Idem ibidem*. “Noutras palavras, ele pergunta se é possível considerar proibidas aquelas ações não dotadas de qualquer sentido delitivo – por ele chamadas negócios normais da vida cotidiana. Em princípio, não: ações não dotadas de sentido delitivo não são ações típicas – a não ser que haja razões especiais para tanto. Tal razão pode ser uma *posição de garantidor*. Outra hipótese em que se proíbem ações não dotadas de sentido delitivo é a da existência de uma *norma geral de solidariedade*”.

⁵²⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 39.

sentido delitivo à sua conduta quando objetivamente não se apresente com tal sentido.

Continua o autor dizendo que não se trata de excluir qualquer relevância das intenções individuais ou dos conhecimentos específicos, mas sim de reafirmar a precedência da norma sobre estes elementos. Assim, somente serão relevantes os conhecimentos normativamente vinculados a atos desaprovados pelo ordenamento⁵²⁸.

Segundo este autor, por conseguinte, a ideia adotada, entre outros, por Roxin e Blanco Cordero, de que o risco autorizado é superado pela existência de conhecimentos especiais a respeito das intenções do delito de terceiro é o mesmo que retornar a uma perspectiva subjetiva⁵²⁹. Portanto, não se poderia adotar, do ponto de vista de uma teoria da imputação objetiva, essa perspectiva apenas aparentemente objetiva.

Figueiredo Dias, contudo, concorda com Roxin no que se refere à importância dos conhecimentos específicos do agente no caso concreto. No entanto, insere esta questão como um problema ligado à alteração das normas de cuidado. Assim, defende que o conhecimento de uma circunstância especial que torne o cumprimento dos deveres ordinários de cuidado inúteis para a evitação do resultado, tornam, para o agente que detém estes conhecimentos, os deveres mais amplos⁵³⁰.

Em outra perspectiva, Kindhäuser discorda que se possa falar de uma coordenação de liberdades como pretendem as teorias funcionalistas radicais e da adequação social ou profissional. Diante do conflito entre liberdade de ação e bem jurídico especificamente protegido, não se pode dar à cotidianidade de uma ação o condão de excluir a tipicidade desta ação em relação ao resultado⁵³¹.

A crítica de Kindhäuser a este raciocínio é a de que não se pode limitar o tipo tão somente com base no comportamento social externo, o que acabaria por tornar irrelevante o conhecimento específico de que gozaria o autor da ação de que, com sua conduta, ainda que conforme um papel social, se estaria a alcançar um fim delitivo⁵³².

⁵²⁸ Idem ibidem.

⁵²⁹ Op. cit., p. 50.

⁵³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, p. 878.

⁵³¹ KINDHÄUSER, Urs. *El denominado riesgo "no permitido"*, p. 9.

⁵³² Op. cit., p. 10. A crítica é, portanto, frontal ao entendimento de Jakobs, para quem, “O risco permitido só se pode determinar de modo relativo e em conformidade com o papel de quem, em cada caso, pode licitamente organizar um âmbito vital. (...) Os conhecimentos especiais não se tomarão em conta, mas existem hipóteses de organização e instituições que privam de seu caráter especial conhecimentos que são especiais nos demais casos. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. p. 54.

Tal posicionamento se sustenta na ideia de que se deve ter em conta que o direito penal não se dirige diferentemente aos cidadãos segundo seus papéis sociais, mas dirige-se a todos de forma igual, tendo em vista sujeitos capazes e seguidores do direito. Assim, é dever de cada um evitar, conforme suas capacidades e conhecimentos especiais, que resultados lesivos ocorram, independentemente do papel social adotado⁵³³.

Como já afirmamos, não deve prosperar a tese de Jakobs no que defende a irrelevância dos conhecimentos específicos. Entendemos que o conhecimento e intenção do agente é um dos elementos essenciais à imputação penal, sendo os deveres de cuidado outro elemento central.

Assim sendo, propomos solução intermediária. Parece-nos impossível, no marco de uma teoria da imputação objetiva, falar-se em imputação sem referência ao nível de risco autorizado, que vem delimitado principalmente por normas que descrevem deveres de cuidado e que podem, expressa ou implicitamente, fazer tais deveres variarem de acordo com o conhecimento de circunstâncias especiais que detenha aquele que atua.

Portanto, entendemos como puníveis apenas aquelas condutas que atendam aos seguintes requisitos: (i) existência de uma conduta voluntária que causalmente tenha provocado o resultado; (ii) que esta conduta tenha sido perpetrada em violação de um dever de cuidado, ocasionando aumento desautorizado do risco; (iii) que haja intenção em atingir o resultado (dolo direto), ou sua aceitação (dolo eventual), salvo quando a legislação expressamente autorizar a modalidade culposa do delito⁵³⁴. Neste contexto, os conhecimentos especiais poderão se situar no tipo objetivo, quando os deveres de cuidado assim o exigirem, mas também no tipo subjetivo, como elemento indiciário do dolo.

Do exposto, tem-se que será impune – pois atípica – a conduta do agente que favorece delito de terceiro quando, ainda que deseje o resultado, não descumpra nenhum

⁵³³ KINDHÄUSER, Urs. *Idem ibidem*. Cf. ainda GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 132: “E, em segundo lugar, *quem sabe mais, também pode mais*, uma vez que mais conhecimento implica em um maior leque de possibilidades de agir para alcançar o que se almeja. E este 'mais' em liberdade precisa ser compensado com um 'mais' em responsabilidade.”

⁵³⁴ Esta solução se assemelha à sugerida por Bernd Schünemann para os casos de responsabilidade de órgãos de direção de empresas. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación, p. 13: “... en lugar de conceptos simplistas y extremos, consistentes en no imputar nunca o imputar siempre las actividades de la empresa a su dirección, es indispensable la solución intermedia, completamente sencilla, de referirse a los principios de imputación que gozan de crédito desde hace más de cien años y continuar desarrollándolos de tal forma que se respeten los dos principios inalterables del Derecho Penal del hecho y del Derecho Penal de la culpabilidad: debe haber una acción u omisión que infrinja una norma y que se haya cometido culpablemente (es decir, de un modo individualmente evitable).”

dever específico de cuidado, atuando dentro do marco autorizado de risco⁵³⁵, salvo quando tenha o dever jurídico de evitar o resultado (garante), quando será obrigado a tudo que estiver ao seu alcance para evitar que o resultado ocorra.

Esse dever jurídico de evitar o resultado, por sua vez, deverá ser verificado dentro da estrutura empresarial da instituição financeira, fixando-se o papel desempenhado por cada funcionário na estrutura de controle e prevenção à lavagem de dinheiro, visto que nem todos os funcionários possuem igual responsabilidade por evitar o resultado lesivo.

Assim, no caso de alguns funcionários, o conhecimento da intenção de um terceiro/cliente em praticar alguma das condutas previstas na Lei n. 9.613/98 pode ser relevante para motivar apenas uma comunicação a um superior hierárquico. Para outros funcionários, porém, tal conhecimento deve motivar a interrupção da operação desejada pelo terceiro/cliente. Haverá ainda intervenientes, como prestadores de serviços pontuais ou funcionários de atividades-meio, sem qualquer responsabilidade sobre os cursos causais lesivos em que indiretamente intervierem, independentemente de conhecimentos especiais que possuam a respeito de um ou outro cliente.

Na mesma ordem de considerações, em consequência da verificação a ser realizada no tipo subjetivo, deve ser reconhecida a impunidade daquele que atua em desconformidade com um dever de cuidado, quando não houver atuado em dolo – quer direto ou eventual – e a legislação não previr expressamente a responsabilidade pela modalidade culposa do crime. Este caso é especialmente relevante no crime de lavagem de dinheiro, vez que, no Brasil, este não pode ser cometido culposamente.

⁵³⁵ FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 39-40. “Con otras palabras, por lo que se refiere al delito doloso en la práctica serán sólo relevantes aquellos casos en los que exista un peligro real desaprobado o que, al menos, el autor parta de su existencia (de manera que se aprecie una tentativa inidónea).”

5. CONCLUSÕES

1. Não obstante as críticas sofridas pela teoria do bem jurídico na atualidade, não se pode prescindir desta teoria como critério legitimador da tutela penal. Isto, pois o direito penal tem a função de proteção de bens essenciais à vida em sociedade, única razão pela qual se supõe que os indivíduos cedam parcela de sua liberdade ao Estado.
2. É verdade, porém, que os bens jurídicos não devem ser considerados como imutáveis, referindo-se à Natureza ou à Razão humana. Por contrário, referem-se ao modo de vida adotado por uma determinada sociedade, tendo em vista seu particular desenvolvimento histórico, cultural, econômico e político. Sendo assim, os bens jurídicos reportam-se a objetos e estados fluídos, capazes de se modificar em conjunto com a realidade social. Ao legislador, portanto, não cabe a criação destes interesses de proteção (bens ou estados), mas seu reconhecimento, oferecendo, quando essenciais à vida em sociedade, a proteção do sistema penal.
4. Nem o causalismo nem o finalismo resolvem de maneira satisfatória problemas recentes ligados a novas formas de interação entre indivíduos na sociedade, que muitas vezes terminam por resultar em atentados contra bens jurídico-penais. Tendo isto em vista, mister a adoção de critérios apresentados pela teoria da imputação objetiva, como a criação de um risco desautorizado na conduta do indivíduo, materializado no resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico-penal. A adoção destes critérios é especialmente relevante tendo em vista a problemática abordada referente à imputação penal em estruturas empresariais, que é exatamente o caso da participação punível de agentes financeiros nos crimes de lavagem de dinheiro. Isto ocorre, pois é impossível desvincular a atividade do indivíduo na empresa de seu caráter fragmentário e cooperativo, em meio a âmbitos de competência definidos normativamente.
5. É necessário notar que, no caso das empresas, o fenômeno da delegação de tarefas é

central na definição dos âmbitos de responsabilidade. É preciso, contudo, que a delegação sirva sempre a um melhor poder de controle dos riscos da atividade empresarial, pois que não são oponíveis ao Estado modificações na divisão de competências original que terminem por prejudicar desproporcionalmente o controle dos riscos, aumentando com isso o potencial risco gerado pela atividade da empresa.

6. Com relação ao caso dos chamados “comportamentos alternativos lícitos”, consideramos que o atuar fora dos deveres de cuidado é responsabilidade única do indivíduo que toma esta decisão. Assim, não fará nenhuma diferença no caso concreto a prova – que, diga-se, é virtualmente impossível – de que os deveres específicos de cuidado não seriam capazes de evitar o resultado. Ainda aqui, entendemos, porém, que é necessária a demonstração de dolo do agente, salvo na hipótese de existir modalidade culposa do crime, o que não é o caso da lavagem de dinheiro no Brasil.
7. As operações realizadas por agentes financeiros no crime de lavagem de dinheiro normalmente são ações consideradas “neutras”, ou seja, ações cotidianas, sem referência direta ao delito que porventura possa ser cometido por seu intermédio. Tanto a teoria da adequação social, quanto a teoria da adequação profissional pecam por sua abstração e dificuldade de aplicação prática, o que as tornam alvo de constantes críticas. A teoria da proibição de regresso, por outro lado, apresenta-se como normativista ao extremo, deixando de lado considerações importantes acerca do aspecto subjetivo existente na interação entre indivíduos para a produção de um resultado criminoso.
8. Problemas adicionais são envolvidos na questão das ações neutras, tais como o princípio da confiança e a relevância dos conhecimentos específicos daquele que favorece o delito de terceiro. Quanto ao princípio da confiança, este apenas tem aplicação nos casos em que o indivíduo esteja autorizado a confiar. Isto equivale a dizer que o princípio da confiança não vale, em uma estrutura empresarial, para aqueles indivíduos portadores de deveres específicos de desconfiança, tais como os membros dos comitês de *compliance*, auditoria interna e controladoria.
9. Finalmente, com relação aos conhecimentos específicos, é possível afirmar que

estes são relevantes apenas na medida em que se refiram a uma adesão do agente ao desígnio/intenção do autor do crime. Isto ocorrerá, entre outras situações, quando os deveres de cuidado impuserem a comunicação de eventuais conhecimentos específicos aos órgãos de controle – tal como ocorre com a lavagem de dinheiro – e o referido dever deixar de ser cumprido. Por outro lado, não havendo descumprimento de dever específico de cuidado, não há relevância no conhecimento da intenção do autor do crime. Nesta ordem de considerações, o conhecimento da origem ilícita dos recursos pelo agente financeiro apenas se torna relevante na medida em que haja descumprimento, por este, de qualquer dever de cuidado. Isto, pois, nesta hipótese, o descumprimento, juntamente ao conhecimento da origem dos recursos, apresentar-se-ia como indiciário do dolo, como condição para a imputação.

10. Por fim, poder-se-iam sintetizar nossas considerações nos seguintes termos. Para que uma ação inicialmente neutra possa ser penalmente imputada como tendo um referencial delitivo que justifique sua incriminação, é necessário que os seguintes requisitos ocorram conjuntamente:

(i) que haja a criação de um risco não autorizado por meio do descumprimento de um dever específico de cuidado, que pode ser legal ou infralegal (apenas setorial), e pode ou não conferir importância a conhecimentos específicos detidos por aquele que atua;

(ii) que, em se tratando do crime de lavagem de dinheiro, a conduta seja hipoteticamente apta a colocar em risco a ordem econômica e a administração da justiça, não sendo necessário que a conduta tenha efetivamente produzido qualquer lesão ou risco concreto de lesão aos bens jurídicos;

(iii) que o agente financeiro tenha atuado com dolo, desejando o resultado pretendido pelo autor do delito antecedente (dolo direto), ou, ao menos, aceitando a ocorrência do resultado previsto (dolo eventual); e,

(iv) que o resultado final obtido se enquadre no âmbito de proteção da norma penal incriminadora da lavagem de dinheiro.

6. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. 263 p.
- AMBOS, Kai. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 302 p.
- AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 227-264.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 338 p.
- BACEN – Banco Central do Brasil. *Prevenção à lavagem de dinheiro*, Palestra proferida por Wolney José dos Santos na sede do Banco Central do Brasil em São Paulo, 31.05.2008, 36 p.
- _____. *Banco central: fique por dentro*. Brasília: BCB, 2004. 34 p.
- BAPTISTA, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 206 p.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 509 p.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. São Paulo, FD/USP, 2010, 464 p. Tese apresentada como exigência parcial ao concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BECK, Ulrich. *Risk society – towards a new modernity*. Londres: Sage, 2007. 260p.

_____. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. 368 p.

BIDDER, Benjamin. “Chernobyl será perigosa por milhares de anos”, *O Estado de São Paulo*, disponível em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110425/not_imp71021,0.php, último acesso em 25.04.2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição. *Boletim IBCCRIM*, n. 65, São Paulo, p. 07, abril/1998.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. São Paulo: Forense Universitária, 2009. 541 p.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001. 201 p.

_____. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 50, pp. 263-291, jan./dez. 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. 184 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Indagações sobre a responsabilidade penal da empresa por produtos defeituosos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 194, pp. 4-5, jan. 2009.

CABANA, Patrícia Faraldo. La autoría mediata con aparatos organizados de poder en la discusión doctrinal y en la jurisprudencia: hacia una nueva forma de responsabilidad penal del dirigente. In: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (Coords.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara, 2008. pp. 849-883.

_____. Los autores del delito de blanqueo de bienes en el código penal español de 1995 – especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de abogados y asesores fiscales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 59, Madrid, pp. 135-179, 2006.

CADENAS, Javier. Algunas cuestiones sobre riesgo permitido. *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*. Lima: Ara, 2005. pp. 383-409.

CALLEGARI, André Luis. *Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 204 p.

_____. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 825, ano 92, pp. 464-475, set. 2003.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. 205 p.

_____. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. 197 p.

CERLETTI, Marco L. La realización de riesgos prohibidos – principios y sistematización de los criterios desarrollados por Günther Jakobs. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año III, N. 6, Buenos Aires, pp. 211-234, 1997.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 388 p.

COFFEE JR., John C. *Gatekeepers – the professions and corporate governance*. New York: Oxford, 2006. 389p.

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *100 casos de lavagem de dinheiro – grupo de Egmont: FIUs em ação*. Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/cem-casos-de-lavagem-de-dinheiro-grupo-de-egmont-fius-em-acao/>, último acesso em 06.05.2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 597 p.

CORRÊA JR., Alceu. *Confisco penal – alternativa à prisão e aplicação aos delitos*

econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. 203 p.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 147 p.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*, Campinas, Millennium, 2008, 394 p.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 398 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.061p.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. *Novos estudos jurídicos*, v. 11, n. 1, Itajaí, pp. 103-115, jan./jun. 2006.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de 'lavagem de dinheiro': a utilização do sistema financeiro como porto seguro. *Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, n. 00, ano 1, São Paulo, pp. 197-225, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 2002. 287 p.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da*

inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio : manifestação do direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos. *Função de compliance – documento consultivo*. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/>, último acesso em 06.11.2008.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Réus, 2007. 288p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. 'Blanqueo de capitales' y criminalidad organizada. In: *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005. pp. 851-870.

FMI – Fundo Monetário Internacional; BM - Banco Mundial. *Reference guide to anti-money laundering and combating the financing of terrorism*. Washington: IMF/WB, 2006. 292 pp. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/EXTAML/Resources/396511-1146581427871/Reference_Guide_AMLCFT_2ndSupplement.pdf, último acesso: 17.05.2011.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro – produtos e serviços*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005. 848 p.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1822 p.

- FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Coord.). *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000. p. 20-67.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. 177 p.
- GOMEZ, Mario Maraver. Riesgo permitido por legitimación histórica. In: *Libro en homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Montealegre Lynett, 2003. pp. 207-236.
- GONÇALVES, Francisco Rocha. A economia subterrânea (situação actual e implicações para a política económica). In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (Coord.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal – análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 225-238.
- GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 206 p.
- HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina penal – teoría y practica en las ciencias penales*, v. 12, n. 45/48, Buenos Aires, pp. 275-285, 1989.
- _____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 95-104.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 37-52.

IUDUCA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, n. 47, pp. 173-199, jan./mar. 2010.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 95 p.

_____. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997. 1113p.

_____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 144 p.

_____. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 209-222.

_____. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. pp. 241-270.

_____. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 850 p.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien*

- jurídico - ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 53-68.*
- KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Psicologia social das organizações*. São Paulo: Atlas, 1987. 511 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 427 p.
- KINDHÄUSER, Urs. *El denominado riesgo "no permitido"*, Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 28 de agosto de 2008, 12 p.
- KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010. 554 p.
- LAFER, Celso. A crise financeira – riscos e incertezas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A-2, 15.02.2009. Disponível em: <https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastrados/noticias/2009/2/15/a-crise-financeira-riscos-e-incertezas/>, último acesso em 06.05.2009.
- LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A responsabilidade criminal do homem de trás das organizações criminosas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, n. 2, São Paulo, p.129-156, jul./dez. 2002.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão – vol I*. Brasília: Senado Federal, 2006. 485 p.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996. 179 p.

MALTA, Pierre di. *Droit fiscal pénal*. Paris: PUF, 1992. 282 p.

MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Imputação objetiva e crime culposos*. São Paulo: FD/USP, 2002. 132 p. Originalmente apresentado como dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orient. Luís Chaves Camargo.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *O bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de capitais*. São Paulo: FD/USP, 2006. 123 p. Originalmente apresentado como dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orient. Eduardo Reale Ferrari.

MATTOUT, Jean-Pierre. Les crises bancaires et financières: une question de régulation? La régulation em question?. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, n. 47, pp. 165-172, jan./mar. 2010.

MCCUSKER, Rob. Underground banking: legitimate remittance network or money laundering system?. *Trends and issues in crime and criminal justice – Australian Institute of Criminology*, Camberra, pp. 1-6, jul. 2005. Disponível em http://www.apgml.org/frameworks/docs/8/AIC_%202005_tandi300.pdf

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. 213 p.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal – fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 443 p.

MULIG, Elizabeth V.; SMITH, L. Murphy. Understanding and preventing money

laundering. *Internal Auditing*, [s.l.], pp. 22-25, set./out. 2004. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091011, último acesso em 06.05.2009.

NOVELLI, José Gaspar Nayme; FISCHER, Rosa Maria; MAZZON, José Afonso. Fatores de confiança interpessoal no ambiente de trabalho. *Revista de Administração da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 41, n. 4, pp. 442-452, out./nov./dez. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1216 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pp. vii-xxv.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011. 200 p.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El límite entre imprudencia y riesgo permitido em derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIX, N. III, Madrid, pp. 909-942, set/dez 1996.

_____. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico. *Revista de derecho y proceso penal*, n. 12, Navarra, pp. 139-163, 2004.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de Dinheiro: Compatibilidade com o Dolo Eventual?. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 6, n. 31, São Paulo, pp. 32-44, abr./mai.2005.

PIÑA, Roxana G. El delito culposo – deber objetivo de cuidado. *Revista de derecho penal*, n. 1, Buenos Aires, pp. 527-546, 2000.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 120 p.

_____. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 859 p.

_____. *Direito penal econômico – ordem econômica; relações de consumo; sistema financeiro; ordem tributária; sistema previdenciário e lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 424 p.

RAGUÉS I VALLES, Ramon. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales – problemas de imputación subjetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 6, ano 3, pp. 183-205, mai./ago. 2002.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 344 p.

REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth S. *This time is different – eight centuries of financial folly*. Princeton: Princeton University, 2009. 463 p.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial – de acordo com a lei n. 11.101, de 9-2-2005 (nova lei de falências)*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. 749 p.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010. 351 p.

_____. A temática da lavagem de capitais e o recebimento de honorários por parte do advogado criminalista. *Boletim IBCCRIM*, v. 18, n. 214, São Paulo, p.13-14, set. 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos – espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito, In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Coord.). *¿ Libertad económica o fraudes punibles? – riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. pp. 17-65.

ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: VALDÉS, Carlos García *et al.* (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008. pp. 1543-1558.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista Penal*, n. 18, Salamanca, pp. 242-248, 2006.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 443-458.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, São Paulo, pp. 9-25, mar./abr. 2007.

_____. Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 9, Lima, pp. 545-560, 1999.

_____. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 7, v. 12, pp. 81-94, 2001.

_____. Observaciones sobre la prohibición de regreso. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 6, v. 3, pp. 19-44, 1997.

_____. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, n. 2, Salamanca, pp. 61-65, 1998.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1998. 361 p.

_____. Teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 101-131.

SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. In: *Os pensadores*. Tomo XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. pp. 7-38.

SCHORSCHER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 863, São Paulo, pp. 435-459, set. 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. 2, v. 41, Madrid, pp. 529-558, jan./abr. 1988.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites

constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 197-226.

_____. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización. In: *Obras – tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. pp. 65-83.

_____. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. pp. 129-152.

_____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 55, Madrid, pp. 9-38, 2002.

SIENKIEWICZ, Stanley. Prepaid cards: vulnerable to money laundering?. *Discussion paper – payment cards center*. Philadelphia: Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2007. 21 p.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *Atividade bancária e direito penal: atenção às crises bancárias*, Palestra proferida em 2 de setembro de 2008, Seminário Internacional “Perspectivas da Justiça Criminal – a agenda das reformas penais à luz da experiência nacional e internacional”, organizado pela Secretaria de Assuntos Legislativos/Ministério da Justiça-Brasil.

_____. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001. 127 p.

_____. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? – riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. pp. 307-332.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 423 p.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 206p.

_____. *Direito penal supra-individual – interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 240 p.

_____. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 438 p.

_____. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. São Paulo: FD/USP, 2009. 507 p. Tese apresentada como exigência parcial ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____; SCHORSCHER, Vivian C. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. *Ciências Penais*, vol. 2, Ano 2, São Paulo, pp. 143-167, jan./jun. 2005.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa – atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. 225 p.

- TAVARES, Juarez. *Mito e ideologia: objetos não manifestos do sistema penal*. Conferência proferida nas Jornadas de Direito e Psicanálise da UFPR. Curitiba: 10 de junho de 2010. 18 p.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – parte general*. Chile: Jurídica de Chile, 1997. 343 p.
- WILLIAMS, David F. *Developing the concept of tax governance*. London: KPMG Tax Business School, 2007. 36 p.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Direito penal brasileiro – primeiro volume: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. 658 p.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 766 p.