

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

GIULIA RAMOS

Sigilo e criminalidade corporativa: a dinâmica subjacente do segredo

Ribeirão Preto/SP
2021

GIULIA RAMOS

Sigilo e criminalidade corporativa: a dinâmica subjacente do segredo

Versão Original

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências e Desenvolvimento.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento, Democracia e Instituições.

Projeto de Pesquisa: Ética e Desenvolvimento

Orientador: Prof. Associado. Dr. Eduardo Saad-Diniz.

Ribeirão Preto

2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

RR175s	Ramos, Giulia Sigilo e criminalidade corporativa: a dinâmica subjacente do segredo / Giulia Ramos; orientador Eduardo Saad-Diniz. -- Ribeirão Preto, 2021. 185 p. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2021. 1. CRIMINALIDADE CORPORATIVA. 2. SIGILO. 3. TÉCNICAS DE OBSTRUÇÃO. 4. PARAÍÇOS FISCAIS. 5. AUTORREGULAÇÃO REGULADA. I. Saad-Diniz, Eduardo, orient. II. Título
--------	--

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: RAMOS, Giulia.

Título do Trabalho: **Sigilo e criminalidade corporativa**: a dinâmica subjacente do segredo

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências e Desenvolvimento - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito; Linha de Pesquisa: Desenvolvimento, Democracia e Instituições; Projeto de Pesquisa: Ética e Desenvolvimento

Aprovado em __/__/2021.

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Ribeirão Preto, __ de _____ de 2021.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

Ao Henrique, coautor da minha vida há oito anos, como símbolo do nosso novo capítulo.

AGRADECIMENTOS

Certa vez li que escrever é um ato solitário de essência coletiva. Confesso que à época encarei essa frase com um franzido na testa típico de uma jovem acadêmica que pouco conhecia sobre o processo de desenvolver um trabalho científico. Alguns anos e páginas depois, nada me parece mais “nosso” do que um texto que, inicialmente, eu chamaria apenas de “meu”. Nessa dissertação, cada palavra, frase e ideia defendidas foram elaboradas para e com o outro e muitos foram aqueles que hoje, agradecida e carinhosamente, posso indicar como meus coautores.

Desde o primeiro passo, tenho caminhado por essa estrada acompanhada. Devo aos meus amados pais Marcus e Marcilene não só a decisão de ingressar no Programa de Mestrado, mas também o privilégio de a ele poder me dedicar durante dois anos. O alicerce dessa empreitada foi por eles construído e nada mais justo do que a eles serem endereçados os maiores créditos da pesquisa. Obrigada por tudo. Sempre.

Ao Henrique, meu companheiro de vida, também devo muito. O conforto no desassossego, o riso em meio às lágrimas e o suspiro após as palpitações possuíam constantemente os seus traços. Sobre seus ombros recaiu todo o peso emocional em mim descarregado por este trabalho e, mais uma vez, o desafio foi encarado com a leveza e a doçura características. Seu amor me possibilita agir principalmente quando a minha mente insiste em dizer o contrário. Amo você.

Ao meu orientador de longa data e amigo Prof. Associado Dr. Eduardo Saad-Diniz agradeço pelos anos de ensinamentos e instigação científica. Nossa parceira, sempre banhada pelo não-contentamento com o óbvio, resultou em uma frequente busca por mais e pelo melhor. Não coincidentemente, o desafio de trabalhar com um tema tão delicado como o sigilo foi me apresentado por ele e apenas com ele me senti preparada para o enfrentar. Obrigada pela compreensão e por ser mais do que meu orientador acadêmico neste período. Quando precisei de uma mão, você me estendeu os braços sem pensar duas vezes. Se isso não é ser um Mestre, no sentido mais essencial e genuíno do termo, desconheço o porquê da docência.

Verdade que o meu interesse científico pela criminalidade corporativa – cujos créditos, em grande parte, também devem ser atribuídos ao Prof. Eduardo – já havia sido despertado desde a época da Graduação na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Ainda assim, foi durante o Curso de Especialização em Ciências Criminais nessa mesma instituição, que efetivamente me convenci sobre a minha pergunta-problema. Nesse ambiente, encontrei

professores e colegas ímpares que contribuíram, cada um à sua maneira, para a lapidação da joia sob a qual eu começava a me debruçar.

E de fato, que trabalho de ourives eu encontrei pela frente... E que sorte a minha ter encontrado outros joalheiros, bem mais capacitados do que eu, pelo caminho para me ajudar em tão ousada tarefa! Em especial, agradeço imensamente aos Profs. Dr. Cláudio do Prado Amaral, Dr. Alexandre Naoki Nishioka, Dra. Juliana Oliveira Domingues, Dra. Susana Aires de Sousa, Dr. Cléssio Moura de Souza, Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, entre outros, pelo auxílio no aprimoramento das minhas ideias e do processo técnico de colocá-las no papel.

Nesse mesmo sentido, agradeço aos Profs. Drs. Gustavo de Carvalho Marin e Jéssica Raquel Sponchiado, membros da minha Banca de Qualificação, cujas sugestões assertivas me ajudaram a chegar mais facilmente ao meu destino. Igualmente agradeço a todos os colegas membros da equipe *Business Ethics & Corporate Crime*, da Universidade de São Paulo pela parceria de sempre.

Aos amigos José Roberto Macri Jr. e Yentl Perassoli Winnik Bianchi de Gouveia, cujo tempo por diversas vezes me apropriei durante esses dois anos, agradeço pelas palavras de apoio e pelas inúmeras tentativas de me fazer voltar à realidade, respirar fundo e seguir em frente. Duas amizades verdadeiras que foram muito importantes para que tudo desse certo ao final.

Agradeço também à Universidade de São Paulo, especificamente à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, por ser meu lar acadêmico há oito anos. Neste lugar conheci pessoas incríveis que contribuíram para o que hoje sou. Aos queridos professores, aos colegas de sala e de “bancos no jardim” e a todos os servidores da unidade deixo um agradecimento lotado de nostalgia e afeto. Que a nossa despedida seja um mero até logo.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior – CAPES, agradeço pela crença em mim depositada e pelo financiamento da pesquisa. O conhecimento é e sempre foi o verdadeiro motor capaz de transformar uma sociedade e nada me deixou mais feliz do que receber esse apoio institucional durante minha trajetória. Viva a Ciência!

Por fim, gostaria de agradecer à Giulia do passado por não ter desistido do sonho de ser Mestre. Só nós sabemos o quão tortuoso e doloroso foi este caminho e quantas cicatrizes invisíveis estão por detrás dessas páginas. Escrever uma dissertação durante incontáveis crises de ansiedade, desconcertantes ataques de pânico e uma depressão profunda foi um ato de coragem. Parabéns por insistir e por finalmente aceitar que o perfeito é inimigo do feito.

“- Quando eu uso uma palavra - disse Humpty Dumpty num tom escarinho - ela significa exatamente aquilo que eu quero que signifique... nem mais nem menos. - A questão - ponderou Alice – é saber se o senhor pode fazer as palavras dizerem coisas diferentes. - A questão - replicou Humpty Dumpty – é saber quem é que manda. É só isso.”

Lewis Carroll, Alice no país das maravilhas.

RESUMO

RAMOS, Giulia. **Sigilo e criminalidade corporativa**: a dinâmica subjacente do segredo. Dissertação (Mestrado em Ciências e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

Há pelo menos duas décadas, estudiosos das ciências criminais têm se debruçado sobre a insuficiência dos parâmetros tradicionais de *enforcement* para fazer frente à chamada criminalidade corporativa. Dentre os objetos de preocupação, o arдил com o qual essa “elite do crime” manobra técnicas de obstrução, com difusão de negócios ilícitos em complexas tramas societárias, estruturação de transações em centros *offshore* e utilização de linhas ostensivas de defesa, parece demonstrar que certos direitos fundamentais de primeira geração, como o sigilo, além de gerarem mais assimetria de informação, acabam sendo instrumentalizados para justificar uma postura de resistência. Tomados estes pressupostos, este trabalho encontra sua delimitação no estudo do sigilo e tem por objetivo compreender como as estruturas de silêncio e segredo atuam no âmbito corporativo e de que maneira elas facilitam a prática e a perpetuação de atividades ilícitas, notadamente as de natureza penal, e analisar se a dinâmica relacionada ao sigilo é subvalorizada pelo sistema de justiça criminal e pelo ordenamento jurídico brasileiros em detrimento de retóricas repressivas e respostas seletivas. Para tanto a pesquisa segue uma base de cunho jurídico-teórica, fundamentada em revisão sistemática de bibliografia, análise de política regulatória e estratégias de *enforcement* e, incidentalmente, apresentação exploratória de casos pré-selecionados. Empregando o raciocínio dedutivo e o tipo genérico de investigação jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa, busca-se traçar uma abordagem analítica do fenômeno por meio da exposição dos fundamentos criminológicos e de política criminal que permeiam o tema, decompondo o problema do sigilo na criminalidade corporativa em seus diversos aspectos, relações e níveis, para então estabelecer (se existentes) as especificidades no caso nacional. Almeja-se com isso encontrar, nos recentes escândalos corporativos, no ordenamento jurídico e no sistema de justiça criminal brasileiros, os mesmos padrões de estruturas de silêncio e segredo e de subvalorização do sigilo enquanto estratégia de política criminal já verificados em casos estrangeiros e relatados cientificamente pela criminologia corporativa. Entre os resultados esperados está fomentar proposições mais adequadas sobre a tensão existente entre a necessidade de reforço punitivo no sentido da simetria do uso de informações no ambiente negocial e as forças jurídico-penais tradicionais, que são assimétricas por definição.

Palavras-chave: criminalidade corporativa; sigilo; técnicas de obstrução; paraísos-fiscais; autorregulação regulada; responsabilidade penal da pessoa jurídica.

ABSTRACT

RAMOS, Giulia. **Secrecy and corporate criminality**: the underlying dynamics of secret. Dissertação (Mestrado em Ciências e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

For at least two decades, scholars in the criminal sciences have been focusing on the insufficiency of traditional enforcement parameters in the face of so-called corporate crime. Among the objects of concern, the ruse with which this “criminal elite” manages obstruction techniques, with the diffusion of illicit businesses in complex societal plots, structuring of transactions in offshore centers and the use of ostensible lines of defense, seems to demonstrate that certain first generation of fundamental rights, such as secrecy, in addition to generating more information asymmetry, end up being instrumentalized to justify a stance of resistance. Given these assumptions, this work finds its delimitation in the study of secrecy and aims to understand how the structures of silence and secrecy operate in the corporate sphere and how they facilitate the practice and perpetuation of illegal activities, notably those of a criminal nature, and to analyze whether the dynamics related to secrecy is undervalued by the Brazilian criminal justice system and legal system to the detriment of repressive rhetoric and selective responses. To do this, the research follows a legal-theoretical basis based on a systematic review of bibliography, analysis of regulatory policy and enforcement strategies and, incidentally, exploratory presentation of pre-selected cases. Using deductive reasoning and the generic type of legal-comprehensive or legal-interpretative investigation, it seeks to trace an analytical approach to the phenomenon by exposing the criminological and criminal policy foundations that permeate the theme, decomposing the problem of secrecy in corporate criminality in its various aspects, relationships and levels, to then establish (if any) the specifics in the national case. The aim is to find, in the recent corporate scandals, in the Brazilian legal and criminal justice system, the same patterns of structures of silence and secrecy and of undervaluing secrecy as a criminal policy strategy already verified in foreign cases and reported scientifically by corporate criminology. Among the expected results is to promote more appropriate proposals about the tension between the need for punitive reinforcement in the sense of symmetrizing the use of information in the business environment and the traditional legal and penal forces which are asymmetrical by definition.

Keywords: corporate crime; secrecy; obstruction techniques; tax havens; self-regulation; criminal liability of the legal entity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 DAS RUAS AOS LUXUOSOS PRÉDIOS CORPORATIVOS.....	31
1.1 Sistema de justiça criminal e criminalidade corporativa.....	31
1.1.1 A tradicional priorização política-criminal da segurança urbana	31
1.1.2 Segurança negocial como objeto do sistema de justiça criminal.....	37
1.1.3 Insuficiência do controle social dos negócios	40
1.2 Fundamentação criminológica	41
1.2.1 Natureza ou oportunidade?	41
1.2.2 Racionalidade ou intuição?.....	51
1.2.3 Elementos para uma criminologia corporativa	54
1.3 O problema da segurança negocial	55
1.3.1 Regime de informações e sigilo.....	55
1.3.2 Sigilo como oportunidade.....	58
1.3.3 Sigilo como resistência	63
2 CÍRCULOS DE SILÊNCIO, CONTEXTO SOCIAL FACILITADOR E PORTOS SEGUROS PARA A CRIMINALIDADE CORPORATIVA: A DINÂMICA RELACIONADA AO SIGILO.....	67
2.1 A articulação de círculos de silêncio	67
2.1.1 Aproximação conceitual entre criminalidade corporativa e “sociedades secretas”	67
2.1.2 A limitação explicativa da mera existência de teias de segredo	69
2.2 Contexto social facilitador	70
2.2.1 A invisibilidade da conduta e o juízo de não suspeição	70
2.2.2 Neutralização	71
2.2.3 Zonas cinzentas e o “não saber” premeditado	73
2.2.4 A seletividade e inconstância das respostas estatais.....	74
2.3 “Portos-seguros” para a criminalidade corporativa	76
2.3.1 A cumplicidade do sigilo com regimes autoritários e seu protagonismo em crises econômicas e escândalos corporativos	76
2.3.2 Paraísos fiscais: a simbiose entre sigilo e criminalidade corporativa.....	81
3 O OUTRO LADO DA MOEDA: OS USOS LEGÍTIMOS DO SIGILO NO ÂMBITO CORPORATIVO	95
3.1 Garantia constitucional ao sigilo	101
3.2 A relação entre segredo e atividade econômica	104

3.2.1	Segredos comerciais e informações estratégicas.....	107
3.2.2	Sigilo fiscal.....	109
3.2.3	Sigilo bancário.....	111
3.2.4	Sigilo financeiro	114
3.3	Sigilo organizacional: aspectos formal e informal	115
3.4	Autorregulação regulada e deveres de comunicação	120
3.5	Instrumentos de persecução vs. direitos fundamentais	125
3.5.1	Seriam as corporações detentoras de um direito à privacidade?.....	125
4	SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO E A RELAÇÃO SIGILO-CRIMINALIDADE CORPORATIVA	129
4.1	Sigilo na Constituição de 1988.....	129
4.2	Sigilo na legislação infraconstitucional	130
4.2.1	Lei Complementar n.º 105/2001	130
4.2.2	Código Penal	132
4.2.3	Legislação Penal Especial	133
4.2.3.1	Lei n.º 7.492/86	133
4.2.3.2	Lei n.º 8.137/90	134
4.2.3.3	Lei n.º 9.605/1998	134
4.2.3.4	Lei n.º 9.613/1998	135
4.2.3.5	Lei n.º 12.850/2013	137
4.2.4	Lei n.º 12.846/2013	139
4.2.5	Lei n.º 14.133/2021	141
4.3	Sigilo e exemplos de regulamentação da atividade corporativa	143
4.3.1	Decreto n.º 8.420/2015	143
4.3.2	Portaria CGU n.º 909/2015	145
4.3.3	Instrução Normativa CGU n.º 013/2019	147
4.3.4	Circular BACEN n.º 3.978/2020.....	148
4.3.5	Resolução CVM n.º 50/2021	150
4.4	Interpretação judicial do sigilo	152
5	PRIORIZAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL EM TORNO DO SIGILO	163
	CONCLUSÃO	169
	REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

Há pelo menos duas décadas, estudiosos das ciências criminais têm se debruçado sobre a insuficiência dos parâmetros tradicionais de *enforcement* para fazer frente à chamada criminalidade corporativa. A escassez e a baixa alocação de recursos para estratégias de prevenção, a facilidade de corrupção de autoridades, a estruturação de políticas legislativas e regulatórias com regimes flexíveis ao subjetivismo decisório e a tendência por persecuções orientadas aos indivíduos evidenciam a dificuldade de se lidar com uma criminalidade organizada em sentido amplo e de sujeitos poderosos, com capacidade de desestabilização geral dos mercados e corrosão das instituições. Se não bastasse, o ardil com o qual essa criminalidade manobra técnicas de obstrução, com difusão de negócios ilícitos em complexas tramas societárias, estruturação de transações em paraísos fiscais e centros offshore e utilização de linhas ostensivas de defesa, parece indicar que certos direitos fundamentais de primeira geração, como o sigilo, além de gerarem mais assimetria de informação, acabam sendo instrumentalizados para justificar uma postura de resistência.

De modo geral, o sigilo parece ser a explicação de alguns dos escândalos corporativos mais notáveis dos últimos anos. Os círculos de silêncio e teias de segredo no âmbito das corporações não só aparentemente garantem anos de impunidade, mas, ao que tudo indica, potencializam a desestruturação institucional causada pelos ilícitos (seja do ponto de vista da defesa da concorrência, seja da gestão democrática de interesses). Mas não só. O sigilo também costuma ser a primeira defesa do criminoso do colarinho branco e, apesar dos criminosos de rua também fazerem o possível para esconder os seus delitos, é na elite do crime que a utilização desse instituto resulta em vantagens mais significativas.

Os desafios ao redor do sigilo, portanto, fazem com que este tema se torne central para os debates sobre regulação da atividade econômica e para a prevenção das potenciais infrações. Para muitos autores, delitos corporativos e segredo estão tão inextricavelmente conectados que o enfretamento da criminalidade corporativa só pode ser alcançado por meio da mitigação das leis relativas à confidencialidade. O problema é que o sigilo não pode ser concebido apenas como um possível canal para infrações penais ou práticas corporativas moralmente questionáveis. Isso porque por sigilo corporativo se entende toda a ocultação deliberada do verdadeiro objetivo e natureza das transações, ativos e passivos de uma empresa para ganho pessoal ou corporativo, incentivada, em grande medida, pelo estabelecimento de metas de curto prazo e culturas corporativas competitivas.

Dessa definição se pode concluir que a ilegalidade, pelo menos inicialmente, não é algo inerente à operacionalidade do instituto. Se por um lado o seu uso abusivo e juridicamente questionável pode sim acarretar alto custo para acionistas e economias devido a violações das leis, perdas de investidores e alocação ineficiente de capital, por outro, certas atividades próprias do mundo econômico dependem em essência da capacidade das corporações e de seu pessoal manterem segredos. O sigilo também pode ser visto como uma oportunidade concreta para fins legais e vantagens econômicas lícitas. A verdadeira questão não é, portanto, emitir condenações gerais ou erradicar o sigilo do mundo corporativo, mas sim garantir que os usos das facilidades por ele geradas sejam legítimos e sobressalentes, o que, na prática, não é o que se tem observado.

Nesse sentido, apesar de concordar que a quase impenetrabilidade da forma corporativa continua sendo um obstáculo significativo à aplicação eficaz da lei e que reformas que abordassem especificamente o problema do sigilo e do silêncio seriam valiosas, William Laufer afirma que simplesmente focar em falhas de supervisão ou na necessidade de se priorizar a simetria informacional na regulação mantém a análise do problema insuficiente¹. Deve-se inicialmente buscar compreender como empresas mantidas no mais alto respeito, que possuem práticas de conformidade, políticas de governança e registros de boa cidadania corporativa, supostamente toleram e participam de fraudes elaboradas e continuam a utilizar o sigilo para fins legal ou moralmente questionáveis, para só então analisar por que as políticas existentes continuam falhando e por que a relação entre sigilo e criminalidade corporativa aparenta ainda ser fortemente negligenciada.

Ante todo o exposto, partindo do marco teórico da criminologia corporativa, notadamente das proposições de Sally Simpson, para quem é fundamental o entendimento prévio sobre o real funcionamento das corporações, e dos estudos sobre política regulatória e estratégias de *enforcement* de John Braithwaite e William S. Laufer, o foco desta pesquisa é compreender como as estruturas de silêncio e segredo atuam no âmbito corporativo favorecendo a prática e a perpetuação de atividades ilícitas, especialmente as de natureza penal, para então analisar se a dinâmica relacionado ao sigilo de fato é subvalorizada por legisladores, reguladores e fiscalizadores brasileiros em detrimento de retóricas repressivas e respostas seletivas.

¹ LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, august 2010, p. 456.

Pode-se dizer, portanto, que esta pesquisa tem objetivos geral e específicos. O objetivo geral é “compreender como as estruturas de silêncio e segredo atuam no âmbito corporativo e de que maneira elas facilitam a prática e a perpetuação de atividades ilícitas, notadamente as de natureza penal, e analisar se a dinâmica relacionada ao sigilo é de fato subvalorizada pelo sistema de justiça criminal e pelo ordenamento jurídico brasileiros em detrimento de retóricas repressivas e respostas seletivas”.

Seis são os objetivos específicos: (1) compreender os conceitos que orientam o debate internacional sobre a criminalidade corporativa e expor os principais argumentos relacionados à ascensão da segurança negocial como objeto de preocupação do sistema de justiça criminal; (2) analisar a assimetria informacional como espaço de atuação e perpetuação de práticas ilícitas penais nas corporações, principalmente diante da insuficiência dos parâmetros tradicionais de *enforcement* para fazer frente à chamada “elite do crime”; (3) descrever as principais estruturas de silêncio e segredo que atuam no âmbito corporativo por meio de uma revisão sistemática da literatura pertinente, e indicar, de maneira incidental, situações em que elas foram peças fundamentais dos recentes escândalos corporativos brasileiros; (4) compreender, a partir de uma verificação intensiva de direitos fundamentais, os limites mínimos a serem tutelados para garantir que os usos das facilidades geradas pelo sigilo no âmbito corporativo sejam legítimos e sobressalentes; (5) examinar o tratamento conferido ao sigilo pela lei brasileira de maior relevância ao tema, contrapondo as informações coletadas a um aparente padrão de subvalorização do tema já averiguado pela criminologia corporativa em outros ordenamentos jurídicos; e (6) estruturar os resultados obtidos expondo os principais obstáculos a ainda serem superados e as possíveis soluções a serem adotadas para um melhor tratamento dos temas envolvendo sigilo no tocante à prevenção e repressão da criminalidade corporativa.

Sobre a metodologia aplicada, algumas considerações iniciais devem ser feitas. Apesar de tradicionalmente se destacarem nas ciências criminais as pesquisas empíricas baseadas em evidência, cuja estruturação costuma seguir os caminhos científicos traçados por Howard Becker (*data-evidence-idea*)² – como é o caso dos estudos coordenados pelo criminológico Lawrence Sherman sobre mensuração do dano/ofensa e determinação do que realmente funciona na formulação de políticas públicas -, no campo da criminologia corporativa, a fundamentação com base em evidências costuma receber outros traços, uma vez que há ainda muito espaço para se elaborar um corpo teórico que almeje compreender mais densa e

² BECKER, Howard. **Evidence**. Chicago: Chicago Press, 2017.

profundamente os recentes problemas identificados³. Além da clássica importância no tocante às explicações plausíveis sobre a realidade e à fixação de critérios sobre os objetos de estudo⁴, o desenvolvimento de teorias neste âmbito das ciências criminais ganha ainda mais relevância na medida em que uma dogmática especializada sobre o Direito Penal Econômico continua em elaboração⁵.

Nesse sentido, a fim de cumprir com os objetivos geral e específicos supramencionados, a presente pesquisa segue uma base de cunho jurídico-teórica, voltada a acentuar os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários das estruturas de silêncio e sigilo no âmbito da criminalidade corporativa e extrair conclusões abstratas sobre o sigilo⁶. Salienta-se que, a despeito de propor a análise de um fenômeno, optou-se por não categorizar este trabalho como empírico, uma vez que o seu escopo não se concentra precipuamente na coleta de dados e/ou na elaboração de inferências descritivas e causais e porque o seu processo de elaboração não seguirá as diretrizes gerais e regras específicas das pesquisas empíricas⁷.

Conforme apontam Lee Epstein e Gary King, o termo empírico indica “evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência”⁸. Logo, um trabalho será empírico quando se basear em fatos sobre o mundo, os chamados dados. Grande parte dos trabalhos jurídicos traça, no mínimo, algumas afirmações sobre o mundo baseadas em observação ou experiência, possuindo, portanto, elementos de empirismo. Dentro dessa definição ampla de “empírico”, conceber uma pesquisa no campo do Direito como puramente teórica ou puramente normativa se torna complicado, pois só será puramente normativo ou teórico aquilo que não é empírico.

Diante dessa dificuldade, Epstein e King indicam outras duas características presentes nas pesquisas empíricas de qualidade cuja verificação podem facilitar a classificação adequada de um trabalho como verdadeiramente empírico: (1) a coleta de dados ou elaboração de inferências descritivas ou causais como objetivos específicos do pesquisador; e (2) a observância de diretrizes gerais e regras específicas que regem os diferentes componentes do

³ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

⁴ HAGAN, Frank E. **Research methods in criminal justice and criminology**. 9 ed. Mercyhurst University, Person, 2014, p. 9.

⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. **Revista dos Tribunais**, vol. 988, ano 107, p. 2553. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 105-106.

⁷ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência**. Coleção academia livre. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 23.

⁸ *Ibid.*, p. 11-12.

processo de pesquisa⁹. Por não se enquadrar perfeitamente nessas características, a presente pesquisa foi classificada como jurídica-teórica, ainda que não puramente¹⁰.

O raciocínio empregado é iminentemente o dedutivo, de modo que o trabalho se preocupa com uma abordagem mais generalizada do fenômeno¹¹, afinando cada vez a investigação para então estabelecer (se existentes) as especificidades do tema no caso brasileiro. Dentre as múltiplas definições possíveis acerca da investigação a que se pretende prosseguir nesse trabalho, o critério de distinção elegido foi o do alcance (profundidade) a qual se aspira elaborar o estudo¹². Sob esta premissa e seguindo a classificação proposta por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Teresa Fonseca Dias, a concretização da metodologia ocorre por meio da utilização do tipo genérico de investigação jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa, buscando decompor o problema do sigilo na criminalidade corporativa em seus diversos aspectos, relações e níveis¹³.

Tal exame parte do marco teórico da criminologia corporativa, principalmente do referencial criminológico norte-americano, devido à forte influência das tendências regulatórias dos EUA na elaboração da política criminal mundo a fora no que diz respeito aos crimes de colarinho branco. Essa opção, contudo, não afasta a utilização de referenciais teóricos de outros contextos, a exemplo do europeu e do latino-americano, quando eles auxiliarem de maneira mais adequada a descrição da realidade brasileira¹⁴.

É este marco teórico, composto por exemplo pelos estudos de Eugene Soltes e Sally Simpson sobre os aspectos decisórios no âmbito da criminalidade corporativa, que explica o

⁹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito**: as regras de inferência. Coleção academia livre. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 12 e 23.

¹⁰ Especificamente no campo das ciências criminais, cujos objetos de análise são em regra multifatoriais (os denominados “problemas-complexos”), a preocupação com a capitulação metodológica, ainda que relevante para garantir o caráter científico do trabalho, não pode ocupar o espaço que deveria ser reservado à substância, sob pena de se criar um verdadeiro “narcisismo metodológico”. Dessa maneira, meras classificações como “teórico”, “empírico” etc. perdem um pouco de sentido. HAGAN, Frank E. **Research methods in criminal justice and criminology**. 9 ed. Mercyhurst University, Person, 2014, p. 8.

¹¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 22-23.

¹² ODAR, Reynaldo Mario T. El alcance de las investigaciones jurídicas. **Derecho y cambio social**. Ano 12, n. 41, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456857>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹³ Importante ressaltar que as autoras, diferentemente de outros estudiosos sobre metodologia científica, entendem que as investigações jurídico-compreensivas ou jurídico-interpretativas seriam algo a mais do que as investigações meramente jurídico-descritivas uma vez que estas, pela sua própria definição, já mostram seus limites: ressaltam apenas características, percepções e descrições, traçando abordagens preliminares sobre um dado problema jurídico. As primeiras, por sua vez, investigariam objetos de maior complexidade e com maior aprofundamento. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. Idem, p. 28-29.

¹⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 22.

porquê de a pergunta-problema possuir um questionamento preliminar (“*como as estruturas de silêncio e segredo atuam no âmbito corporativo e de que maneira elas facilitam a prática e a perpetuação de atividades ilícitas, notadamente as de natureza penal?*”), que previamente precisa ser analisado para o correto desenvolvimento do questionamento final da pesquisa (“*essa dinâmica relacionada ao sigilo é subvalorizada pelo sistema de justiça criminal e ordenamento jurídico brasileiros em detrimento de retóricas repressivas e respostas seletivas?*”)¹⁵. Sem este cuidado, as conclusões extraídas das leituras poderiam ser superficiais, equivocadas e com poucas ou improváveis aplicações práticas na realidade corporativa.

Três são os procedimentos adotados para a realização da metodologia proposta: (1) revisão sistemática da literatura; (2) análise de estratégias de *enforcement*; (3) incidentalmente, como forma de trazer maior concretude para as abstrações teóricas encontradas, a pesquisa também se vale da apresentação exploratória de casos pré-selecionados que se relacionem à história recente dos escândalos corporativos, dando prioridade àqueles que se enquadrem nos seguintes critérios: (a) são brasileiros; (b) são/foram amplamente divulgados pelos meios de comunicação; e (c) cujo conhecimento prévio pela respectiva comunidade científica, ainda que superficial, é bastante provável¹⁶.

O levantamento bibliográfico foi realizado por meio do acesso às bibliotecas e bancos de dados assinados pela Universidade de São Paulo (USP), da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações, da Biblioteca Eletrônica Científica Online – SCIELO e do Portal de Periódicos Capes. Além destes meios e em razão do caráter transnacional que a criminalidade corporativa constantemente incorpora, contou também a pesquisa com o apoio de plataformas digitais e acervos disponíveis online pertencentes a Universidades e Institutos de Pesquisa estrangeiros.

Importante neste ponto ressaltar que, desde março de 2020, o acesso a acervos físicos de bibliotecas e institutos de pesquisa se encontrou prejudicado devido à situação de calamidade pública instalada no país pela pandemia de COVID-19. Considerando essa circunstância excepcional, a coleta de materiais se concentrou em grande medida nas plataformas *online*, notadamente naquelas que ainda não haviam sido consultadas pela aluna no ano de 2019. Muitas desses bancos de dados, inclusive, são restritos, mas tiveram acesso franqueado por períodos determinados para ajudar pesquisadores durante o período de isolamento social.

¹⁵ SOLTES, Eugene. **Why they do it**: inside the mind of the white-collar criminal. New York: PublicAffairs, 2016; SIMPSON, Sally S. Corporate crime, law and social control. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

¹⁶ YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2015.

Para o uso dessas bases de dados bibliográficos e seleção uniforme de fontes, elaborou-se uma estratégia de busca, que envolveu um conjunto de procedimentos para localização de informação. Em primeiro lugar, criou-se um protocolo de coleta baseado em critérios de relevância, pertinência e saturação, a ser aplicado nos formulários avançados de buscas dos bancos. Esse protocolo foi adaptado a cada objetivo específico da pesquisa mediante alteração das palavras-chave utilizadas e da testagem de diversas combinações de termos relevantes para o trabalho. Aos resultados de cada busca foram aplicados certos critérios para incluir ou não o material na lista de referências.

A relevância da fonte foi verificada mediante análise do número de citações que os textos possuíam e/ou importância do autor para a comunidade científica especializada. Resumos, sinopses e palavras-chaves foram superficialmente verificados para selecionar o material que, ao menos em um primeiro contato, indicassem pertinência temática. Nos formulários que possibilitavam busca de documentos por semelhança ou por navegação, a recuperação de textos com conteúdo próximo ao daqueles considerados interessantes, do mesmo autor ou que foram publicados em um mesmo periódico também foi utilizada.

Após essa pré-seleção, os textos foram avaliados, mediante leitura mais atenta dos resumos e sinopses, e passaram por novo processo de triagem cujos critérios novamente foram o de relevância e pertinência. O objetivo dessa segunda etapa foi refinar o levantamento e escolher o melhor material dentre aqueles inicialmente coletados. Uma vez que os resumos disponibilizados nas bases de dados geralmente contêm o objetivo, o problema de pesquisa, a hipótese, a metodologia que foi empregada, a descrição dos dados, os resultados etc., entendeu-se por suficiente utilizá-los como fontes de informação para essa tomada de decisão.

Uma vez finalizada a lista de referências, passou-se a análise criteriosa da qualidade da literatura selecionada. Pela leitura integral dos textos (ou de partes relevantes ao trabalho no caso de obras mais extensas) e elaboração de fichamentos bibliográfico, buscou-se identificar em cada um deles (1) os argumentos centrais; (2) os métodos científicos utilizados; (3) os resultados atingidos; e (4) a localização ideal no texto final do trabalho. Este último aspecto (“localização ideal no trabalho”) tem como escopo facilitar a consulta do material coletado durante a escrita da pesquisa, sendo posteriormente utilizado como critério para a organização das referências em tabelas referentes aos respectivos capítulos.

Para o desdobramento completo do problema, a pesquisa também se vale dos estudos sobre política regulatória, estratégias de *enforcement* e estruturas corporativas, com especial

atenção àqueles desenvolvidos por John Braithwaite e William Laufer¹⁷. Isso porque, apesar de já se observar nessa literatura dados sobre um certo nível de tratamento normativo da questão do sigilo no que diz respeito à regulamentação das corporações - o que supostamente demonstraria que a subvalorização do sigilo enquanto estratégia de política criminal vai além da mera falta de escrutínio regulatório¹⁸ -, estas inferências não podem simplesmente serem transplantadas para o Brasil. O tratamento conferido ao sigilo pelo ordenamento jurídico, pela política regulatória e as estratégias de *enforcement* brasileiros precisa, portanto, ser analisado e contraposto a este aparente padrão de subvalorização do tema já averiguado em estudos estrangeiros.

A seriedade metodológica almejada nesta pesquisa implica em de antemão mencionar que o trabalho encontra especial limitação. Por se tratar de situações em que os agentes buscam eminentemente ocultar suas práticas ilícitas do conhecimento das autoridades, por óbvio, há um grande “gap” entre àquelas estruturas de silêncio e segredo atuantes na criminalidade corporativa já relatadas pela literatura e o número real de situações possíveis de serem articuladas pelo mundo empresarial para tais finalidades. Nesse sentido, a preocupação em relação à cifra negra receberá especial atenção em todo o desenvolvimento da pesquisa.

Pela estruturação e pela metodologia proposta, espera-se averiguar a viabilidade das seguintes proposições: (1) nos recentes escândalos corporativos brasileiros há os mesmos padrões de estruturas de silêncio, segredo e sigilo já verificados em casos estrangeiros e relatados cientificamente pela criminologia corporativa; (2) a história episódica desses escândalos corporativos também gerou períodos de maior escrutínio regulatório no Brasil e o ordenamento jurídico e a política regulatória brasileiros, pelo menos em teoria, também ofereciam uma orientação sobre transparência e simetria informacional que, juntamente com incentivos distintos para cooperar, seriam projetados para erradicar o tipo de ocultação que favorece práticas ilícitas; (3) essa previsão estaria focada principalmente em políticas de concessão de benefícios em troca de informações e comunicação de operações suspeitas, desconsiderando as evidências científicas de que a decisão/comportamento corporativo não é assim tão racional; e (4) o tratamento do sigilo seria visto como um “meio para” e não como

¹⁷ A título de exemplo BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. *Michigan Law Review*, vol. 80, n. 7, june 1982, p. 1466-1507; LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 2006.

¹⁸ LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. *Criminology and Public Policy*, vol. 9, n. 3, august 2010, p. 456.

uma estratégia de política criminal em si e sua dinâmica continuaria subvalorizada no ordenamento jurídico, nas políticas regulatórias e estratégias de *enforcement* brasileiros.

Para tanto o trabalho seguirá se desenvolverá da seguinte forma. Inicialmente, o capítulo 1 - “Das ruas aos luxuosos prédios corporativos” terá como objetivos específicos compreender os conceitos que orientam o debate internacional sobre a criminalidade corporativa e expor os principais argumentos relacionados à ascensão da segurança negocial como objeto de preocupação do sistema de justiça criminal. Serão expostos os fundamentos criminológicos e de política criminal que permeiam o tema, muito dos quais constituem verdadeiras premissas da pergunta-problema, construindo assim uma base sólida para o desenvolvimento do trabalho. A assimetria informacional como espaço de atuação e perpetuação de práticas ilícitas penais nas corporações será analisada, principalmente diante da insuficiência dos parâmetros tradicionais de *enforcement* para fazer frente à chamada “elite do crime”, indicando como o instituto jurídico sigilo se encaixa nessa discussão e como ele é instrumentalizado por esse tipo de criminalidade, seja como oportunidade criminosa, seja como técnica de resistência.

O capítulo 2 – “Círculos de silêncio, contexto social facilitador e portos seguros para a criminalidade corporativa: a dinâmica relacionada ao sigilo” aprofunda e traz maior complexidade ao quanto discutido no capítulo 1, na medida em que buscará apontar que análises isoladas sigilo enquanto instituto jurídico (sigilo fiscal, sigilo bancário, sigilo de dados etc.) são, no mínimo, insuficientes para fundamentar boas soluções ao problema complexo da criminalidade corporativa. Nesse sentido, considerando que compreender como as corporações realmente funcionam é fundamental, o objetivo específico do capítulo 2 será descrever toda a dinâmica relacionado ao sigilo, descrevendo as principais estruturas de silêncio e segredo que atuam no âmbito corporativo e indicando, de maneira incidental, situações em que elas foram peças fundamentais dos recentes escândalos corporativos brasileiros.

Evitar distorções maniqueístas quanto ao sigilo é a tarefa distribuída ao capítulo 3 – “O outro lado da moeda: os usos legítimos do sigilo no âmbito corporativo”. Nele, pretende-se apresentar sucintamente a discussão sobre também ser o sigilo essencial para a atividade econômica, de modo que eventuais soluções propostas aos problemas identificados nos capítulos anteriores não podem simplesmente se resumir em erradicação do instituto ou flexibilizações generalizadas. A ideia, pois, é compreender, a partir de uma verificação intensiva de direitos fundamentais, os limites mínimos a serem tutelados para garantir que os usos das facilidades geradas pelo sigilo no âmbito corporativo sejam legítimos e sobressalentes.

No capítulo 4 – “Sistema de justiça criminal brasileiro e a relação sigilo- criminalidade corporativa” o tratamento conferido ao sigilo pela lei brasileira de prevenção e persecução da criminalidade corporativa será examinado. Neste capítulo, o trabalho ganhará contornos mais descritivos, para que posteriormente as informações coletadas possam ser investigadas de maneira compreensiva/interpretativa no capítulo 5. Assim, a pesquisa se debruçara inicialmente sobre a Constituição Federal, as principais leis infraconstitucionais relacionadas à temática (não necessariamente penais).

A exemplo da Lei Complementar 105/2001 (que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências), Código Penal, Lei n.º 7.492/1985 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei n.º 8.137/1990 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo), Lei n.º 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), Lei n.º 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e Lei n.º 14.133/2021 (Lei das Licitações) - e decisões judiciais recentes importantes à relação sigilo e criminalidade corporativa.

A escolha dessas leis infraconstitucionais em específico, em detrimento de outras, deu-se porque: (1) a Lei n.º 105/2001 é a única a tratar especificamente o tema sigilo no ordenamento jurídico brasileiro; (2) o Código Penal é a Lei Penal de cunho Geral; (3) a Lei n.º 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) é a única que prevê a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil; (3) a Lei n.º 7.492/1985 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei n.º 8.137/1990 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo), Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), Lei n.º 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) usualmente são as mais infringidas por pessoas físicas em benefício de corporações; e (4) a Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e Lei n.º 14.133/2021 (Lei das Licitações) preveem responsabilidade, ainda administrativa, por infrações de pessoas jurídicas.

Por fim, no capítulo 5 – “Priorização político-criminal em torno do sigilo” haverá a estruturação dos resultados obtidos. O intuito é contrapor as informações desenvolvidas nos três capítulos iniciais com àquelas encontradas no capítulo 4, testando a viabilidade de se defender que o sigilo é subvalorizado enquanto estratégia de política criminal porque as evidências encontradas e apresentadas no trabalho são desconsideradas. Pretende-se, ainda indicar os obstáculos a ainda serem superados e as possíveis soluções a serem adotadas para

um melhor tratamento dos temas envolvendo sigilo no tocante à prevenção e repressão da criminalidade corporativa.

1 DAS RUAS AOS LUXUOSOS PRÉDIOS CORPORATIVOS

1.1 Sistema de justiça criminal e criminalidade corporativa

1.1.1 A tradicional priorização política-criminal da segurança urbana

Por muito tempo a criminalidade corporativa foi negligenciada pelo sistema de justiça criminal em detrimento de uma orientação obsessiva pela chamada criminalidade urbana. Este cenário propiciava à sociedade uma verdadeira ambiguidade: as pessoas tinham ao mesmo tempo muito ou pouco a perder com a prática criminosa a depender da posição que ocupasse¹⁹. Se de um lado o governo adotava políticas rigorosas sobre determinadas condutas, que resultaram em uma trajetória de encarceramento em massa da parcela mais vulnerável da população, por outro, desregulamentava diversos setores da economia, fornecendo uma liberdade quase à prova de falhas para que muitas instituições expandissem indiscriminadamente os seus riscos. O enquadramento do controle social se concentrava em políticas de classe baseadas na gestão do medo, regulando ostensivamente aqueles que corriam riscos nas ruas, ao mesmo tempo que afrouxava os braços do Estado sobre aqueles que, dos luxuosos prédios corporativos, assumiam riscos potencialmente maiores²⁰.

Desde a década de 1940, Sutherland já ressaltava que essa priorização política criminal da segurança urbana influía nas próprias estatísticas criminais, que indicavam que o crime, como popularmente conhecido e oficialmente definido²¹, tinha alta incidência nas classes socioeconômicas menos favorecidas e baixa ocorrência nas mais abastadas²². Esses dados serviam de alicerce para que as teorias gerais do comportamento criminoso dessem ênfase à

¹⁹ HAGAN, John. **Who are the criminals?** The politics of crime policy from the age of Roosevelt to the age of Reagan. New Jersey: Prentice Hall, 2010, p. 137-138.

²⁰ Tradicionalmente focada na análise dos custos econômicos do delito corporativo, já há algum tempo a criminologia econômica vem apontando para o fato de que o impacto da criminalidade dos poderosos não se limita a alocação não ótima de recursos. Seja pela incisiva violação de direitos fundamentais no âmbito corporativo ou pela assunção exacerbada de riscos, principalmente no campo ambiental, esses delitos matam e mutilam tal como (ou até mais) os crimes convencionais, como se pode infelizmente verificar no desabamento do edifício Rana Plaza em Bangladesh e nos grandes desastres socioambientais envolvendo mineradoras e rompimentos de barragens no Brasil. Da mesma forma, anos de captura de agentes públicos e impunidade atuam violentamente sobre a confiança social nas instituições e a base moral da comunidade, corroendo substancialmente a democracia. KRAMER, Ronald C. Is corporate crime serious crime? Criminal justice and corporate crime control. **Journal of Contemporary Criminal Justice**, vol. 2, ed. 3, June 1984, p. 7-10.

²¹ MICHALOWSKI, Raymond J. What is crime? **Critical Criminology**. vol. 24, ed. 2, June 2016, p. 181-199.

²² SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016, p. 27.

pobreza e às condições sociais e traços pessoais a ela associados como causas do crime. Com seus estudos, Sutherland demonstrou que explicações restritas a fatores patológicos, de ordem social ou pessoal, eram inadequadas, seja porque não se encaixavam consistentemente nos dados do próprio comportamento delitivo²³, seja porque os casos nos quais essas teorias se baseavam não passavam de amostras tendenciosas do conjunto total de atos criminosos²⁴.

De fato, o imaginário social criado pela criminologia, com exceção daqueles tipos de comportamentos explicitamente regulamentados pela lei²⁵, por muito tempo corroborou a ideia de que os danos resultantes da busca corporativa de lucro, acumulação de capital e poder não eram matéria para investigação criminológica²⁶. Formas de violência face a face, como homicídio e delitos sexuais, crimes contra a propriedade e certos padrões de desvios, a exemplo do uso de drogas, tradicionalmente recebiam a maior parte da atenção das ciências criminais. Por extensão, os sistemas projetados para controlar os desvios organizacionais eram estudados com muito menos frequência do que as partes do sistema de justiça projetadas para controlar ofensas interpessoais e/ou individualizadas²⁷.

Eugene Soltes credita essa circunstância, em parte, à falta de uma regulamentação que verdadeiramente proibisse o comportamento danoso no mundo dos negócios. O autor menciona que, exceto por algumas leis que regulamentavam a concorrência e a venda de produtos adulterados, o governo federal dos EUA, por exemplo, deixava os estados livres para aprovar

²³ Sutherland demonstrou empiricamente que muitos dos fatos relativos ao comportamento criminoso não podem ser explicados unicamente pela pobreza e pelas patologias a ela relacionadas. A exemplo: (1) a diferença significativa entre o número de atos infracionais cometidos por adolescentes do sexo masculino e os cometidos por adolescentes do sexo feminino, apesar de ambos estarem igualmente distribuídos na faixa de pobreza, viverem em lares com condições materiais semelhantes e estarem equiparados em nível de inteligência e estabilidade social; (2) a existência de grupos em estado de extrema pobreza que apresentam baixas taxas de delinquência juvenil e criminalidade adulta; (3) a verificação de que certos grupos de imigrantes, que, não obstante serem menos pobres do que antes, apresentam taxas de criminalidade maiores do que àquelas encontradas em suas comunidades originárias; (4) apesar de estudos ecológicos evidenciarem que, quando distribuída espacialmente em áreas da cidade, a pobreza mostra uniformidade com a alta associação com crime, quando ela é distribuída cronologicamente em ciclos de mercado essa associação se torna inconsistente; entre outros. SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016, p. 31-32.

²⁴ Ibid., p. 30-31.

²⁵ FRIEDRICH, David O. **Trusted criminals**: white-collar crime in contemporary society. 4. ed. California: Wadsworth, 2010, p. 252-255.

²⁶ Gregg Barak aponta que, embora um grupo de pesquisas empíricas tenha demonstrado uma crescente preocupação entre os cidadãos dos EUA sobre os perigos apresentados pelas “ofensas da elite”, o primeiro estudo projetado para realmente medir o conhecimento leigo ou público sobre crime de colarinho branco revelou que os participantes eram bastante ignorantes sobre crime corporativo, seus danos e vitimização. Para mais sobre BARAK, Gregg. **Unchecked corporate power**: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, p. 19-20.

²⁷ MICHALOWSKI, Raymond J. What is crime? **Critical Criminology**. vol. 24, ed. 2, June 2016, p. 190.

seus próprios regulamentos de proteção a consumidores e investidores²⁸. Tratava-se basicamente de um governo “*of corporations, by corporations and for corporations*”, no qual a expansão industrial do final do século XIX e início do século XX, justaposta a práticas negociais agressivas, anticompetitivas, fraudulentas e predatórias construíram aquilo que ficou conhecido como “*Corporate America*”: contexto histórico de desgovernança dos recursos e oligopólios das grandes corporações norte-americanas²⁹.

De modo geral, houve pouco esforço para controlar a conduta corporativa e limitar o comportamento destrutivo a nível federal nos EUA até a década de 1920 e, embora o apoio a alguma forma de regulamentação adicional tenha crescido logo após a crise de 1929, o “respiro econômico” subsequente reduziu de maneira significativa o interesse no tema. Isso porque questionar o comportamento ético das empresas e do empresariado à época não significava apenas especular abstratamente acerca das causas e consequências de suas decisões, mas compreender o contexto e as dimensões concretas de cada uma delas, o que, em última análise, podia ameaçar a própria posição dominante norte-americana na sociedade econômica mundial.³⁰

Se por um lado o legislativo federal acabou posteriormente reconhecendo a necessidade de regulamentação do mercado, editando, por exemplo, os importantes *Securities Act* em 1933³¹ e o *Securities Exchange Act* em 1934³², por outro, a questão permaneceu alheia aos radares do sistema de justiça criminal, na medida em que os executivos e empresas que cometessem condutas danosas e violassem a lei ainda conseguiam evitar a persecução na esfera

²⁸ O autor menciona que essas leis estaduais eram comumente chamadas de “*blue-sky laws*” (tradução literal: leis do céu azul), no sentido de que sem elas, “piratas financeiros venderiam aos cidadãos tudo, exceto o céu-azul”. Apesar da intenção de proteger os investidores, essas leis eram muitas vezes ineficazes, pois, em alguns casos, legisladores estaduais deliberadamente optavam por uma regulação menos rígida para evitar perder taxas de licenciamento a outros estados com regulação mais brandas. SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 20.

²⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 13.

³⁰ *Ibid.*, p. 13-14 e 24-25.

³¹ O *Securities Act*, promulgado pelo Congresso dos Estados Unidos em 27 de maio de 1933, durante o Grande Depressão e após o crash da bolsa de 1929, é parte integrante da regulamentação de valores mobiliários dos Estados Unidos. Foi a primeira grande legislação federal a regulamentar a oferta e venda de títulos e se baseia na filosofia da divulgação, segundo a qual os emissores de títulos devem divulgar todas as informações materiais que um acionista razoável precisaria para se decidir sobre o investimento potencial, permitindo que os compradores de títulos recebam informações completas e precisas antes de investir em títulos.

³² O *Securities Exchange Act*, promulgado em 6 de junho de 1934, é uma lei que rege a negociação secundária de valores mobiliários (ações, obrigações e debêntures) nos Estados Unidos da América e que estabeleceu a *Securities and Exchange Commission* (SEC), agência responsável principalmente pela aplicação da lei federal de valores mobiliários no país.

penal e o seu estigma social³³. Sobre este aspecto, Sutherland indicava que o fato desses comportamentos ilícitos receberem atenção de comissões administrativas e de tribunais que operam sob jurisdição civil (e não penal) acabava por excluir tais violações de estatísticas criminais e teorias criminológicas³⁴.

A relação entre as punições impostas aos crimes de colarinho branco e aos delitos pelos quais a população pobre é processada sempre foi altamente desproporcional, evidenciando que classe social e poder político, mais do que a gravidade do dano, moldam a probabilidade de criminalização³⁵. Refletindo sobre a antiga pergunta “o que é crime?”, Raymond Michalowski indica que o cerne do problema é que as classes sociais que controlam e mais se beneficiam da acumulação de capital são as mesmas que exercem uma agenda poderosa quando se trata de fazer e cumprir as prioridades da lei. Haveria, portanto, ampla evidência de que essas classes são capazes de mobilizar forças políticas contra ideias, movimentos sociais e processos legislativos que proponham criminalizar condutas das quais elas se beneficiam³⁶.

Os atos ilícitos perpetuados nos ambientais negociais, tal como os crimes nas ruas, não são problemas sociais novos. Assim como drogas ilícitas e violência têm preocupado agentes morais e políticos por décadas, tentativas legislativas para limitar os poderes de mercado estimulam, por exemplo, leis antitruste há mais de um século. Historicamente, no entanto, essas condutas eram vistas como distintas e as respostas legais a elas foram enquadradas dentro de órbitas ideológicas e de controle social divergentes³⁷. Se o crime convencional recebia soluções punitivas, o mau comportamento corporativo era tratado por meio de uma agência administrativa e civil ou, quando muito, estatutos criminais relativamente brandos³⁸.

³³ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 21.

³⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016, p. 32 e 33.

³⁵ Clássicos dados empíricos em SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016, p. 39-330.

³⁶ Para o autor, na medida em que a criminologia excluía de seus estudos os danos que beneficiam os poderosos definidores da agenda político-econômica e apoiava uma compreensão hegemônica do crime, tornava-se cofacilitadora desses danos. MICHALOWSKI, Raymond J. What is crime? **Critical Criminology**, vol. 24, ed. 2, June 2016, p. 188-189.

³⁷ SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, law, and social control**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 1-2. O próprio Sutherland já atribua o desenvolvimento de um “sistema punitivo alternativo” a nível administrativo ou civil ao fato de que os criminosos de colarinho branco usavam seu poder e influência para determinar não só quais leis eram criadas, mas também como àquelas que os afetassem eram implementadas e administradas. SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016.

³⁸ Nesse sentido, indica Sally Simpson que diversas pesquisas têm demonstrado que os recursos civis e administrativos têm sido o método preferido de se perseguir infratores corporativos. A autora menciona, por exemplo, que entre 1890 e 1969, a proporção de casos civis e casos criminais no Departamento de Justiça dos

O próprio Sutherland já atribua o desenvolvimento de um “sistema punitivo alternativo” a nível administrativo ou civil ao fato de que os criminosos de colarinho branco usam seus poderes e influências para determinarem não só quais leis eram criadas, mas também como àquelas que os afetassem eram implementadas e administradas. Sobre o tema, Eugene Soltes menciona que a própria *Securities and Exchange Commission* (SEC), criada em 1934 pelo *Securities Exchange Act* para policiar práticas fraudulentas de investimento, tinha apenas o poder de abrir processos civis e cobrar multas. Caso os funcionários da SEC acreditassem que o caso investigado justificasse uma acusação criminal, eram obrigados a encaminhá-lo Departamento de Justiça, que, por sua vez, decidiria por processo criminalmente os indivíduos ou não.³⁹

Na década de 1970, as consequências do escândalo político de Watergate pareciam indicar que a inércia do Estado, da mídia e da própria opinião pública sobre a criminalidade dos poderosos (em especial sobre as ofensas perpetuadas por e em benefício das corporações) estava com os dias contados. A crescente reação social contra a má conduta empresarial rapidamente transformou o tema em agenda política e, no final dos anos 1970, não só o Departamento de Justiça dos Estados Unidos tornava o crime do colarinho branco uma de suas prioridades, como também o Congresso americano aprovava o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁴⁰. Não obstante o caráter extraterritorial dessa legislação tenha de alguma forma dinamizado o mercado internacional (inclusive o brasileiro), em termos de *enforcement* com prioridade em criminalidade empresarial, a lei não obteve repercussão prática significativa⁴¹.

Sobretudo na Era Reagan, a diferenciação nos processos de enquadramento dos crimes de rua e dos crimes corporativos continuou a marcar a história da política criminal até o fim dos anos 1980⁴². Políticas mais rígidas e leis penais e processuais penais severas foram veiculadas pelo Estado como respostas a uma suposta epidemia de drogas ilícitas no país⁴³. Essa

EUA era de 1,23. SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, law, and social control**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 1-2.

³⁹ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 22.

⁴⁰ *Ibid.* p. 33-38

⁴¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 122.

⁴² *Ibid.*, p. 121.

⁴³ Para Gregg Barak talvez não haja melhor exemplo do uso de discursos específicos pela elite em relação ao crime do que a contínua e seletiva “guerra às drogas”. Ao mesmo tempo que alimenta a disseminação da violência em países em desenvolvimento, essa política sustenta os interesses de corporações que buscam novos recursos e mercados. Segundo o autor, de forma disfuncional, a fracassada guerra às drogas se tornou um meio de evacuação, extermínio e deslocamento humano em áreas geograficamente estratégicas. BARAK, Gregg. **Unchecked**

estratégia de interdição, contudo, fracassou em sua missão⁴⁴, resultando em uma trajetória de encarceramento em massa, principalmente de jovens do sexo masculino pertencentes à minoria social, cujos efeitos ainda hoje reverberam sobre a sociedade⁴⁵. Ao mesmo tempo, o governo Reagan desregulamentou significativamente os investimentos e serviços financeiros, resultando em grandes perdas repassadas aos contribuintes e compensadas com resgates públicos. Esses programas e práticas desproporcionais facilitaram a expansão irrestrita de um setor econômico depreciado e subcapitalizado, estimulado em grande medida por uma política corporativa imprudente baseada na ideia de “grande demais para falhar”⁴⁶.

Sobre esse aspecto, afirma John Hagan que, no mundo desregulado das finanças, o medo de uma perda material era a única limitação presumivelmente eficiente. No entanto, as políticas de Reagan podem ter levado os americanos, em contraste com o temível enquadramento das ruas, a temer muito pouco, uma vez que o *Federal Reserve Bank* de Nova York enfatizava a necessidade de intervenções preventivas em instituições financeiras. Diversos críticos dessa postura, como o próprio Escritório de Contabilidade do Governo, alertaram que o resgate estatal de instituições que fracassassem poderia incentivar outras a assumirem riscos cada vez maiores sob a crença de que o governo voltaria a intervir para cobrir suas perdas, aumentando o denominado “risco moral” e minando a eficácia da disciplina do mercado⁴⁷.

Essa orientação norte-americana não era de forma alguma isolada. No Brasil, a obsessão simbólica pela criminalidade violenta sempre esteve presente nas escolhas político-criminais, apesar de vários diplomas legais há muito indicarem uma tipificação legal de condutas pertinentes a áreas até então estranhas ao sistema penal, mas que poderiam ser

corporate power: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, p. 8-9.

⁴⁴ Sobre a ineficácia das políticas de Reagan contra a disseminação do crack nos EUA dos anos 80, HAGAN, John. **Who are the criminals?** The politics of crime policy from the age of Roosevelt to the age of Reagan. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 145-149.

⁴⁵ Interessante análise sobre os custos morais e sociais da política de encarceramento em massa sobre a comunidade afro-americana foi feita em ROBERTS, Dorothy. The social and moral cost of mass incarceration in African American communities. **Stanford Law Review**, vol. 56, April 2004, p. 1271-1305. A nível de conclusão, a autora indica que a crescente evidência dos danos colaterais da prisão em massa para essa comunidade mostra que a extensão do encarceramento nos EUA é moralmente injustificável. Ao prejudicar interações interpessoais, distorcer normas sociais e destruir a cidadania, as estratégias de encarceramento em massa acabam cumprindo uma função política repressiva que contradiz as próprias normas democráticas.

⁴⁶ HAGAN, John. **Who are the criminals?** The politics of crime policy from the age of Roosevelt to the age of Reagan. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 138.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 166. Esse padrão também pode ser observado nas reações estatais à crise econômica do *subprime* em 2008. As instituições financeiras envolvidas foram resgatadas à pressa pelo Governo norte-americano, apesar de sérios indícios de fraudes e crimes perpetrados por seus executivos. GARRET, Brandon L. **Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations.** Cambridge: The Belknap, 2014.

enquadradas na teoria de Sutherland⁴⁸. Seja na redação originária desses dispositivos legais, seja por meio de leis específicas, o legislador brasileiro oferecia (e ainda oferece) subterfúgios para que os ofensores “do andar de cima” se furtassem da aplicação da lei penal. As mesmas ferramentas não se estendiam aos crimes comuns⁴⁹, o que por muito tempo evidenciou a clara escolha do Estado brasileiro em perseguir os criminosos do “andar de baixo”.

1.1.2 Segurança negocial como objeto do sistema de justiça criminal

Com a abertura dos mercados internacionais e a intensificação dos processos de globalização econômica, o apelo por segurança urbana, que justificava em grande medida a priorização da criminalidade tradicional e das políticas seletivas de encarceramento, passou a dividir protagonismo com a necessidade de se garantir segurança no ambiente negocial, melhorar o regime de informações e se reforçar punitivamente a confiança e alocação de recursos⁵⁰. Essa movimentação política-criminal no início da década de 1990 marcou também uma transição política e a formação de uma “cultura da responsabilidade penal empresarial”, na qual as funções das normas penais foram sendo gradualmente substituídas⁵¹.

Elencada como uma das tendências do direito positivo na sociedade contemporânea, a transformação paradigmática do direito penal evidencia a influência do processo globalizador e da interconexão das economias neste sistema. De um lado, a inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes, dotados de *ius puniendi* e *ius perseguendi* e capazes de emitir normas penais de caráter supranacional, agravam os obstáculos encontrados no enfrentamento da criminalidade além-fronteiras. De outro, na medida em que

⁴⁸ Dentre eles: Lei n.º 1.512/1951 (crimes contra a economia popular), Lei N.º 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei n.º 8.078/1990 (crimes contra as relações de consumo), Lei n.º 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária) etc.

⁴⁹ A exemplo: parcelamento do débito tributário ou previdenciário, acordos de leniência e perdão judicial. Ponderando sobre esse aspecto VIRGOLINI, Julio. **Los delitos de cuello blanco**: inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 699.

⁵⁰ Eduardo Saad-Diniz vai além ao afirmar que a priorização política criminal da criminalidade tradicional, em grande medida estável pelas medidas de encarceramento e higienização urbana, foi sendo gradualmente substituída pela criminalidade corporativa. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 122. Não obstante os índices americanos de crimes graves e violentos, por exemplo, de fato terem diminuído de seu nível de pico até o início da década de 1990, as taxas de prisão nos EUA continuaram a aumentar de maneira uniforme e implacável. Com certa tranquilidade, pode-se dizer que padrão semelhante é encontrado no cenário brasileiro atual. A permanência de uma política de encarceramento em massa, portanto, torna no mínimo problemático afirmar categoricamente que esteja ocorrendo uma verdadeira substituição, de modo que talvez seja mais adequado falar em uma divisão da atenção entre os tipos de criminalidade.

⁵¹ *Ibid.*, p. 123.

as relações econômicas foram se tornando mais complexas, conquistando o âmbito internacional e explorando a revolução tecnológica, tanto antigas formas de delinquência foram deixando de sê-lo, quanto novas práticas ilícitas foram surgindo⁵².

É nesse período que a preocupação com a criminalidade do colarinho branco começou a realmente adquirir proeminência na agenda internacional⁵³, impulsionando a ideia de que não apenas os atores individuais, mas também as empresas são responsáveis pelos danos que causarem a interesses reconhecidos mundialmente⁵⁴. Sob as perspectivas macro e micropolítico-criminal, isso fez com que a “gestão do medo” em face da violência e as interpretações jurisprudenciais fundadas em seletividade e higienização urbana fossem sobrepostas, respectivamente, à “gestão da confiança nos negócios” e à necessidade de antecipação e imposição de deveres já no âmbito empresarial⁵⁵.

Diversos escândalos corporativos, como o da Enron, Worl.com e Parmalat, por exemplo, afetaram negativamente a credibilidade do mercado, diminuindo não só a confiança nas informações que eram ofertadas pelas empresas ao público, mas também nas instituições responsáveis pela regulação da atividade. A utilização ostensiva da assimetria informacional, nestes casos, dava espaço à criação de um ambiente institucional extremamente inseguro e, conseqüentemente, à assunção de maiores custos por todas as demais partes envolvidas⁵⁶. O poder e a influência corporativa, por muito tempo, permitiram que ofensores manipulassem a lei, escapassem da detecção e evitassem processos criminais. Não é coincidência, portanto, que

⁵² As políticas de livre comércio, os processos de tecno-globalização e a crescente desigualdade de classe expandiram as oportunidades para mais crimes, inclusive de natureza corporativa. BARAK, Gregg. **Unchecked corporate power: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it**. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, p. 18.

⁵³ Para Brandon Garrett na última década o crime corporativo explodiu em importância não só porque a opinião pública passou a se interessar mais por “accountability”, mas também porque os agentes persecutórios transformaram suas abordagens para as corporações. GARRET, Brandon L. **Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations**. Cambridge: The Belknap, 2014, p. 2.

⁵⁴ TIEDEMANN, Klaus. Corporate criminal liability as third track. In BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (Edit.). **Regulating corporate criminal liability**. Cham, Switzerland: Springer International Publishing AG, 2014, p. 11-12. Dados empíricos demonstram que desde a década passada, as acusações federais contra corporações têm crescido não só de tamanho, mas também de importância nos EUA. GARRET, Brandon L. **Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations**. Cambridge: The Belknap, 2014, p. 5-8.

⁵⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. In CUEVAS, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175.

⁵⁶Ibid., p. 174-175.

a tendência de penalidades mais severas para os criminosos corporativos ocorresse em um momento de baixa credibilidade das empresas sob o olhar público⁵⁷.

Na esteira do caso Enron, agências governamentais, imprensa e investidores aumentaram suas críticas às práticas contábeis, demonstrações financeiras e auditorias. Com escândalo corporativo após escândalo corporativo virando manchete, uma consciência crescente se cristalizou de que as práticas e a mentalidade empresarial que levaram à queda da Enron não se limitavam àquela empresa. Muito pelo contrário. Elas estavam – e provavelmente ainda estão – difundidas no mercado como um todo⁵⁸. O cenário de desconfiança generalizada inflamou o discurso simbólico de combate às “maças podres” do mundo dos negócios, despertando a intensa retórica da efetividade na prevenção às infrações econômicas, sem que nenhum escrutínio de alto nível comparável se dedicasse a compreender como o contexto institucional dentro do qual esses executivos operam também faz parte do problema⁵⁹. Sob este clima, o Congresso dos EUA rapidamente aprovou o *Sarbanes-Oxley Act*, que prometia melhor controle da criminalidade corporativa por meio de um maior escrutínio das práticas corporativas e penalidades mais severas para executivos que violassem a lei.

No Brasil, a criminalidade dos poderosos foi ganhando cada vez mais destaque na agenda política, mas apenas no final dos anos 2000 os holofotes foram verdadeiramente direcionados aos crimes de colarinho branco, quando o primeiro grande escândalo dessa natureza veio à tona: o esquema ilegal de financiamento político, comumente conhecido como “Mensalão”. Em 2012, no julgamento da Ação Penal 470, o Supremo Tribunal Federal condenou 25 dos 37 réus envolvidos no escândalo, e em 2013, foi sancionada a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que representou importante avanço na legislação nacional por prever a responsabilidade civil e administrativa de empresas que praticarem atos lesivos contra a administração pública. Menos de um ano depois, a Polícia Federal iniciou uma nova investigação sobre aquele que viria a se tornar o maior escândalo de corrupção corporativa da história brasileira: a “Operação Lava Jato”.

⁵⁷ SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, law, and social control**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 11.

⁵⁸ MICHALOWSKI, Raymond; KRAMER, Ronald. Beyond Enron: toward economic democracy and new ethic of inclusion. **Risk Management: An International Journal**, vol. 5, April 2003, p. 37.

⁵⁹ O ex-presidente George W. Bush não perdeu tempo em montar ataques retóricos contra executivos corruptos, rotulando os antes bons amigos e contribuintes leais de sua campanha como “bad apple”, que, segundo ele, foram responsáveis pelo declínio acentuado na economia americana. Ao contrapor a antiga discussão “nature vs. nurture”, Eugene Soltes apresenta o equívoco que é atribuir os crimes corporativos a mera existência de maçãs podres no mercado. SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 47-65.

Apesar da narrativa anticorrupção ter se popularizado no Brasil, as ações concretas contra a criminalidade corporativa parecem se restringir à antiga seletividade do sistema de justiça criminal e aos mecanismos reativos dotados de baixa intensidade, que juntos caminham rumo ao fracasso no embate contra a instabilidade econômica, o ambiente de aversão ao risco e o pânico provocado⁶⁰. Ignorando qualquer evidência científica comparada, o Estado brasileiro tem reagido aos escândalos corporativos de forma experimental e com excesso regulatório, não raramente vulnerando direitos fundamentais dos investigados ao invés de promover mudanças significativas na cultura corporativa do país⁶¹.

1.1.3 Insuficiência do controle social dos negócios

Historicamente, o surgimento das modernas corporações remonta ao período de agressividade e formação dos grandes oligopólios na transição do século XIX para o XX, em que se observam as primeiras iniciativas de controle social dos negócios com o desenvolvimento das primeiras iniciativas de regulação do abuso no âmbito corporativo e estímulo à postura colaborativa. Porém, a mentalidade regulatória servia ao propósito de incrementar a performance empresarial, evitando intervenções que pudessem fragilizar as estruturas de mercado ou representar perdas comerciais ou de posição estratégica.⁶²

A ideia de um controle social dos negócios surge com John M. Clark. Ao interpretar o negócio como uma instituição social, inserida na vida econômica e nas interações entre pessoas e comunidade, Clark, importando as teorias de controle social⁶³ par as ciências econômicas, cria condições para o desenvolvimento do controle da liberdade de ação econômica. Se de um lado a ausência de controle gera desconfiança entre os agentes econômicos, de outro, o controle social do negócio representaria a “democratização do negócio”.⁶⁴

⁶⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim? **Boletim IBCCRIM**, vol. 23, n. 74, setembro 2015, p. 11.

⁶¹ Ibid., p. 11-12.

⁶² SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23.

⁶³ Sobre este ponto, afirma Eduardo Saad-Diniz que as teorias do controle social informal permitem a combinação entre *life-course*, avaliação da estabilidade do crime e do comportamento desviante, *turning points* que levam a mudanças no curso da vida de adultos, além de revisões sobre a extensão do capital social. Assim, independente de qual teoria do controle social ou sobre a causalidade da delinquência, mais importante seria a construção de uma base empírica de verificação do controle social dos negócios. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 57.

⁶⁴ Ibid., p. 57-58.

Por controle, entende-se a gradual adequação do negócio a um modelo de conformidade às regras do mercado que impõe sobre o conjunto de interações e transações do negócio um sistema de cooperação social por meio da troca recíproca. Assim sendo, embora controle seja essencialmente coerção, ele apenas existe porque há colaboração voluntária na construção das regras do mercado, ou seja, a necessidade de coerção encontra na falha da cooperação sua justificação. Pela mesma razão, o controle social dos negócios estaria a serviço da comunidade, uma vez que estabiliza as regras de mercado, permitindo que elas se prestem à confiança no próprio mercado e nas instituições.⁶⁵

No entanto, a simbiose entre a personalidade dos empregados, dos dirigentes e da própria personalidade da empresa torna a questão do controle social dos negócios mais complexa e os entraves ao controle social passam pela constante pressão pela competição. Nesse sentido, as considerações de John M. Clark sobre controle social dos negócios apenas tangenciam o problema da ética negocial e a sua integração dos controles parece não haver superado a instrumentalidade e um vago referencial à democracia, dizendo muito a respeito das formas de obediência e pouco sobre termos de cooperação e reinvenção da condução ética da empresa.⁶⁶

1.2 Fundamentação criminológica

1.2.1 Natureza ou oportunidade?

Embora a maior parte da análise lombrosiana seja hoje descartada como pseudociência, sua premissa básica – de que algumas pessoas são profunda e fundamentalmente imperfeitas (os chamados “criminosos natos”) – continua a ressoar. A título de exemplo, pode-se mencionar o episódio onde o então presidente dos EUA George W. Bush, pressionado a explicar os comportamentos desviantes dos executivos pós-colapso da Enron, respondeu simplesmente que “*there are some bad apples*” (tradução livre – “há algumas maçãs podres”). O próprio Manual da Câmara do Comércio nos EUA, ao tratar sobre crimes de colarinho branco, descreve alguns indivíduos que cometeram fraudes corporativas como partes que possuem uma pré-disposição para fraudar. Em última análise, por estar o público

⁶⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 58.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 59-60.

constantemente exposto a desastres financeiros, evidências de excesso corporativo e ganância de executivos, a imagem de infratores maus foi cimentada na consciência pública.⁶⁷

Tais explicações erroneamente apontam para a ideia de que a criminalidade corporativa surge não de um ato de julgamento equivocado ou de alguma influência situacional, mas sim de uma natureza desviante que é inata e que simplesmente aguarda para explorar a oportunidade mais apropriada. Assim, sendo, os indivíduos seriam eles mesmos a causa do crime.⁶⁸ Porém, será que a má-conduta corporativa pode ser simplesmente reduzida a inevitáveis processos inatos? A resposta a esse questionamento traz implicações bem sérias do ponto de vista penal: Soltes, por exemplo, menciona que a perseguição e a punição estão reservadas para aqueles que não apenas possuem “*evil-doing hand*”, mas que também uma “*evil-meaning mind*”. Um criminoso nato, por sua vez, carece de vontade, pois seus crimes não seriam cometidos voluntariamente, mas sim causados por fatores físicos que estão além do seu controle – a escolha pelo agir criminoso, portanto, já teria sido por eles determinada.⁶⁹

Verdade que o trabalho detalhado de Lombroso faz com que ele seja frequentemente citado como “o pai da criminologia moderna”. Isso, contudo, não afasta as duras críticas recebidas pela sua teoria. Um grupo de cientistas liderado por Charles Goring, por exemplo, desafiadoramente não só concluiu que não existe um “tipo de criminoso antropológico, como também apontou que, uma comparação mais cuidadosa chegaria ao resultado de que criminosos e não criminosos não parecem ser tão diferentes assim⁷⁰. A partir dos anos 1950, o interesse em encontrar fatores puramente físicos que diferenciavam indivíduos começou a declinar e cientistas que ainda acreditavam nessa promessa tornaram-se cada vez mais isolados⁷¹. Porém, o amplo ceticismo ao redor do argumento de que criminosos eram visualmente diferenciáveis de não-criminosos não eliminou o entusiasmo por encontrar algum elemento biológico capaz de explicar a conduta criminoso. Pesquisadores continuam a palpitar que criminosos têm

⁶⁷ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 49.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., p. 50.

⁷⁰ Importante aqui mencionar que Goring ainda interpretava criminosos como pessoas normais que tinham diferenças sutis em sua disposição para cometer crimes. Nesse sentido, fortemente influenciado pelo movimento eugênico da época, ainda trazia diferenças entre criminosos e não criminosos como um sinal de inferioridade dos primeiros. Ibid., p. 51.

⁷¹ Ressalta-se que atualmente há relevantes pesquisas no campo da neurociência que sugerem a existência de diferenças neurológicas entre criminosos tradicionais e criminosos do colarinho branco. A título de exemplo, há evidências no sentido de que uma região cerebral sugere que o criminoso de colarinho branco possui maior controle cognitivo, útil para criar e agir de acordo com metas. Para mais sobre SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 57-60.

alguma diferença fundamental de não-criminosos, mas seus estudos, baseados em parâmetros mais sofisticados de análise, moveram-se do corpo externo para a mente interna.⁷²

Muitos criminólogos passaram a argumentar que o crime – incluindo o de colarinho branco – podia ser explicado em termos psicológicos, como por exemplo, deficiências de autocontrole. A premissa básica consiste de que pessoas com baixo autocontrole possuem maiores dificuldades de resistir às tentações e controlar os comportamentos imprudentes e, eventualmente, o comportamento oportunista irá acabar em uma conduta criminosa. Ao longo de 30 anos, a questão de por que algumas pessoas possuem menos controle do que outras têm sido objeto de considerável debate: alguns pesquisadores inicialmente acreditaram que o baixo autocontrole era causado por “pobre paternidade”, enquanto outros argumentaram que ele estava ligado intimamente à hereditariedade. Estando o autocontrole dirigido pela natureza ou por estímulos (ou uma combinação dos dois), a ideia inicial era que ele, uma vez definido, permaneceria estável pelo resto da vida da pessoa.⁷³

Embora distinto das diferenças externas, tais quais propostas por Lombroso, por exemplo, a ideia de que o crime é causado por insuficiência de autocontrole da mesma forma diz respeito à má-conduta decorrente de uma deficiência pessoal. Nesse sentido, Edwin Sutherland, repetidas vezes, menciona que o comportamento criminoso dos empresários, assim como outros delitos, não pode ser explicado por uma anormalidade psicológica⁷⁴. Entretanto, o fato de a maioria dos transgressores do colarinho branco estar livre de desordens psiquiátricas não garante que a estrutura de suas personalidades esteja isenta de responsabilidades na gênese de seus crimes e a variável psicológica continua sendo um problema para aqueles que a usam como explicação geral para todos os tipos de crimes⁷⁵.

⁷² SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 53.

⁷³ Ibid., p. 54.

⁷⁴ Para o autor, o comportamento criminoso dos empresários não pode ser explicado por debilidade mental ou instabilidade emocional. Em sua obra, Sutherland tenta demonstrar que as taxas do crime corporativo não tinham relação com a personalidade dos funcionários e, portanto, a personalidade individual não seria fator etiológico importante nos crimes de colarinho branco. Para defender essa ideia, o autor menciona que (i) uma corporação pode violar a lei em determinada área de sua atuação e agir conforme em outra, embora a operação da empresa como um todo esteja sob a direção das mesmas pessoas; e (ii) muitas corporações utilizam padrões de atuação criminosa durante muito tempo, mesmo tendo passado por mudanças no seu quadro de pessoal. SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016.

⁷⁵ COLEMAN, James W. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 310.

A Teoria Geral do Crime, de Gottfredson e Hirshi, é o exemplo mais notório. Segundo os autores, pessoas com baixo autocontrole⁷⁶ são mais propensas a se engajarem em comportamentos desviantes ao longo de toda vida⁷⁷. O núcleo desse argumento está na explicação de que o crime é causado pelo fraco autocontrole dos transgressores e que, quando há oportunidade, os indivíduos com essa característica se envolvem em crimes, enquanto outros não o fazem⁷⁸. Sobre o tema, pontua Eduardo Saad-Diniz que, na Teoria Geral do Crime, os criminosos de colarinho branco ou a criminalidade corporativa pode ser tão ou mais impulsiva do que nas hipóteses de crimes tradicionais, inclusive porque as evidências demonstram tendência a benefícios imediatos e custos a longo prazo⁷⁹

O problema é que, no âmbito dos crimes de colarinho branco, a maioria dos transgressores de camadas sociais elevadas possuem, na verdade, altos níveis de autocontrole⁸⁰ e suas habilidades de alcançar considerável sucesso profissional frequentemente estão relacionadas à forte existência de contenção⁸¹. Isso fez com que alguns autores considerassem que, ao invés do autocontrole ser algo permanente, a má-fé poderia ser melhor explicada como causada por lapsos temporários de controle, que tornariam os indivíduos temporariamente mais propensos a mentir e a trapacear⁸². A ideia dos lapsos de autocontrole, contudo, não afasta as críticas anteriormente expostas: se a má-conduta empresarial é causada por lapsos no autocontrole, seria igualmente incorreto categorizar criminosos empresariais como “*bad apples*”, pois o desvio pode surgir entre executivos dotados de níveis normais (e até altos) de

⁷⁶ O autocontrole remonta à ideia de estados subjetivos estáveis que permitem ao indivíduo resistir frente a eventuais benefícios do crime e ponderar sobre suas consequências ao longo prazo. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 46. Soltes menciona que, de acordo com esse argumento, ex-executivos com autocontrole prejudicado não necessariamente irão se envolver em má-conduta corporativa, mas suas baixas inibições provavelmente devem tentá-los a se envolver em todos tipos de comportamentos irresponsáveis. SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 55.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ COLEMAN, James W. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 311.

⁷⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47.

⁸⁰ COLEMAN, James W. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 311.

⁸¹ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 55. Importante mencionar aqui que apesar do seu potencial explicativo limitado, o foco da Teoria Geral do Crime no autocontrole possui importante aspecto prático: orientação de políticas públicas de prevenção. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 49.

⁸² Pesquisas recentes sugerem que o autocontrole, embora amplamente estável ao longo da vida, possa funcionar como um músculo que começa a se esgotar após ser continuamente exercido. Diversos experimentos indicam que uma variedade de fatores, como estresse, por exemplo, pode esgotar rapidamente o autocontrole e inibir a contenção. SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 56.

autocontrole e forças situacionais podem dominar qualquer fator inato para influenciar o seu comportamento criminoso⁸³.

James W. Coleman menciona que os estudos que envolveram pesquisa empírica sobre histórico pessoal ou a personalidade dos criminosos de colarinho branco chegaram a conclusões bem divergentes, mas convergem para um ponto comum: os criminosos de colarinho branco são psicologicamente “normais” – se por essa característica se entender quem não apresenta sintomas de grande desordem psiquiátrica⁸⁴. Mesmo assim, o autor pondera que seria insensato desconsiderar completamente a personalidade antes de se reunir dados mais conclusivos⁸⁵. Porém, parece mais provável que certa orientação de personalidade facilite o engajamento em atividades criminosas em determinada situação profissional e não em outras, o que significa que nenhum grupo de características isoladamente leva ao crime, inclusive o corporativo⁸⁶.

Sobre o tema, Eugene Soltes ensina que as pessoas não nascem com disposições genéticas ou hereditárias que integralmente determinam os seus comportamentos. Certo que manifestações biológicas no comportamento por pré-disposições individuais (algumas mais do que outras) caminham em direção a certas tendências, mas é como essas influências interagem com o ambiente e com a cultura do entorno que determina como essas tendências irão se manifestar. O autor menciona que o engano é separar completamente a influência das características de personalidade inatas do contexto. O desafio é ainda mais acentuado quando se examina desvios empresariais já que o crime é cometido dentro de um ambiente que potencialmente influencia a propensão de engajamento em atividades criminosas.⁸⁷

A cultura capitalista tende a encorajar estruturas de valores, atitudes e personalidades favoráveis a práticas de crimes corporativos e o modo de funcionamento do sistema empresarial e as “lutas” competitivas entre negócios dão aos indivíduos com determinadas características maiores chances de assumir posições-chave nas corporações. Willen Bonger, ainda em 1905,

⁸³ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 56.

⁸⁴ COLEMAN, James W. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 312.

⁸⁵ Sobre este aspecto o autor menciona o trabalho de Stanton Wheeler sobre motivação dos criminosos de colarinho branco, que ilustra como as variáveis psicológicas podem operar em conjunto com fatores situacionais. Neste trabalho, Wheeler se questiona sobre por que indivíduos extremamente prósperos se arriscam a cometer crimes quando o dinheiro dessa transgressão aumenta pouco ou não altera em nada o seu padrão de vida, indo de encontro as expectativas da teoria econômica clássica. O autor então pondera que a resposta teria como base a personalidade. *Ibid.*, p. 314.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 60-62.

já afirmava que “o ambiente é a causa da ocorrência de crimes; mas são as diferenças individuais que definem, em parte, quem vai cometê-los”⁸⁸. Alinha-se a isso o fato de que as demandas estruturais da maioria dos cargos praticamente forçam seus ocupantes a violar a lei, independentemente de seu desejo ou suas características pessoais⁸⁹.

Sem discutir se a personalidade do transgressor ou a oportunidade é importante como causa do crime, a sabedoria convencional oferece uma explicação ainda mais popular para a motivação dos crimes de colarinho branco: essa espécie de criminoso viola as leis porque essa é a forma mais fácil de ganhar dinheiro. Os familiarizados com a teoria criminológica clássica, criada no final do século XVIII e começo do XIX por Cesare Beccaria e Jeremy Bentham e desenvolvida por seus descendentes modernos, reconhecem essa ideia na teoria da escola racional, segundo a qual as pessoas violam a lei porque, após avaliar a situação, concluem que a atividade criminosa resultará em mais prazer, menos dor e mais ganhos do que os outros tipos de ações disponíveis.⁹⁰

Sobre este aspecto Robert Lane aponta que o desejo do ganho financeiro seria a principal causa dos crimes do colarinho branco (motivos econômicos)⁹¹. A formulação de Lane, no entanto, é muito restrita, pois embora o desejo de enriquecer seja um fator motivador de muitos crimes de colarinho branco, outras motivações costumam ser igualmente importantes. A exemplo, tem-se o “medo de fracassar” e o objetivo de proteger o que já fora alcançado, fenômenos muitos próximos do que se pode chamar de “auto interesse financeiro”. Entretanto, mesmo o auto interesse financeiro é apenas parte de um complexo conjunto de motivações profundamente enraizadas em uma cultura corporativa altamente competitiva.⁹²

Essa cultura da competição é composta basicamente pela determinação da riqueza e do sucesso como objetivos centrais da atividade humana e acaba definindo como positiva, mais do que negativa, a luta competitiva pelo ganho pessoal (ou como aqui analisado no ganho corporativo). A competitividade, nas palavras de James W. Coleman, é então vista, não apenas

⁸⁸ BONGER, Willem. **Criminality and economic conditions**. Resumido por Austin T. Turk. Bloomington: Indiana University Press, 1969, p. 137.

⁸⁹ COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 315.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 316.

⁹¹ LANE, Robert E. **The regulation of businessmen**: social conditions of government economic control. New Haven: Yale University Press, 1954, p. 90.

⁹² COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 317.

como um meio de determinar o caráter e a resistência dos concorrentes, mas também como forma de produzir o máximo valor econômico possível para a sociedade⁹³.

No entanto, o desejo de riqueza, sucesso e o medo de fracassar não podem explicar as motivações de todos os crimes de colarinho branco, pois alguns deles estão claramente enraizados nos esforços dos transgressores para corresponder às expectativas do mundo profissional. Nesse sentido, há a chamada formação de subculturas profissionais que concordam com a prática de atividades ilegais para ganhar aceitação e apoio de seus colegas. E quando a análise se estende para além dos indivíduos isoladamente e se chega ao grupo que apoia esse tipo de atitude, a influência da cultura da competição geralmente reaparece. A teoria da subcultura delincente desenvolvida por Albert Cohen investiga exatamente essa evolução do crime e da criminalidade sob contextos de aprendizagem do comportamento desviante, mediante interações sociais que acabam por cultivar valores e atitudes antissociais⁹⁴

A subcultura, portanto, configuraria novas orientações normativas de comportamento e aceitação/rejeição que levam indivíduos: (i) a aprender formas de interação social e se adaptar aos padrões de marginalização impostos pela expressão de identidade cultural hegemônica; e (ii) questionar a idoneidade das instituições para atingir metas sociais.⁹⁵ Especificamente no campo da criminologia corporativa, John Braithwaite menciona que o impacto da estigmatização se desdobra em formação de subculturas, as quais se expressam em resistência às estratégias de controle social, notadamente o formal (*law enforcement*), e à regulação no campo empresarial⁹⁶.

Hoje é bastante razoável ver pessoas que cometem crimes como aprendizes de outros. Há mais de um século o sociólogo Gabriel Tarde já criticava a explicação de que alguns indivíduos nascem criminosos, dando ênfase ao fato de que na verdade o comportamento criminoso era apreendido por meio da observação: quanto mais frequente e intenso o contato com aqueles que são engajados no crime, maior a probabilidade de o comportamento ser imitado. Estudiosos, bebendo do trabalho de Tarde, desenvolveram posteriormente a chamada teoria da “associação diferencial”, segundo a qual a probabilidade de uma pessoa se tornar

⁹³ COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 318.

⁹⁴ A subcultura exerce pressões de conformidade por meio de incentivos para reafirmação dos padrões de dissociação marcados pelo grupo subcultural. Tais grupos impõem a seus membros forte dependência. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 35.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁹⁶ BRAITHWAITE, John. Criminological theory and organizational crime. **Justice Quarterly**, 6/1989, p. 339-340.

criminosa depende do quanto se associou a outras que definem o comportamento criminoso de forma favorável e se dissociou daqueles que o definem desfavoravelmente.⁹⁷

O comportamento criminoso, segundo Edwin Sutherland, seria aprendido como qualquer outro e o criminoso assimila tanto as técnicas do crime, quanto as próprias motivações que favorecem esse comportamento. A orientação específica dos motivos e impulsos, pois, é aprendida com base nas definições dos códigos legais como favoráveis ou desfavoráveis⁹⁸. Não por menos, a associação diferencial costuma ser bem aceita para explicar crimes de colarinho branco, uma vez que muitos ofensores dessa natureza cresceram em lares estáveis, cercados de bons suportes paternos e frequentaram boas escolas; apenas depois de serem expostos a práticas comerciais desonestas no curso de suas profissões, que esse mesmo tipo de pessoa se viu cometendo ofensas criminais e encorajando subordinados a fazerem o mesmo⁹⁹.

O problema dessa ideia, menciona Eugene Soltes, é que, se a criminalidade se espalha como um vírus, não fica claro como e por que algumas pessoas, pesadamente expostas a práticas ilícitas, agem de outra forma¹⁰⁰. Além disso, definições positivas ou negativas da lei constituem apenas um pequeno componente das atitudes que influenciam o comportamento criminoso. Muitas pessoas que violam a lei, inclusive, possuem atitudes positivas em relação a ela (e o contrário também ocorre). Outra crítica fundamental à teoria de Sutherland consiste na sua insistência no fato de que a construção da realidade pessoal é um produto da associação das pessoas com outras, com a adoção quase que automática das daquelas com quem mantêm associações mais frequentes e duradouras. Se isso fosse completamente verdadeiro como as definições poderiam mudar e como elas teriam se originado inicialmente?¹⁰¹

Décadas depois de Tarde, Donald Cressey, focando em um tipo específico de ofensores de colarinho branco – os “fraudadores” que obtiveram vantagens indevidas de suas empresas – debruçou-se sobre essas questões e tentou se desvencilhar de explicações causais baseadas nas circunstâncias da criação do criminoso (como lares ruins e más vizinhanças). Partindo de

⁹⁷ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 81-82.

⁹⁸ SUTHERLAND, Edwin. **Principles of Criminology**. Chicago: J.B. Lippincott, 1947, p. 6.

⁹⁹ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 82-83.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 83.

¹⁰¹ Sobre o tema James W. Coleman aponta que os indivíduos estão constantemente criando novas ideias e definições; a maioria dessas ideias é descartada por não se adequar à estrutura da realidade social aceita, mas outra parcela possui “afinidade eletiva” com as condições sociais de determinado grupo e, portanto, são integradas a seu sistema cultural. COLEMAN, James W. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 320.

evidências empíricas, Cressey chegou à conclusão de que existem três condições necessárias para motivar alguém a praticar desfalques: (1) o indivíduo precisa de um problema financeiro que não pode compartilhar com outros; (2) a percepção de que esse problema não compartilhável pode ser solucionado secretamente; e (3) a racionalização. Este último aspecto seria, na opinião do autor, a etapa crucial para levar a pessoa a problemas ou mantê-la longe deles. Os criminosos do colarinho branco querem manter suas autoimagens como membros respeitáveis de suas empresas e sociedade, por essa razão, quando se deparam com um problema financeiro não compartilhável, que pode ser resolvido sigilosamente, eles não são motivados a seguir em frente com a conduta até que encontrem uma maneira de verem suas próprias ações como essencialmente não-criminosas.¹⁰²

No final dos anos 1970, o trabalho de Cressey reascendeu com a então denominada “Teoria do Triângulo das Fraudes”. Segundo esta teoria, a decisão de realizar uma fraude no âmbito corporativo seria condicionada à incidência conjunta de três fatores: (1) pressão – também conhecida como motivação, decorrente dos problemas financeiros não compartilhados; (2) oportunidade – pressupõe que o indivíduo tem o conhecimento e a oportunidade para cometer a fraude¹⁰³; e (3) racionalização – processo pelo qual o ofensor classifica *a priori* o ato de perpetuar um ilícito como aceitável e justificável, tendo em vista a solução do seu problema não compartilhado¹⁰⁴. Sobre o tema, Eugene Soltes menciona que a Teoria do Triângulo das Fraudes pode explicar não apenas fraudes, mas condutas empresariais enganosas mais amplas¹⁰⁵.

Tarde, Sutherland e Cressey descreveram circunstâncias que levam profissionais a se engajarem no crime, mas suas teorias falham em explicar o processo de tomada de decisão que os conduzem por esse caminho. De acordo com a Teoria da Associação Diferencial, indivíduos descobrem valores desviantes por meio da associação com outros criminosos; já a Teoria do Triângulo da Fraude oferece a descrição das condições (motivação, oportunidade e racionalização) necessárias para o comportamento criminoso surgir. No entanto, por que uma

¹⁰² Tal processo de racionalização não são explicações, ou melhor dizendo, justificações produzidas após a ofensa. Muito pelo contrário. Cressey acreditava que as racionalizações eram planejadas antes da própria perpetuação dos ilícitos. O trabalho completo do autor pode ser encontrado na obra de 1953 “Other People’s Money”. Versão reduzida de suas conclusões, utilizada neste trabalho, também podem ser analisadas em CRESSEY, Donald. *The respectable criminal. Why some of our best friends are crooks*. **Criminologica**, maio, 1965, p. 13-16.

¹⁰³ Neste ponto é relevante mencionar que Cressey entendia por “*embezzlers*” aquele indivíduo que assumiu uma posição de confiança, mas a violou ao cometer determinado delito.

¹⁰⁴ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 83-85.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 84.

pessoa iria escolher resolver um problema criminalmente enquanto opções legais estavam potencialmente disponíveis permaneceram incertas.¹⁰⁶

Para psicólogos, há algo especial sobre decisão de cometer um crime como o de colarinho branco. Delitos como fraude financeira, sonegação e suborno violam normas sociais estabelecidas e deveriam ser socialmente percebidos como errados porque afrontam noções básicas de justiça e honestidade. A decisão de cometer um crime de colarinho branco, portanto, não seria apenas uma escolha entre cometer um ato ilícito ou não, mas sim uma decisão sobre violar uma noção de moralidade do comportamento profundamente enraizado.¹⁰⁷ Mas como as pessoas desenvolvem o senso moral que diferencia o que é certo do que é errado?

Analisando o tema, o psicólogo Lawrence Kohlberg edificou a hipótese de que indivíduos avançam por seis estágios de desenvolvimento moral: no início as ações são avaliadas basicamente para evitar punições e satisfazer necessidades próprias; posteriormente, os indivíduos começam a tomar suas decisões baseados em expectativas da sociedade; até chegar no sexto estágio, o mais alto do desenvolvimento moral, em que as pessoas respeitam direitos de outros por respeito a princípios abstratos como o da justiça universal. Importante notar que cada estágio sucessivo do desenvolvimento moral é superior ao estágio antecedente porque implica em explicações mais sofisticadas sobre respeitar direitos alheios.¹⁰⁸

A hipótese de Kohlberg é revolucionária porque implica em concluir que a moralidade pode ser ensinada. No entanto, mesmo as ideias do Kohlberg não respondem suficientemente o seguinte questionamento: mesmo o elevado raciocínio moral efetivamente conduz a um comportamento mais ético? Executivos que são capazes de descrever sofisticados argumentos morais contra o engajamento em fraudes, por exemplo, são menos inclinados a se engajar em tais práticas? Evidências empíricas sugerem que parece existir uma discrepância entre pessoas com suposto alto desenvolvimento moral e seus reais comportamentos em situações eticamente carregadas. Nesse sentido, Eugene Soltes menciona que a inconstância entre o julgamento moral e o comportamento sugere que as especificidades da situação desempenham um papel muito mais importante na determinação do comportamento.¹⁰⁹

¹⁰⁶ SOLTES, Eugene. **Why they do it**: inside the mind of the white-collar criminal. New York: PublicAffairs, 2016, p. 85.

¹⁰⁷ Ibid., p. 86.

¹⁰⁸ Ibid., p. 86-87.

¹⁰⁹ Ibid., p. 88-89.

1.2.2 Racionalidade ou intuição?

Como já mencionado, muito do diálogo criminológico sobre o comportamento desviante enfatizava anomalias ou déficits psicológicos e forças sociais opressivas. No entanto, para o economista Gary Becker a ideia de que criminosos eram “vítimas indefesas” não soava bem. Em sua visão, ofensores se colocavam em problemas por conta própria e a motivação básica de criminosos não necessariamente seria diferente de outras motivações: pessoas que cometem crimes simplesmente contrapõem os benefícios e os custos de sua ação e decidem se vale a pena correr o risco.¹¹⁰

Inspirado nos estudos do filósofo social Jeremy Bentham do final do século XVIII, cujo axioma central da teoria da punição era o de que indivíduos estão constantemente maximizando o seu bem-estar por meio do cálculo racional¹¹¹, Gary Becker criou a chamada Teoria da Escolha Racional, segundo a qual pessoas tendem a maximizar os seus bem-estares (o que os economistas denominam de “utilidade”), perseguindo atividades que aumentam a utilidade em detrimento de outras que a diminuem. Sob essa teoria, o crime poderia também ser visto pelo mesmo cálculo racional: da perspectiva do potencial ofensor, a tomada de decisão perpassa pelo caminho de comparar a utilidade de cometer o ato ilícito contra a utilidade adquirida com a prática, na mesma quantidade de tempo e recursos, de outras atividades legítimas. Visto dessa forma, portanto, o criminoso não seria criminoso por natureza, mas sim alguém que simplesmente percebe os custos e os benefícios de decisões ilegais de forma diferente de outros indivíduos.¹¹²

Não surpreendentemente, criminólogos viram relevância na Teoria da Escolha Racional para os crimes de colarinho branco. Se a teoria era aplicada para ofensores de ruas, parecia ser ainda mais incidente em executivos que trabalham diariamente em um ambiente que promove a análise de custos e benefícios. De outro lado, a teoria de Becker atraiu certo criticismo para aqueles que acreditavam que colocar atos criminosos no mesmo patamar que as demais decisões do dia a dia parecia remover qualquer moralidade – e o interesse pelo bem

¹¹⁰ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 92.

¹¹¹ Jeremy Bentham argumentava que os indivíduos estão constantemente sopesando prazer contra dor, em um processo chamado por ele de cálculo da felicidade. Descrevendo fatores que contribuem para o prazer, como riqueza, amizade, reputação, poder, esperança etc., e elementos que influenciam a dor, Bentham buscou compreender como essas forças podem direcionar o comportamento. Por essa definição, o filósofo acreditava que pudesse desenhar cuidadosamente políticas públicas para orientar pessoas a melhores decisões. *Ibid.*, p. 92-93.

¹¹² *Ibid.*, p. 93.

estar do outro - da escolha de cometer um delito. No entanto, como Becker argumentava, o modelo da escolha racional meramente descreve que indivíduos maximizam o bem-estar conforme o concebem. Nesse sentido, a moralidade, assim como outros fatores, pode desempenhar um papel importante na decisão individual sob diferentes circunstâncias.¹¹³

Se o comportamento desviante obedece a uma série de variáveis, ele não apenas se torna provável, como também mensurável e o processo de racionalização do comportamento passa a partir do princípio de que as ocorrências criminosas não estão genericamente difundidas na sociedade. Assim sendo, o conhecimento do perfil da criminalidade se torna um importante indicativo de (i) risco de vitimização; (ii) probabilidade do envolvimento em contextos criminosos; e (iii) oportunidades para o comportamento desviante forjadas pelo fluxo de pessoas e capital. A dinâmica racional apreendida das interações sociais entre ofensor, vítima e contexto social, portanto, permite não só identificar pontos de concentração dos fatores criminógenos, mas também criar modelações de prevenção e intervenção.¹¹⁴

Como frequentemente interpretada, a escolha racional parece dizer algo sobre o real processo mental que as pessoas usam para tomar decisões, mas ainda deixa questionamento acerca do quão bem captura como os indivíduos se comportam: as pessoas sempre, ou usualmente, calculam conscientemente suas decisões? Sobre este aspecto, é relevante ponderar que o modelo da escolha racional foi desenvolvido e testado como um modelo de previsão e não como um modelo de cognição humana. Ou seja, só é mensurado “como se” as pessoas calculassem os custos e os benefícios quando tomam decisões. A distinção sutil, mas importante do “como se”, segundo Eugene Soltes, foi perdida com o tempo e a teoria acabou sendo compreendida não apenas como um modelo envolvido na previsão do comportamento, mas também como descrição do processo psicológico da tomada de decisão.¹¹⁵

A ênfase em ver a análise custo-benefício como um modelo psicológico de escolha ao invés de uma simples descrição do comportamento tem levado a uma particular noção de porquê executivos bem-sucedidos e inteligentes cometem crimes do colarinho branco e essa impressão de que executivos pesam explicitamente custos e benefícios ao considerar o ato ilícito acaba motivando grande parte da discussão sobre como deter o comportamento corporativo desviante. Não surpreendentemente, aumentar a severidade das prisões, por exemplo, é visto como uma

¹¹³ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 94.

¹¹⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 68-69.

¹¹⁵ SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016, p. 95-96.

forma eficaz de dissuasão e as ideias predominantes sobre a redução da criminalidade do colarinho branco se baseiam na avaliação de que os executivos estão raciocinando e calculando quando decidem cometer um ato ilegal.

Porém, evidências científicas indicam que a Teoria da Escolha Racional não parece explicar como executivos que se engajam em crimes corporativos realmente pensam e que eles, assim como qualquer indivíduo, dependem frequentemente da intuição – e não de um deliberado raciocínio – para tomar decisões.¹¹⁶ Em vasta pesquisa, Eugene Soltes demonstra que com as inúmeras decisões que se fazem necessárias no dia a dia, as pessoas inevitavelmente decidem mais do que estão cientes. Estimativas sugerem, por exemplo, que indivíduos assimilam mais de 11 milhões de bits de informação por segundo, contudo, apenas 16 bits são conscientemente processados. Muitas das informações – e conseqüentemente muita das escolhas – são processadas com “pouco esforço”, quase automaticamente. Com tantas informações e decisões para tomar, a questão é se o modelo deliberativo dos custos e benefícios realmente representa como escolhas são feitas.¹¹⁷

Decisões morais, como o tipo de julgamento “isso é certo” e “isso é errado” são usualmente presumidas como baseadas em reflexões e análises deliberativas. Todavia, o raciocínio nem sempre é o impulso para o julgamento. É frequentemente possível julgar rapidamente sem que os indivíduos sejam capazes, por exemplo, de explicar e/ou descrever todo o processo subjacente usado para tanto¹¹⁸. Assim sendo, o poder do raciocínio deliberado como base para os julgamentos é significativamente superestimado – o que não significa dizer que ele não possui algum papel no ato de fazer decisões.

Nas últimas duas décadas cientistas têm encontrado evidências sobre dois processos distintos que trabalham na tomada de decisões. Muitas das escolhas são dirigidas processos automáticos e intuitivos, que são rápidos e sem esforços, mas também há um segundo conjunto de processos que são controlados e esforçados e, portanto, mais lentos do que os primeiros e limitados pela capacidade de trabalhar a memória. Exatamente por ser este segundo processo limitado, para gerenciar todas as decisões as quais são confrontadas diariamente, as pessoas inevitavelmente dependem do sistema intuitivo, que precisam lidar com decisões em paralelo.

¹¹⁶ SOLTES, Eugene. **Why they do it**: inside the mind of the white-collar criminal. New York: PublicAffairs, 2016, p. 97-98.

¹¹⁷ Ibid., p. 99-103.

¹¹⁸ Para exemplificar, o autor menciona que quando se pergunta o nome de alguém a resposta aparece imediatamente no consciente, sendo impossível descrever o real processo utilizado para retirar a informação da memória. Ibid., p. 104.

Nota-se, portanto, que a popular interpretação da análise dos custos e benefícios vê o processo reflexivo como meio dominante de tomada de decisões. No entanto, pesquisas sugerem que o pensamento reflexivo é menos persuasivo na prática: a não ser que haja uma razão específica para desacelerar e empregar esse sistema mais controlado, decisões surgem de processos intuitivos.¹¹⁹

1.2.3 Elementos para uma criminologia corporativa

Sob influência de Sutherland, Donald Cressey iniciou o processo de investigação das relações entre as distintas disciplinas que envolvem a criminologia corporativa, mesmo resistindo à configuração da personalidade jurídica quando confrontada aos processos de investigação das causas do crime. John Braithwaite, em diálogo aberto com Cressey, propõe que a investigação teórica em criminologia corporativa encontre na realização dos objetivos corporativos a razão e a validação parcial da capacidade de ação da empresa. Ou seja, se as corporações podem aprender, as teorias da aprendizagem podem se aplicar tanto aos atos individuais, quanto aos coletivos. Corporações, portanto, podem ser influenciadas por subculturas e suas infrações são igualmente alinhadas às oportunidades legítimas e ilegítimas para obtenção de suas metas.¹²⁰

No entanto, há poucas referências teóricas específicas sobre criminologia corporativa e apenas recentemente a pesquisa científica nesta área ganhou maior densidade, motivada em grande medida, segundo Eduardo Saad-Diniz, pela dinâmica altamente especializada da criminalidade financeira. Para o autor, a criminologia corporativa depende da sistematização de uma série de elementos analíticos: (i) a corporação como ofensora; (ii) concepção de personalidade corporativa e responsabilidade construtiva; (iii) mensuração do impacto do comportamento corporativo socialmente danoso; (iv) escalonamento das condutas em função da danosidade; (v) convergências entre crimes de colarinho branco e crimes corporativos; (vi) combinação de estratégias de *enforcement* e regulação; (vii) articulação de soluções alternativas e práticas restauradoras; (viii) análise da chamada vitimologia corporativa; e (ix) mediação dos mecanismos de controle social formal dos negócios.¹²¹

¹¹⁹ SOLTES, Eugene. **Why they do it**: inside the mind of the white-collar criminal. New York: PublicAffairs, 2016, p. 104-105.

¹²⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 91-93.

¹²¹ Ibid., p. 94-95.

1.3 O problema da segurança negocial

1.3.1 Regime de informações e sigilo

Os fenômenos da globalização geraram o aparecimento de uma nova concepção de criminalidade centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência enquanto fenômeno marginal: organização, transnacionalidade e poder econômico¹²². O problema é que essa “elite do crime” (expressão utilizada por James Coleman¹²³) se privilegia da própria configuração do sistema de justiça criminal e das clássicas formas jurídico-penais de investigação e responsabilização, incrementando o sentimento comum de impunidade e injustiça social¹²⁴. Não por menos, diversos elementos passaram a impulsionar o debate sobre a insuficiência dos parâmetros tradicionais de *enforcement* para fazer frente à elite do crime¹²⁵.

Em primeiro lugar, a escassez e a baixa alocação de recursos para estratégias de prevenção, a facilidade de corrupção de autoridades, a estruturação de políticas legislativas e regulatórias com regimes flexíveis ao subjetivismo decisório e a tendência por persecuções orientadas aos indivíduos evidenciam a dificuldade de se lidar com uma criminalidade organizada em sentido amplo e de sujeitos poderosos, com capacidade de desestabilização geral dos mercados e corrosão das instituições. Em segundo, o ardid com o qual essa criminalidade manobra técnicas de obstrução, com difusão de negócios ilícitos em complexas tramas societárias, estruturação de transações em paraísos fiscais e centros *offshore* e utilização de linhas ostensivas de defesa, demonstra que certos direitos fundamentais de primeira geração,

¹²² Do ponto de vista estrutural, seriam duas as características mais significativas dessa criminalidade: trata-se de uma criminalidade organizada em sentido amplo e de sujeitos poderosos, cujos efeitos são normalmente econômicos, mas também políticos e sociais, com capacidade de desestabilização geral dos mercados e corrupção das instituições. Especificamente em função do seu caráter econômico, os delitos denominados genericamente de *crimes of the powerful* dispõem de uma regulação legal insuficiente e de uma dogmática parcialmente pendente de elaboração. Além disso, dependem, em face das várias fases de sua operacionalidade, de várias condutas delituosas que não se sabe ao certo o lugar de sua realização e a identificação dos seus autores. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

¹²³ COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 373 e ss.

¹²⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 138.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 123.

como o sigilo, além de gerarem mais assimetria de informação, acabam sendo instrumentalizados para justificar uma postura de resistência¹²⁶.

Conforme explora Henk van de Bunt, o sigilo é a explicação de alguns dos escândalos corporativos mais notáveis dos últimos anos. Como exemplo, o autor menciona a fraude de valores mobiliários perpetuada pelo esquema Ponzi de Bernie Madoff nos EUA e a manipulação de lances na indústria holandesa de construção civil por meio de acordos extensivos de cartel. Em ambos os casos, o fato de os crimes terem permanecido ocultos das agências reguladoras, vítimas e espectadores durante tanto tempo demonstra que o problema se estende além da mera falta de supervisão, relacionando-se mais diretamente à ocultação bem-sucedida das atividades ilegais pelos autores e o silêncio mantido em seus ambientes sociais¹²⁷.

De fato, ao longo dos anos, diversas bandeiras vermelhas foram levantadas, mas constantemente ignoradas pelos reguladores e fiscalizadores. Nesse sentido, os exemplos mencionados por van de Bunt se assemelham a outros casos notórios de fraudes corporativas, como o da Enron nos EUA e da Odebrecht no Brasil. O caso norte-americano expôs ao mundo os problemas relacionados às regras de elaboração de documentos e à criação de subsidiárias instaladas no exterior, notadamente em centros *offshore*¹²⁸. O caso Odebrecht, por sua vez, foi considerado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos como o maior caso de corrupção global da história, cujo esquema de pagamento de propina envolveu funcionários, partidos políticos e representantes de diversos governos e uma complexa rede de empresas fantasmas e contas bancárias espalhadas em diversas partes do mundo. Em ambos, os círculos de silêncio e teias de sigilo no âmbito das corporações não só garantiram anos de impunidade, mas potencializaram a desestruturação institucional causada pelos ilícitos (seja do ponto de vista da defesa da concorrência, seja da gestão democrática de interesses).

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 124.

¹²⁷ VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 435-454.

¹²⁸ “Valendo-se de estratégias de contabilidade criativa (valores hipotéticos futuros e *mark to market*), a Enron reivindicava o lucro projetado em seus livros, mesmo sem nenhum ganho efetivo. Posteriormente, se a receita fosse menor do que a inicialmente estipulada, transferia o ativo para outra corporação, omitindo-se na declaração da perda. Por meio dessas transações não divulgadas, as diferenças entre o aspecto propriamente contábil e a contabilidade fiscal eram manobradas para que o prejuízo e os impostos a serem pagos “desaparecessem”. Isso permitia à Enron não apenas ocultar suas perdas, mas também parecer mais lucrativa do que realmente era, elevando artificialmente o valor de suas ações. As transações, de fato, eram tão complexas que, deflagrado o escândalo, o grupo de especialistas fiscais do Congresso Norte-Americano responsável por analisar o caso Enron demorou quase um ano para repassar o que a companhia realmente devia a título de impostos à Receita”. SAAD-DINIZ, Eduardo. RAMOS, Giulia. Tax compliance, crimes tributários e representação fiscal para fins penais. In CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). BRITTO, Lucas Galvão de; JUREIDINI, Karem (Org.). **Compliance no direito tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 280-281.

O problema ao redor do sigilo, portanto, faz com que este tema se torne central para os debates sobre regulação da atividade econômica e para a prevenção das potenciais infrações. Para muitos autores, delitos corporativos e segredo estão tão inextricavelmente conectados que o enfretamento da criminalidade dos poderosos só pode ser alcançado por meio da mitigação das leis relativas à confidencialidade. Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz¹²⁹ apontam que, ainda que duvidosa a capacidade articuladora da comunidade global, as recomendações não-vinculantes, principalmente as movidas por agências internacionais, demonstram que a adoção de convênios que autorizem o uso de informações a despeito da voluntariedade segue em curso, especialmente diante da necessidade de se buscar evitar aquilo que Silva Sánchez denominou de “paraísos jurídico-penais”. Não obstante, Picard e Piereti salientam que a própria natureza do sigilo faz com que esses padrões internacionais de confrontação não sejam automaticamente atendidos, mesmo dentro de estruturas institucionais altamente regulamentadas¹³⁰.

Não se pode, contudo, conceber o segredo apenas como um possível canal para infrações penais ou práticas corporativas moralmente questionáveis. Isso porque por sigilo corporativo se entende toda ocultação deliberada do verdadeiro objetivo e natureza das transações, ativos e passivos de uma empresa, incentivada, em grande medida, pelo estabelecimento de metas de curto prazo e culturas corporativas competitivas¹³¹. Dessa definição, pode-se concluir que a ilegalidade, pelo menos inicialmente, não é algo inerente à operacionalidade do instituto.

Se, por um lado, o seu uso abusivo e juridicamente questionável pode sim acarretar alto custo para acionistas e economias devido a violações das leis, perdas de investidores e alocação ineficiente de capital, por outro, certas atividades próprias do mundo econômico dependem em essência da capacidade das corporações e de seu pessoal manterem segredos¹³². O sigilo também pode ser visto como uma oportunidade concreta para fins legais e vantagens

¹²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 312-313.

¹³⁰ PICARD, Pierre M.; PIERETTI, Patrice. Bank secrecy, illicit Money and offshore financial centers. **Paolo Baffi Centre Research Paper Series**, n. 45, 2009, p. 2.

¹³¹ CHAMBERS, Robert. Corporate secrecy: the final barrier to corporate governance. **Int. J. Business governance and ethics**, vol. 2, n. 1/2, 2006.

¹³² O sigilo, portanto, tem um papel central nas funções de desenvolvimento de estratégia, desenvolvimento de negócios e pesquisa e incubação de inovação de uma empresa. Igualmente importante, no entanto, é o papel do sigilo na execução da estratégia. Manter o repertório estratégico de uma organização em segredo até momentos antes da implantação impede que as empresas rivais gerem uma resposta competitiva rápida e garante a vantagem do pioneiro. Até que os ataques competitivos sejam respondidos, a empresa lançadora desfruta de um efeito monopolista no mercado. Assim, o sigilo que atrasa a retaliação competitiva ajuda a empresa a obter vantagem competitiva. Quando todas as empresas buscam vantagens competitivas, a longo prazo, todos se beneficiam. DUFRESNE, Ronald L.; OFFSTEIN, Evan H. On the virtues of secrecy in organizations. **Journal of Management Inquiry**, vol. 17, n. 2, junho 2008, p. 103.

econômicas lícitas. A verdadeira questão não é, portanto, emitir condenações gerais ou erradicar o sigilo dos serviços e atividades econômicas, mas sim garantir que os usos dessas facilidades sejam legítimos e sobressalentes, o que, na prática, não é o que se tem observado¹³³.

1.3.2 Sigilo como oportunidade

Nas últimas décadas, o estudo do crime tem se concentrado cada vez mais nos fatores situacionais que criam ou facilitam oportunidades criminosas¹³⁴. Na criminologia econômica, a compreensão da oportunidade como explicação causal do crime ganha traços ainda mais relevantes. Em 2018, pesquisa realizada pela *Price Water House Coopers* (“PwC”) buscou demonstrar que os crimes econômicos ainda afetam de forma significativa as organizações de todo o mundo. Por meio de entrevistas a executivos de vários países (inclusive do Brasil), o estudo identificou que 59% dos entrevistados a nível global e 65% dos entrevistados brasileiros consideram a oportunidade o principal fator para se cometer um crime econômico¹³⁵. Não por menos, David Friedrichs, ao estudar a natureza jurídica do crime de colarinho branco, diferencia criminosos econômicos de outras pessoas não criminosas com o mesmo status social por meio da forma com a qual eles se relacionam com a oportunidade de delinquir¹³⁶.

De acordo com a *routine activity theory*, uma oportunidade criminal compreende dois elementos: (1) um alvo adequado e (2) falta de capacidade de tutela. Tradicionalmente, o primeiro consiste em pessoa, coisa ou tipo de propriedade, cuja atratividade e adequação depende da sua vulnerabilidade, do seu caráter simbólico ou valor emocional para o infrator. Já uma tutela capaz seria qualquer coisa que possa (a) impedir física ou virtualmente que o infrator

¹³³ Há algum tempo já se discute se as corporações seriam ou não titulares de direitos fundamentais, principalmente àqueles frequentemente incidentes em processos criminais tradicionais, como o direito ao silêncio. Considerando que o sigilo também é essencial para a atividade econômica, eventuais soluções propostas aos problemas identificados não podem simplesmente se resumir em erradicação do instituto ou flexibilizações generalizadas. Daí a importância de estudos sobre quais seriam os limites de legitimação do tratamento legal e jurisprudencial do sigilo e qual a extensão adequada dos deveres de comunicação impostos às empresas.

¹³⁴ O termo oportunidade costumeiramente tem uma conotação positiva: conjunto de circunstâncias favoráveis que permitem que algo desejado aconteça. Aqui a palavra é utilizada simplesmente como possibilidade de realização de uma ação. COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 342.

¹³⁵ PRICE WATER HOUSE COOPERS. **Tirando a fraude das sombras**: pesquisa global sobre fraudes e crimes econômicos 2018. Disponível em <https://www.pwc.com.br/pt/gecs2018.html>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹³⁶ FRIEDRICHS, David O. **Trusted criminals**: white-collar crime in contemporary society. 4. ed. California: Wadsworth, 2010, chapter 1.

chegue ao alvo ou (b) fazer, por meio da vigilância e do medo de ser detectado, com que ele decida ser muito arriscado ir atrás dele¹³⁷.

Apesar de presentes tanto nos crimes de rua, quanto nos crimes de colarinho branco, a forma de atuação dessas estruturas de oportunidade em cada um são drasticamente diferentes¹³⁸. Na criminalidade tradicional, um alvo adequado costuma ser um objeto físico concreto, enquanto a tutela capaz geralmente envolve algum esforço para bloquear diretamente o acesso ao alvo ou colocá-lo sob vigilância constante. Em contraste, na criminalidade de colarinho branco, o alvo se refere menos a objetivos físicos e muito mais a tipos específicos de situações em que uma pessoa ou empresa pode tirar vantagem econômica, sem necessariamente interagir com outra pessoa. Igualmente, a supervisão ganha outros traços, uma vez que não envolve bloquear o acesso ou observar diretamente um alvo em potencial. Em vez disso, relaciona-se mais certamente ao desenvolvimento de mecanismos capazes de verificar se o comportamento corporativo está em conformidade com as normas legais ou padrões éticos¹³⁹.

No campo dos crimes de colarinho branco, as oportunidades criminosas costumam ser exploradas por meio do uso de técnicas específicas que também divergem daquelas verificadas na criminalidade tradicional. Crimes comuns geralmente envolvem ações físicas, contato direto entre infrator e alvo, atos claramente ilegais e locais e tempos do crime bem demarcados¹⁴⁰. A maioria dos delitos corporativos, por sua vez, não envolve ações físicas e se manifesta mediante acesso legítimo do infrator ao local em que o crime é cometido, separação espacial entre ofensor, dano e vítima e aparência superficial de legalidade. Nesse sentido, são três as principais técnicas utilizadas pelos criminosos de colarinho branco para praticar atos ilícitos: (1) o engano; (2) o abuso de confiança; e (3) a ocultação, este último mais relevante para o presente trabalho¹⁴¹.

¹³⁷ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. **White-collar crime: an opportunity perspective**. 3. ed. New York and London: Rotledge - Taylor & Francis Group, 2018, p. 100-101.

¹³⁸ FRIEDRICHS, David O. **Trusted criminals: white-collar crime in contemporary society**. 4. ed. California: Wadsworth, 2010, chapter 1.

¹³⁹ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. **White-collar crime: an opportunity perspective**. 3. ed. New York and London: Rotledge - Taylor & Francis Group, 2018, p. 103.

¹⁴⁰ Michael Benson e Sally Simpson trazem o exemplo de um ladrão de residências. Independentemente da técnica utilizada, o ladrão possivelmente emprega algum meio físico para cumprir seu objetivo e adentrar à residência, como quebrar fechaduras, janelas, usar chaves-falsas e destruir obstáculos como cercas-elétricas e câmeras de vigilância. Ao fazer isso, o ladrão não apenas está em um lugar onde ele claramente não deveria estar, como também fazendo algo que é obviamente ilegal. Além disso, ele se encontra em contato direto com o alvo do seu crime (a propriedade) e a vítima de suas ações é facilmente identificável (o proprietário). Por fim, pode-se especificar o exato ponto no tempo e no espaço nos quais a conduta ocorreu.

¹⁴¹ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. **White-collar crime: an opportunity perspective**. 3. ed. New York and London: Rotledge - Taylor & Francis Group, 2018, p. 104-106.

Se nos crimes comuns a ocultação geralmente é utilizada para esconder a identidade do agressor, nos delitos corporativos ela incide com mais afinco sobre a própria conduta. Com o objetivo de coordenar atividades para que a ilegalidade beneficie os membros sem nunca revelar que algo ilícito tem ocorrido, ofensores corporativos frequentemente tentam tirar vantagem de como os sistemas econômico e jurídico funcionam, imitando atividades legítimas¹⁴² ou escondendo suas atividades de observadores externos¹⁴³. Neste último, o sigilo (bancário, fiscal, de dados etc.) aparece como um importante instrumento de ocultação.

No campo fiscal, por exemplo, o *Tax Justice Network* (TJN), coalizão global de pesquisadores e organizações da sociedade civil engajados no combate ao sigilo e práticas fiscais prejudiciais, tem avaliado (1) a transparência de informações sobre propriedade; (2) atividade corporativa e (3) o engajamento em cooperação judiciária internacional, elaborando periodicamente o “índice de sigilo financeiro”¹⁴⁴. O índice classifica as jurisdições de acordo com o sigilo e a escala de suas atividades financeiras *offshore*, com a finalidade de destacar como a opacidade do mercado incentiva atividades ilícitas¹⁴⁵. Os dados coletados indicam que, na raiz do problema, as jurisdições de sigilo usam sua soberania para promulgar leis e impor (ou não impor) regulamentos – denominados de “regimes fiscais preferenciais” – normalmente direcionados a empresas não residentes e ao capital financeiro altamente móvel.

Verdade que alguns defensores desses ambientes os veem, em parte, como uma reação à tributação excessiva e aos regimes regulatórios restritivos impostos por outros governos (os chamados “infernos fiscais”). Por exemplo, Johns e Le Marchant argumentam que os serviços bancários *offshore* surgiram em face de um *onshore* excessivamente protecionista, anticompetitivo e regulamentado¹⁴⁶. Não obstante, John Christensen ressalta que esses posicionamentos acabam ignorando que as verdadeiras atrações para os usuários de jurisdições de sigilo residem no sigilo legalizado que eles fornecem¹⁴⁷. Estudando casuisticamente o caso

¹⁴² BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. **White-collar crime: an opportunity perspective**. 3. ed. New York and London: Rotledge - Taylor & Francis Group, 2018, p. 108.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁴ TAX JUSTICE NETWORK. **Financial secrecy index**. Disponível em <https://fsi.taxjustice.net/en/>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹⁴⁵ Os resultados de 2020 podem ser acessados em TAX JUSTICE NETWORK. **Financial secrecy index – 2020 results**. Disponível em <https://fsi.taxjustice.net/en/introduction/fsi-results>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹⁴⁶ JOHNS, R.A.; LE MARCHANT, C.M. The british isles finance centre since the abolition of UK exchange controls. **National Westminster Bank Quarterly Review**, May 1993, p. 54.

¹⁴⁷ CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, n. 3, April, 2012, p. 328.

de Barbados, o autor conclui que os governos conscientemente facilitam a criação de uma oferta assimétrica de informações jurídicas que prejudica a eficiência dos mercados globais¹⁴⁸.

O principal benefício dos fundos *offshore*, portanto, não é a taxa baixa, mas sim a total confidencialidade, na qual capital pode ser escondido dos impostos, da política ou da lei, tornando esses locais suscetíveis de serem usados como plataformas para uma ampla gama de crimes, incluindo fraude, apropriação indébita, comércio de informações privilegiadas, evasão fiscal, pagamento de suborno e corrupção¹⁴⁹. Pela interface *offshore*, o espaço oferecido pelo sigilo representa uma falha na arquitetura financeira global rotineiramente explorada por instituições financeiras e intermediários. A grande maioria dos fluxos de dinheiro sujo, por exemplo, é lavada via trama de transações financeiras envolvendo entidades jurídicas aparentemente não relacionadas, espalhadas por diferentes jurisdições de sigilo¹⁵⁰.

Ao lado do sigilo bancário e do fiscal, o sigilo corporativo também pode ser analisado como um propulsor de oportunidades à criminalidade. Para Robert Chambers, esse contexto pode ser manobrado para ocultar desonestamente o verdadeiro propósito e natureza das transações, ativos e passivos da empresa, tanto para ganhos pessoais, quanto corporativos. A instrumentalização do sigilo corporativo nesses casos geralmente ocorre por meio de controle não divulgado de ativos, desvio de recursos para benefício pessoal, aumento do valor de títulos e opções de ações, bônus de gestão aprimorados, evasão de impostos, pagamento de comissões secretas, arranjos informais entre grupos, manipulação de demonstrações financeiras e negociações ilegais com informações privilegiadas.¹⁵¹

Holdings e negócios internacionais em jurisdições *offshore*, onde a identidade dos beneficiários é facilmente ocultada, igualmente são importantes mecanismos de sigilo corporativo manobrados pela criminalidade de colarinho branco. Em muitos países não há requisitos legais para divulgação pública dos nomes dos acionistas de uma empresa, uma vantagem significativa para aqueles que não querem ser facilmente relacionados a determinada negociação ou transação econômica¹⁵². Os paraísos comerciais fornecem cobertura para transações corporativas que não suportam a exposição à luz do dia, facilitando a manipulação

¹⁴⁸ CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, n. 3, April, 2012, p. 341.

¹⁴⁹ Ibid., p. 326.

¹⁵⁰ Ibid., p. 334.

¹⁵¹ CHAMBERS, Robert. Corporate secrecy: the final barrier to corporate governance. **Int. J. Business governance and ethics**, vol. 2, n. 1/2, 2006, p. 45.

¹⁵² Conforme dados apresentados por Chambers, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estima que existem aproximadamente 3 milhões de *holdings* em todo o mundo onde os proprietários e beneficiários finais são desconhecidos. Ibid., p. 45.

de mercado e a prática de crimes como lavagem de capitais. Evidências consistentemente têm demonstrado que, embora o cenário esteja melhorado desde a década de 2000 devido à agenda política internacional antiterrorismo, o sigilo continua sendo um obstáculo à obtenção de informações por agentes não policiais¹⁵³.

Se não bastasse a existência desses ambientes, vários dispositivos financeiros atualmente disponíveis no mercado oferecem fatores de ocultação que também pode ser interpretados como oportunidades e técnicas para práticas ilícitas. Por geralmente atuarem por meio da convergência de diversos setores da economia (a exemplo do financeiro, securitário, mobiliário etc.), ferramentas como derivativos personalizados, financiamentos de risco alternativo e fundos de *hedge* dificultam a atuação de fiscalizadores e reguladores, acostumados a avaliar o impacto de produtos financeiros tradicionais¹⁵⁴.

Alinha-se a isso o fato de que controles internos e externos, estruturados para atuar como um sistema de freios e contrapesos ao sigilo corporativo, são frequentemente malsucedidos ou facilmente evadidos. Desde a promulgação do *Sarbanes-Oxley Act* em 2002, fortunas foram feitas por grandes firmas de contabilidade e consultoria revisando os sistemas internos de controle. No entanto, escândalos corporativos posteriores indicam que auditores externos não só continuam ineficazes na prevenção ou descoberta de situações onde o sigilo corporativo impacta negativamente¹⁵⁵, como frequentemente atuam à semelhança daqueles que em teoria deveriam auditar. Pesquisas empíricas evidenciam que 90,9% e 31,6% dos casos de crimes corporativos nos EUA e Brasil, respectivamente, foram auditados pelas chamadas *Big Five* do setor de auditoria¹⁵⁶. Apesar dos números alarmantes, faltam estudos mais convincentes

¹⁵³ Após o atentado de 11 de setembro, a *International Organization of Securities Commissions* (ISCO) passou a negociar um memorando de entendimentos multilateral sobre cooperação e aplicação, cujo objetivo era lidar com os problemas que reguladores de valores mobiliários possuem com o sigilo de alguns países. Na ocasião a ISCO estipulou que cada país deveria se qualificar para poder assinar o memorando, provando que podiam aproveitar seus recursos para auxiliar em uma investigação internacional sobre fraudes no setor mobiliário. Em 2004, 25 jurisdições se inscreveram para participar do memorando. Como diversos países (a exemplo Japão e Suíça) não podiam cumprir os requisitos, a organização criou uma categoria separada para aqueles que queriam fazer parte da iniciativa e que se comprometeriam a tentar mudar suas leis internas sobre sigilo. CHAMBERS, Robert. Corporate secrecy: the final barrier to corporate governance. **Int. J. Business governance and ethics**, vol. 2, n. 1/2, 2006, p. 46.

¹⁵⁴ Por exemplo: instrumentos derivativos que visam alterar a volatilidade dos preços dos títulos são projetados e vendidos por resseguradoras.

¹⁵⁵ CHAMBERS, Robert. Corporate secrecy: the final barrier to corporate governance. **Int. J. Business governance and ethics**, vol. 2, n. 1/2, 2006, p. 47.

¹⁵⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 141.

que se preocupem em determinar se essa “ineficiência” é realmente resultado de estruturas de sigilo e segredo prósperas ou da cumplicidade das auditorias nos esquemas criminosos¹⁵⁷.

1.3.3 Sigilo como resistência

Para James Coleman, o sigilo é a primeira defesa do criminoso do colarinho branco e, apesar dos criminosos de rua também fazerem o possível para esconder os seus crimes¹⁵⁸, é na elite do crime que a utilização desse instituto resulta em vantagens mais significativas. Em primeiro lugar, as vítimas da criminalidade dos poderosos geralmente não possuem consciência da causa dos seus problemas, uma vez que os custos das transgressões são diluídos em um número considerável de pessoas, dificultando a persecução do todo. Em segundo, por trabalharem atrás de uma complexidade de transações financeiras, o ato de ocultar negócios ilegais torna-se relativamente fácil, principalmente quando o agente responsável pela fiscalização e regulação é sobrecarregado. A influência das corporações sobre a mídia e a falta de apelo sensacionalista acerca dos seus delitos também ajudam a ocultá-los da opinião pública. Por fim, quando seus crimes são descobertos, os criminosos corporativos costumam usar uma série de técnicas para obstruir os processos na justiça. Geralmente, as corporações, e até mesmo as instituições envolvidas, recusam-se a entregar às autoridades os dados e documentos solicitados alegando o direito fundamental ao sigilo (notadamente o fiscal e o bancário), o que prolonga a batalha jurídica pela obtenção de informações¹⁵⁹.

No Brasil, um dos mais emblemáticos esquemas criminosos descobertos funciona como um excelente exemplo da utilização do instituto sigilo como técnica de obstrução. Em 2017, a Polícia Federal brasileira deflagrou a denominada “Operação Bullish” pela Polícia Federal após suspeitas de irregularidades em aprovações de investimentos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na expansão do grupo empresarial JBS, gigante do setor de frigoríficos e dono de marcas como a Friboi. À época, o Tribunal de Contas

¹⁵⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 141.

¹⁵⁸ Para mais sobre a incidência do sigilo na criminalidade como um todo SIEGEL, Dina. Secrecy, betrayal and crime. **Utrecht Law Review**, vol. 7, ed. 3, out. 2011, p. 107-119.

¹⁵⁹ James Coleman verifica aí o chamado “jogo da protelação”, marcado tanto pela recusa de entregar às autoridades as informações solicitadas, quanto pelo uso da tática alternativa de “concordância exagerada”, onde as corporações costumam entregar milhares de páginas contendo declarações extremamente técnicas, que o governo levará meses ou anos para compreender e confiar. COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 289-291.

da União requisitou diversos dados e documentos ao BNDES, para realizar uma auditoria sobre as operações de empréstimos e compra de ações da empresa.

O Banco, contudo, recusou-se, alegando que as informações eram protegidas por sigilo bancário. Após muito debate, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal e o relator do caso, ministro Luiz Fux, entendeu que o sigilo das informações deve ser relativizado quando se está diante de interesses da sociedade e, por mais que se diga que o segredo seja alma do negócio, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a divulgação for necessária para controle do gasto dos recursos públicos¹⁶⁰.

Ainda, em 28 de abril de 2021, a Procuradoria-Geral da República (PGR) classificou como sigilosas as informações sobre bilhões de reais arrecadados por meio de acordos de leniência no âmbito da Operação Lava-Jato, proibindo a divulgação de dados sistemáticos sobre quanto foi pago, quem pagou, como esses valores estão sendo geridos e, ainda, qual destino final desses recursos. Em dezembro de 2019, as informações haviam solicitadas pelo ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União (TCU), mas a resposta só fora enviada quatro meses depois por conta da inexistência de um banco de dados consolidados e sob o argumento de que fora necessário realizar análises individuais de centenas de processos judiciais sigilosos em curso ou arquivados. Questionada sobre porque enviou os dados ao TCU, mas estabeleceu sigilo sobre eles, a PGR informou em nota à imprensa que os números encaminhados ao Tribunal eram reservados e não podiam ser compartilhados.

Recentemente, o tema proteção do direito fundamental à privacidade vs. flexibilização em prol de investigações criminais relacionadas a crimes de colarinho branco retornou aos bancos da Corte Constitucional. No final de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal analisou a legalidade do compartilhamento de informações obtidas por órgãos de controle financeiro, como a Receita Federal e o antigo Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (rebatizado como Unidade de Inteligência Financeira – UIF), com o Ministério Público e autoridades policiais¹⁶¹.

O julgamento, originário de um processo sobre sonegação fiscal envolvendo donos de postos de combustíveis, ganhou grande relevância midiática após a defesa do parlamentar

¹⁶⁰ Para mais sobre o escândalo envolvendo a JBS COELHO DA SILVA, Bernardino; TOGNOLLO, Claudio. **Nome aos bois**: a história das falcaturas da JBS. São Paulo: Matrix, 2017.

¹⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público**. Site institucional do Supremo Tribunal Federal. 28 de novembro de 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

Flávio Bolsonaro solicitar a suspensão de investigações a ele relacionadas até que o recurso com repercussão geral reconhecida fosse analisado. O caso Bolsonaro tinha como plano de fundo investigações do Ministério Público do Rio de Janeiro iniciadas após relatórios do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) apontarem movimentações suspeitas ligadas ao gabinete do então deputado estadual, que poderiam indicar crimes de corrupção e lavagem de capitais. Sob o argumento de que as informações repassadas pelo órgão de inteligência financeira estavam protegidas por sigilo bancário e que, portanto, só poderiam ser compartilhadas mediante autorização judicial, a defesa do parlamentar conseguiu uma liminar, que paralisou não só sua própria investigação, mas também outras centenas de inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais e ações penais relacionados a crimes tributários, corrupção e lavagem de dinheiro¹⁶².

Sob duras críticas de Procuradores da República relacionados à Operação Lava Jato, tensão entre os três Poderes e ameaças de abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (a chamada “CPI Lava Toga”)¹⁶³, o Supremo Tribunal Federal analisou o recurso em novembro de 2019, fixando a tese de que é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial. Pelo entendimento da Corte, esse compartilhamento deve ser feito unicamente por meio de comunicações e procedimentos formalmente instaurados sujeitos a posterior controle jurisdicional, resguardando-se o sigilo das informações¹⁶⁴.

Decisões jurisprudenciais desfavoráveis a posicionamentos garantistas não são unanimidade. Em outras oportunidades, os tribunais superiores brasileiros já decidiram que o

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público**. Site institucional do Supremo Tribunal Federal. 28 de novembro de 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹⁶³ Em 2019, foi proposta a criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito contra o “ativismo judicial” em Tribunais Superiores, apelidada de “CPI Lava Toga”. O objetivo era investigar condutas ímprobas, desvios operacionais e violações éticas por parte de membros do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais Superiores do país. Após uma primeira tentativa fracassada, a proposta foi reapreciada e obteve o apoio parlamentar necessário para que uma investigação fosse instaurada no Senado Federal. Todavia, em outubro de 2020, dois parlamentares retiraram o apoio à abertura da investigação e a iniciativa corre riscos de ser encerrada de vez.

¹⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público**. Site institucional do Supremo Tribunal Federal. 28 de novembro de 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

direito ao sigilo deveria permanecer, ainda que contraposto ao interesse público no descobrimento de atos criminosos. A exemplo: a) impossibilidade de incriminação fundada em dados de computador, bancários e fiscais obtidos por autoridades legitimadas a afastar o sigilo ((STF, HC 90.298; STJ, RHC 26.236); b) inviolabilidade do sigilo profissional do advogado (STJ, HC 59.967); c) ilegalidade da quebra do sigilo por falta de indícios suficientes ou material probatório robusto (STJ, AgRg na CR 2.069); dentre outros.

Essas decisões reforçam a ideia de que, mesmo movidos pela necessidade acesso informacional, reguladores, fiscalizadores e aplicadores do direito penal não podem desconsiderar conquistas histórias de direitos fundamentais. No ordenamento jurídico brasileiro o sigilo é uma garantia constitucional decorrente da proteção à intimidade e à vida privada, consubstanciada nos incisos X e XII do art. 5º, CF. Portanto, não obstante o direito nacional assegurar a inexistência de direitos absolutos, qualquer flexibilização do sigilo precisa obedecer ao caráter da excepcionalidade¹⁶⁵.

Deixando de lado debates sobre assertividade dos julgamentos mencionados, a aparente diferença na orientação decisória, que ora privilegia interesses privados, ora prioriza o interesse público, indica, no mínimo, ausência de discussões mais significativas sobre sigilo e confidencialidade a nível jurisprudencial, que se preocupem em compreender não só a instrumentalização do instituto jurídico, mas toda a dinâmica subjacente ao problema.

¹⁶⁵ RAMOS, Giulia. **A cooperação jurídica internacional na prevenção à lavagem de capitais e o acesso a informações bancárias**. Relatório final de pesquisa de iniciação científica. São Paulo: FAPESP, 2017.

2 CÍRCULOS DE SILÊNCIO, CONTEXTO SOCIAL FACILITADOR E PORTOS SEGUROS PARA A CRIMINALIDADE CORPORATIVA: A DINÂMICA RELACIONADA AO SIGILO

2.1 A articulação de círculos de silêncio

2.1.1 Aproximação conceitual entre criminalidade corporativa e “sociedades secretas”

A eficácia do sigilo enquanto oportunidade e instrumento de resistência da subcultura corporativa parece ser fortemente dependente do grau com o qual os autores envolvidos conseguem proteger suas atividades do mundo exterior pela articulação de círculos de silêncio. Nesse sentido, quanto maior o isolamento e opacidade do meio, maior a chance de que os segredos continuem sendo segredos¹⁶⁶. Essa premissa incide de tal maneira na criminalidade corporativa que muitos autores chegam a defender que ela se aproxima do conceito de sociedade secreta criado por Georg Simmel¹⁶⁷: uma interação caracterizada pelo fato de que as relações recíprocas entre os membros são regidas pela função protetora do sigilo.

Segundo este autor, duas seriam as características centrais de uma sociedade secreta: (1) seus membros estão preocupados com a proteção de ideias e atividades, as quais eles atribuem um dado valor e (2) essa proteção é buscada por meio do controle da distribuição de informação sobre esses elementos valorizados¹⁶⁸. De acordo com o conceito de Simmel, a pressão externa por certas ideias e atividades de um grupo aumentaria a probabilidade de formação de sociedades secretas. Segredo, portanto, seria uma determinação sociológica característica da recíproca relação entre elementos de um grupo, dotada simultaneamente de um significado externo e interno: por meio do fornecimento seletivo de informações, implica em manter o ambiente externo desinformado quanto à verdadeira natureza das atividades do grupo, ao mesmo tempo que, pela necessidade de confiança mútua, depende da existência de

¹⁶⁶ VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. *Criminology and Public Policy*, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 438.

¹⁶⁷ Para mais sobre sociedades secretas SIMMEL, Georg; WOLFF, Kurt H. *The sociology of Georg Simmel*. Translated, edited and with a introduction by Kurt H. Wolf. Glencoe, Illinois: Fress Press, 1950, p. 335 e ss.

¹⁶⁸ JASPERS, J.D. Strong by concealment? How secrecy, trust and social embeddedness facilitate corporate crime. *Crime, Law and Social Change*, n. 73, January 2020, p. 55-72, p. 57.

características organizacionais capazes de moldar o comportamento dos membros a certos padrões sistematicamente concebidos¹⁶⁹.

O esquema Ponzi de Bernie Madoff nos EUA¹⁷⁰, por exemplo, possuía uma organização que correspondia de várias maneiras às características das sociedades secretas propostas por Simmel: a) isolamento dos funcionários em um andar separado, acessível a apenas um número seleto de pessoas; b) a equipe que tinha conhecimento dos ilícitos era composta eminentemente de pessoas jovens, bem remuneradas e que gozavam de certos privilégios na empresa; c) apenas Madoff e seu braço direito, DiPascali, poderiam explicar a estratégia de investimento da empresa quando solicitado pelos investidores; e d) durante muito tempo, Madoff driblou a fiscalização alegando que era um corretor e não um consultor de investimentos, assim evitava o registro e as regras de divulgação da SEC.

No Brasil, o grande e duradouro esquema de corrupção e fraude a licitações perpetuado pela Odebrecht também pode ser analisado como um exemplo de rede de ocultação que se aproxima do conceito sociológico de Simmel. Sob o radar da Justiça, a empresa vinha sendo investigada no país pela força-tarefa da Operação Lava Jato, responsável por apurar megadesvios de dinheiro ocorridos na Petrobrás. Após firmarem acordos de leniência com autoridades do Brasil, dos Estados Unidos e da Suíça, a maior construtora da América Latina e uma de suas subsidiárias admitiram ter pago juntas mais de 1 bilhão de dólares (o equivalente a 3,3 bilhões de reais a época) em propina a funcionários, partidos políticos e representantes de

¹⁶⁹ SIMMEL, Georg; WOLFF, Kurt H. **The sociology of Georg Simmel**. Translated, edited and with a introduction by Kurt H. Wolf. Glencoe, Illinois: Fress Press, 1950, p. 345.

¹⁷⁰ Bernard Madoff, operador renomado de Wall Street e fundador da Bernard L. Madoff Investment Securities LLC, foi condenado nos EUA a 150 de prisão no dia 29 de julho de 2009 acusado de estar por trás de um esquema multibilionário e fraudulento de pirâmide financeira conhecido como comumente de esquema Ponzi. O esquema consistia basicamente no pagamento de lucros altos, mas críveis a investidores mais antigos à custa daqueles atraídos posteriormente à pirâmide, em vez da receita gerada por qualquer negócio real. Madoff iniciou seu esquema criando um “*hedge fund* exclusivo para investidores selecionados” em 1986. Em apertada síntese, declarava a seus investidores que utilizava estratégias de opções atreladas a compras de índice de bolsa americana (operação cujo nome técnico é *collar*) e de opções de venda (*put options*), enviando extratos mensais que demonstravam ganhos anuais significativos, cuidadosamente calculados para equivaler ao intervalo dos ganhos esperados tanto em termos de ações, quanto em termos de renda fixa. Tais transações financeiras (trade), todavia, não eram efetivamente realizadas e Madoff apenas depositava o dinheiro dos clientes em uma conta corrente com liquidez no banco JPMorgan Chase, em nome de seu hedge fund. Além do *hedge fund*, Madoff ainda mantinha sua própria corretora (a Madoff Secutiries), cuja principal finalidade era demonstrar que as transações financeiras eram de fato realizadas (apesar de não serem), mesmo a custo de prejuízos, que eram encobertos contabilmente pelo dinheiro transferido da conta corrente no JPMorgan. O conhecimento dos funcionários da corretora era deliberadamente restringido de modo que eles não soubessem (1) como era o *hedge fund* era gerido e (2) que operavam com prejuízo, julgando terem lucro conforme demonstrado em balanços falsificados. Essas foram apenas algumas das estratégias utilizadas pelo operador para fazer com que o seu esquema perdurasse durante anos. Para mais sobre BELTRÃO, Helio. O maior esquema de pirâmide do século - como Bernie Madoff enganou meio-mundo durante trinta anos. **Instituto Mises Brasil**, São Paulo, 16 de fev. de 2016. Disponível em <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2316>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

governos de 12 países, incluindo o Brasil. Em troca do suborno, as empresas ganhavam vantagens em contratos em relação a concorrentes. O esquema era tão organizado que a Odebrecht criou, em 2006, um departamento exclusivo para gerenciar o pagamento de propina chamado de “Divisão de Operações Estruturais”. Para ocultar os desvios, essa divisão utilizava um sistema de comunicações à parte, que permitia aos seus membros se comunicarem com os autores e com os operadores financeiros externos por meio de códigos e senhas.

2.1.2 A limitação explicativa da mera existência de teias de segredo

Escândalos como o do esquema Ponzi de Madoff e da Odebrecht parecem se encaixar nos parâmetros, principalmente pela atenção dispendida à criação de estruturas internas capazes de controlar cuidadosa e suficientemente o fluxo de informações para o mundo exterior. Entretanto, outros como o caso de um cartel holandês de construção civil mencionado por Henk van de Bunt, em sua análise sobre paredes de segredo e silêncio¹⁷¹, e da JBS no Brasil¹⁷², por não possuírem uma organização específica projetada para proteger suas atividades ilegais,

¹⁷¹ O caso holandês consistia em extensos acordos de cartel entre várias empresas envolvidas, entre outras coisas, na construção de edifícios, estradas e pontes. Basicamente, os membros do cartel realizavam acordos entre si de modo que na prática nenhuma competição real ocorresse entre eles em eventual processo de licitação. Arquitetando preços com antecedência, o cartel conseguia artificialmente garantir quem apresentaria a menor oferta e firmaria o contrato. Dessa forma, as empresas acabavam por “dividir” os trabalhos entre si. Em 1999, um ex-diretor de uma dessas construtoras tentou em vão alertar o Ministério Público das atividades do cartel, mas foi apenas em 2002 por meio de um inquérito parlamentar que o esquema foi finalmente revelado. A Comissão de Inquérito estimou que os arranjos do cartel resultaram em aumentos de preços injustificados de aproximadamente 8,8% por projeto. VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. *Criminology and Public Policy*, vol. 9, n. 3, august 2010, p. 437.

¹⁷² Em 2017, o executivo Joesley Batista, na época era o presidente da J&F (holding controladora da JBS S.A., uma das maiores indústrias de alimento do mundo), protagonizou um dos eventos mais marcantes da história brasileira recente: o vazamento de uma gravação dele e do então Presidente da República Michael Temer aparentemente conversando sobre uma mesada milionária paga pela empresa ao ex-presidente da Câmara Eduardo Cunha. A gravação fazia parte de documentos entregues por Joesley à Procuradoria Geral da República em delação premiada no âmbito da Operação Lava Jato. Em sua delação, o empresário afirmou que o grupo empresarial havia pago 400 milhões de reais em propina a mais de 1.800 políticos e servidores públicos, lista que incluiu senadores, deputados e o próprio Presidente da República Michael Temer. Após o vazamento, uma avalanche atingiu a empresa, o mercado e a política brasileiros. Nos meses que se seguiram, Temer foi denunciado por corrupção passiva pelo Procurador-Geral da República, os irmãos Batista foram presos, as empresas do grupo J&F perderam valor, receberam multas bilionárias, venderam ativos e renegociaram dívidas. Ainda que a delação premiada que abalou o país tenha sido feita no âmbito da Operação Lava Jato, ela não é a única investigação na qual a JBS e sua controladora, J&F, foram envolvidas. O grupo também foi investigado: a) na Operação Carne Fraca, que investigou denúncias de que fiscais teriam recebido propina de 63 empresas do setor de carnes para permitir que essas companhias sonegassem impostos e burlassem normas sanitárias; b) na Operação Bullish, que apura fraudes e irregularidades na liberação de apoio financeiro do BNDES; c) na Operação Greenfield, que investiga subornos e transações fraudulentas envolvendo fundas de pensão estatais; d) na Cui Bono, que verifica a cobrança de propina na própria Caixa Econômica Federal; e e) na Operação Tendão de Aquiles, que analisa o uso de informação privilegiada para lucrar indevidamente no mercado de ações e de câmbio. COELHO DA SILVA, Bernardino; TOGNOLLO, Claudio. **Nome aos bois**: a história das falcatruas da JBS. São Paulo: Matrix, 2017.

fogem à definição, tornando no mínimo problemática uma concepção da relação sigilo e criminalidade corporativa que se resumisse à teoria sociológica de Simmel¹⁷³.

No caso do cartel holandês, a facilidade com a qual empresas podiam participar de conversões preliminares, tal como indicada pelo inquérito parlamentar holandês que investigou o esquema, indica que faltava ao arranjo criminoso uma estrutura projetada para proteger suas atividades. Da mesma forma, os acordos firmados “secretamente” foram registrados em cadernos escondidos nos mais inusitados locais, como carros e adegas, demonstrando qualquer falta de preocupação quanto a eventuais descobrimentos¹⁷⁴. Igualmente, os esquemas da JBS se mostravam pouco ocultos e muito de seus pares tinham pleno conhecimento de suas práticas. Conforme posteriormente mencionado, por diversas vezes altos executivos do grupo falaram abertamente em reuniões sobre suas atividades ilícitas, tratando-as como excepcionalmente normais¹⁷⁵.

2.2 Contexto social facilitador

2.2.1 A invisibilidade da conduta e o juízo de não suspeição

O simples fato de os autores conseguirem ocultar seus crimes por meio de silêncio não explica como eles conseguem enganar tantas pessoas por tanto tempo. Se diversas ocultações estavam longe de serem perfeitas e certamente levantaram dúvidas em algum momento da história (vide JBS, alvo durante anos de diferentes operações da Polícia Federal pelos mais distintos motivos), grande parte da dinâmica envolvendo o sigilo reside na existência de uma atitude acrítica quanto a sua relevância e funcionamento¹⁷⁶. A inserção social do crime corporativo parece proteger mais os seus membros contra a detecção do que o próprio isolamento ou a simples dissimulação das atividades. Nesse sentido, estudiosos sugerem que a existência de um ambiente social silencioso funciona como uma concha em torno da criminalidade econômica, integrando-a estrutural e relacionalmente à sociedade¹⁷⁷.

¹⁷³ VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. *Criminology and Public Policy*, vol. 9, n. 3, august 2010, p. 440.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ COELHO DA SILVA, Bernardino; TOGNOLLO, Claudio. **Nome aos bois**: a história das falcaturas da JBS. São Paulo: Matrix, 2017.

¹⁷⁶ VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. *Criminology and Public Policy*, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 440.

¹⁷⁷ Analisando metodologicamente 14 casos de cartéis holandeses, JD Jasper apresenta evidências empíricas que fomentam a discussão sobre como os cartéis permanecem sem serem detectados por longos períodos e como seus

O problema do sigilo no âmbito corporativo vai muito além dos círculos de silêncio que envolvem os atores imediatos, estendendo-se à aparente invisibilidade – ou menos visibilidade – dos crimes corporativos quando comparados aos crimes convencionais, como delitos contra a vida e contra o patrimônio¹⁷⁸. Em parte, essa invisibilidade decorre não só da própria natureza do crime corporativo, geralmente arquitetado a portas fechadas e por um grupo muito seleto de pessoas, mas também da dificuldade com a qual são detectados, principalmente por envolverem estruturas financeiras, contábeis e organizacionais altamente complexas e apresentarem impactos difusos que pulverizam a noção de vítima e dano¹⁷⁹.

Alinha-se a isso o fato de que as corporações nunca estão completamente isoladas do resto do mundo e seus membros costumeiramente participam de outros grupos e redes sociais. Curiosamente, é essa integração que aumenta as chances de se manter sigilo acerca das atividades ilícitas: por serem considerados “normais” em seu ambiente social, os criminosos do colarinho branco são menos propensos à desconfiança. Nesse sentido, casos como o de Bernie Madoff, da Enron e da Odebrecht compartilham uma característica criminológica: seus autores configuram aquilo que David Friedrichs denomina de “criminosos de confiança”, que podem realizar atividades ilegais por longos períodos de tempo acima de qualquer suspeita, causando vultosos prejuízos sem serem notados¹⁸⁰.

2.2.2 Neutralização

Eventual conflito entre a cultura da competição e padrões éticos é cuidadosamente ocultado do conhecimento público, por meio da manutenção da pretensão de que não existem contradições e que o comportamento antiético, no final, acaba sendo recompensado com o fracasso e a desgraça (vide por exemplo o caso brasileiro Eike Batista). Se simplesmente mudar as normas do jogo é uma prática muito óbvia para solucionar essa contradição, outras técnicas são utilizadas por pessoas que rejeitam abertamente os padrões éticos de sua cultura e por aquelas que não veem nada de atraente nos valores do materialismo e da competição, apesar de

participantes lidam as tensões existentes entre confiança, comunicação e ocultação. JASPERS, J.D. Strong by concealment? How secrecy, trust and social embeddedness facilitate corporate crime. **Crime, Law and Social Change**, n. 73, January 2020, p. 55-72, p. 59.

¹⁷⁸ MINKES, John. Silent or invisible: governments and corporate financial crimes. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 468.

¹⁷⁹ Para mais sobre SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. Prefácio de William S. Laufer. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

¹⁸⁰ FRIEDRICHS, David. **Trusted criminals**: White collar crime in contemporary society. 4 ed. Belmont, CA: Wadsworth, 2009.

serem atraídos por eles. Uma forma de construir uma realidade pessoal que combine esses dois modos de pensar é o usar o que ficou conhecido por “técnicas de neutralização”.¹⁸¹

Essencialmente, a técnica de neutralização é um dispositivo que possibilita aos indivíduos violar padrões normativos importantes e, ao mesmo tempo, neutralizar a classificação desses comportamentos como transgressores ou até mesmo criminoso, por meio de racionalizações utilizadas pelos ofensores para justificar suas ações. Importante mencionar que as técnicas de neutralização não são apenas racionalizações *ex post facto*, estando também disponíveis para o ofensor em potencial antes que a transgressão ocorra, sendo, pois, parte da motivação para a ação original. As conclusões extraídas do estudo detalhado de Donald Cressey, já mencionado no item 1.2.1, sobre a Teoria do Triângulo da Fraude, incidem de maneira central no tocante às explicações causais da neutralização.¹⁸²

Segundo Cressey, a maior parte dos indivíduos que cometem fraudes racionalizam seus crimes dizendo a si mesmos que estão apenas “pegando dinheiro emprestado e que logo irão devolver”. Esse tipo de raciocínio, menciona o autor, continua a ser utilizado para justificar o crime à medida que o ofensor se envolvia cada vez mais na conduta.¹⁸³ Apesar desse tipo de raciocínio não funcionar da mesma forma para outros crimes de colarinho branco, existem vários estudos que examinam as justificativas usadas por esses criminosos, estando entre os principais argumentos de neutralização (que podem aparecer isolada ou de maneira combinada: (i) os crimes não causam mal a ninguém e, por não prejudicar alguém em específico, a ação não seria ilícita do ponto de vista penal¹⁸⁴; (ii) a própria lei é desnecessária ou injusta¹⁸⁵; (iii) o comportamento criminoso é necessário para a sobrevivência em determinado ambiente ou para atingir escopos econômicos/políticos essenciais; (iv) “todo mundo faz isso”; (v) seria injusto condenar apenas um único ofensor; e (vi) o transgressor merece aquele dinheiro.¹⁸⁶

Importante ressaltar que para Donald Cressey essas justificativas não são meramente inventadas pelos transgressores, mas sim aplicadas mediante constatação de que elas se

¹⁸¹ COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução Denise R. Sales. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 325.

¹⁸² *Ibid.*, p. 326-327.

¹⁸³ CRESSEY, Donald. **Other people's money**: a study in the social psychology of embezzlement. California: Walsworth, 1971, publicado originalmente em 1953, p. 101.

¹⁸⁴ Dados empíricos têm demonstrado que a população é mais tolerante com furtos contra grandes empresas e o governo, por exemplo, do que contra empresas menores e mais vulneráveis, por entender que aqueles são menos prejudiciais à vítima do que estes. COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução Denise R. Sales. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 328.

¹⁸⁵ Não raramente, empresários reclamam das interferências do governo, utilizando-se da ideologia do capitalismo liberal para apontar quais legislações consideram inadequadas. *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 328-330.

enquadram a verbalizações preexistentes e já colocadas à sua disposição pela cultura em que estão envolvidas¹⁸⁷. Apesar de verdadeira na maioria dos casos, a afirmação do autor desconsidera a possibilidade de que os indivíduos também podem construir suas próprias justificações, baseados em circunstâncias individuais, e/ou reelaborar raciocínios aprendidos anteriormente para os adaptar à sua experiência particular. Mas no geral fica claro que a grande parcela das técnicas de neutralização é de alguma forma culturalmente aprendidas dentro das subculturas profissionais, que além de fornecer argumentos apropriados a seus integrantes, também os isolam de pessoas que poderiam julgar com severidade suas atividades criminosas.¹⁸⁸

2.2.3 Zonas cinzentas e o “não saber” premeditado

A ausência de interesse em divulgar a verdade também compõe o contexto social facilitador que garante maior probabilidade de sucesso às dinâmicas de sigilo. Há nos crimes corporativos uma zona cinzenta entre o saber e o não saber onde ninguém tem interesse em perguntar o que e como está acontecendo. Como aponta van de Bunt, “às vezes, a busca pela verdade é inconveniente, porque é muito mais atraente continuar acreditando em uma falsa impressão do estado real das coisas”¹⁸⁹. Assim, dentro de uma organização com interações constantes, o sigilo de dados pode ser manobrado defensivamente para limitar o conhecimento que cada um obtém sobre as práticas do outro, mantendo deliberadamente certos atores no escuro como forma de limitação de responsabilidade. Trata-se de verdadeiras conspirações de sigilo fundamentadas na ignorância e inação diante do conhecimento¹⁹⁰.

Para James W. Coleman, a estrutura organizacional da burocracia moderna, presente expressivamente no âmbito corporativo, facilita essa manipulação da definição que empregados possuem do seu próprio mundo profissional. Não só o tamanho dessas corporações, mas também a tendência de que elas se especializem cada vez mais em unidades organizacionais acaba fragmentando a atuação e, conseqüentemente, a responsabilidade individual:

¹⁸⁷ CRESSEY, Donald. **Other people's money**: a study in the social psychology of embezzlement. California: Walsworth, 1971, publicado originalmente em 1953, p. 137.

¹⁸⁸ COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução Denise R. Sales. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 333.

¹⁸⁹ VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 443.

¹⁹⁰ “Corporate cultures often incorporate expectations from the boss to 'get it done, but don't tell me how you do it'. Concerted ignorance happens at all levels of complex organizations”. BRAITHWAITE, John. **Crime, shame, and reintegration**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1989, p. 146.

funcionários com atribuições especializadas não percebem (ou preferem ignorar) o potencial impacto do todo, ao mesmo tempo que altos executivos fazem um esforço intencional para evitar serem responsabilizados legalmente por atividades ilegais encorajadas por eles próprios¹⁹¹.

2.2.4 A seletividade e inconstância das respostas estatais

A grande questão envolvendo essas conspirações de silêncio é que, além do medo das consequências da divulgação, que envolvem desde danos à reputação dos denunciantes e riscos de exclusão a impactos econômicos negativos na corporação em geral, eventuais políticas dissuasivas de incentivo precisam considerar que o modelo econômico da corporação não funciona exatamente como uma calculadora racional¹⁹². As empresas e seus membros não serão dissuadidos porque possuem estratégias cuidadosamente planejadas sob considerações de custos potenciais e benefícios percebidos das ações ilegais.

Há muito já se compreende que a tomada de decisões por indivíduos dentro das corporações não é assim tão precisa, sendo, na verdade, o resultado de um raciocínio complexo composto por diferentes motivações de cunho pessoal (baseadas em considerações de moral, vergonha e ganho pessoal), mas também organizacional¹⁹³ (maximização dos lucros, manutenção de reputação e atendimento de comportamentos culturalmente incentivados). Essa mudança de pensamento exige que os formuladores de políticas adotem uma postura fundada em um modelo de conformidade, no qual os negócios são incentivados a se comportar adequadamente pela educação e persuasão, em detrimento de um modelo de coerção pura que enfatize a dissuasão por meio de sanções severas¹⁹⁴.

Qualquer política regulatória ou de fiscalização que se almeje eficiente deve, no mínimo, preocupar-se em compreender como as corporações realmente funcionam, atitude que necessariamente passará pela priorização política criminal de toda a dinâmica relacionada à instrumentalização do sigilo pelas forças corporativas. Nessa linha, afirma Nancy Reichamn

¹⁹¹ COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução Denise R. Sales. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 340-341.

¹⁹² MINKES, John. Silent or invisible: governments and corporate financial crimes. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 470.

¹⁹³ SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, law and social control**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

¹⁹⁴ MINKES, John. Silent or invisible: governments and corporate financial crimes. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 471.

que, para serem bem-sucedidos, os programas para promoção de divulgação devem atender à dinamicidade do mercado, considerando que (a) as normas de divulgação estão profundamente enraizadas nas culturas organizacionais e ocupacionais e (b) as oportunidades de engano mudam constantemente, de modo que qualquer tentativa de regulação sempre estará um passo atrás das corporações¹⁹⁵.

Todavia, mesmo que bem estruturada, a existência de políticas voltadas à quebra das conspirações de segredo acrescenta muito pouco se ninguém com autoridade para agir quer verdadeiramente fazê-lo. A falta de vontade política parece ainda crer, na maioria do tempo, no poder de forças não-legais (como a concorrência) para substituir comportamentos corporativos agressivos¹⁹⁶, direcionando atenção à criminalidade corporativa apenas casuisticamente. O descobrimento de grandes escândalos gera uma resposta dramática dos governos, onde a reação padrão é sugerir nova legislação ou regulamentação, mas a pressão diminui até que o próximo esquema criminoso os force a agir novamente¹⁹⁷. É o que se observou, por exemplo, na promulgação do *Sarbanes-Oxley Act* pós-Enron, legislação norte-americana cuja pretensão era regular o balanço de companhias que viessem a ter ações na Bolsa de Nova Iorque¹⁹⁸, e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846 /2013), pós escândalo do Mensalão no Brasil.

Laufer e Caulfield apontam que, apesar do corpo de estudos normativos e doutrinários sobre *corporate accountability* continuar lentamente a evoluir, tal evolução é constantemente dificultada por uma longa história de falhas em reformas legislativas significativas¹⁹⁹. Do ponto de vista político, as diferentes orientações ideológicas (esquerda vs. direita, por exemplo), pouco recorrem ao “mercado de ideias” sobre o crime corporativo, desconsiderando quase sempre os resultados das políticas legislativas e as evidências científicas. Seja para defender a livre atuação do mercado, seja para apoiar uma batalha contra os mais ricos, políticos no geral não pressionam por avaliações teóricas rigorosas e experimentação de campo detalhadas na

¹⁹⁵ REICHMAN, Nancy. Getting our attention. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 483.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 484.

¹⁹⁷ SNIDER, Laureen. “This time we really mean it”: cracking down on stock market fraud. In PONTELL, Henry N.; GEIS, Gilbert Geis (eds.). **International handbook of white-collar and corporate crime**. New York: Springer, 2007.

¹⁹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. RAMOS, Giulia. Tax compliance, crimes tributários e representação fiscal para fins penais. In CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). BRITTO, Lucas Galvão de; JUREIDINI, Karem (Org.). **Compliance no direito tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 282.

¹⁹⁹ LAUFER, William S.; CAULFIELD, Matthew. Wall Street and progressivism. **Yale Journal on Regulation Bulletin**, vol. 37, p. 36-51, 2019, p. 41-42.

determinação de quais estratégias funcionam, qual política de dissuasão é mais eficaz ou qual abordagem de conformidade realmente reduz a probabilidade de delinquência²⁰⁰.

2.3 “Portos-seguros” para a criminalidade corporativa

2.3.1 A cumplicidade do sigilo com regimes autoritários e seu protagonismo em crises econômicas e escândalos corporativos

Especificamente sobre o tema aqui analisado, a seletividade e inconstância da resposta estatal parece desconsiderar dois pontos cruciais: 1) o sigilo sempre demonstrou sua ambiguidade por meio da cumplicidade com regimes autoritários e protagonismo em crises financeiras; e 2) que, como bem pontua o economista Gabriel Zucmán, sempre haverá um “porto seguro” para o dinheiro e, conseqüentemente, para a criminalidade corporativa²⁰¹. Historicamente, “verdade e sigilo evidenciam um poderoso uso político”. Pode-se mencionar três importantes documentos históricos que revelam criticamente o papel do sigilo bancário sobre a geopolítica internacional: 1) relatório elaborado pela Comissão Bergier, conduzida na Suíça, em 1996, que teve a finalidade de sistematizar evidências acerca da relação íntima existente entre as instituições financeiras suíças e a ocultação da riqueza ilícita expropriada durante a Segunda Guerra Mundial, investigando os motivos pelos quais o sigilo consolidou-se como um direito no país; 2) *Pentagon Papers*, cuja análise evidencia o meio pelo qual o sigilo operou e permitiu a cumplicidade com a Guerra contra o Vietnã, em 1971; e 3) o mais recente e os que atingiram maiores proporções, *Panama, Paradise e Pandora Papers*.²⁰²

No entanto, especialmente o segundo aspecto evidencia um dos principais, se não o mais importante desdobramento da relação sigilo e criminalidade corporativa: a utilização desenfreada e agressiva de paraísos fiscais, ou, mais genericamente, paraísos jurídicos, estimulada pela existência do sigilo nesses ambientes, argumento subvalorizado com frequência

²⁰⁰ Conforme indicam os autores, aproximadamente 15% a 20% dos custos operacionais das instituições financeiras, por exemplo, estão sendo direcionados a políticas de governança, risco e conformidade sem considerar se os custos regulatórios assumidos pelo setor privado estão realmente relacionados a uma governança melhor e regulamentação mais eficaz. LAUFER, William S.; CAULFIELD, Matthew. Wall Street and progressivism. **Yale Journal on Regulation Bulletin**, vol. 37, p. 36-51, 2019, p. 42.

²⁰¹ “El dinero siempre hallará un puerto seguro: si atacamos aquí, se irá más allá. El capitalismo sin paraísos fiscales es una utopía [...]”. ZUCMAN, Gabriel. **La riqueza oculta de las naciones**: cómo funcionan los paraísos fiscales y qué hacer con ellos. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2015, p. 11.

²⁰² Para mais sobre SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 314-316.

nas análises de fraudes corporativas. A título de exemplo, em 25 junho de 2020, com o mundo ainda convalescendo da pandemia de Covid-19, os jornais europeus noticiavam um dos maiores escândalos corporativos de todos os tempos: o colapso da gigante Wirecard, empresa de pagamentos à época listada pela DAX entre as 30 companhias abertas de melhor performance financeira da Alemanha.

A história de 20 anos de sucesso da maior *FinTech* alemã, cujas ações valorizaram 3115% de 2009 a 2018, desmoronou como um castelo de cartas em apenas 10 dias após a Wirecard admitir publicamente que 1,9 bilhões de euros (US\$ 2,1 bilhões) haviam simplesmente desaparecido de seu resultado. Pouco tempo depois, descobriu-se que o aparente êxito astronômico da companhia não possuía lastro real, decorrendo, na verdade, de uma elaborada fraude contábil e de uma série de crimes corporativos arquitetados em diversas partes do mundo.²⁰³

Relatórios preliminares da investigação sobre o escândalo indicaram que uma das técnicas utilizadas no esquema consistia do preenchimento dos livros referente às operações asiáticas da empresa segundo uma prática tradicionalmente conhecida como *round-trip*: em síntese, parte do dinheiro saía de um banco da Wirecard na Alemanha, aparecia no balanço de uma subsidiária inativa em Hong Kong e posteriormente nos documentos contábeis de um “cliente” externo, para então retornar à titularidade da Wirecard em outro país (Índia). As transações potencialmente duvidosas eram feitas além-fronteiras a fim de fazê-las parecer legais para auditores locais, criando uma verdadeira “trilha de papel” que poderia ser mostrada a reguladores e fiscalizadores como comprovação de entradas e saídas legítimas de dinheiro.²⁰⁴

Essa, contudo, não era a primeira vez que as práticas contábeis do grupo foram questionadas. Acusações de contabilidade suspeita foram feitas em 2008, 2015 e 2016 e diversas bandeiras vermelhas foram levantadas por denunciadores, controles internos e pela mídia. Suspeitas de que a Wirecard pudesse estar a incorrer em um esquema de lavagem de dinheiro, somadas ao crescimento de seus lucros em mais de 100% entre 2015 e 2018, levaram a autoridade federal de supervisão financeira alemã (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, mais conhecida por sua abreviação BaFin) a investigar a documentação contábil da empresa. A investigação, contudo, concluiu que a Wirecard era

²⁰³ MCCRUM, Dan; PALMA, Stefania. Wirecard: inside an accounting scandal. **Financial Times**, Londres, 7 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d51a012e-1d6f-11e9-b126-46fc3ad87c65>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

²⁰⁴ Ibid.

“financeiramente saudável”²⁰⁵. Da mesma forma, a poderosa empresa de auditoria Ernst & Young Global Limited, responsável pela revisão das contas da companhia desde 2009, nunca sinalizou qualquer tipo de suspeita sobre os balanços.

O escândalo financeiro da Wirecard tem sido chamado de “Enron da Alemanha”, em referência à empresa de energia americana Enron, que faliu no início dos anos 2000. De fato, as semelhanças entre os dois casos é, no mínimo, reveladora. Investigações indicaram que a Enron utilizou diversas sociedades localizadas em paraísos fiscais em sua fraude contábil, das quais a grande maioria funcionava como *Special Purpose Entities* (SPE’s) – em português Entidades de Propósito Específico. Por meio dessas entidades, a empresa transferia passivos, camuflava despesas, alavancava empréstimos, *leasings*, securitizações e arquitetava arriscadas operações com derivativos, não efetuando a consolidação dos resultados de suas subsidiárias deficitárias. O caso também foi marcado por discussões quanto ao papel desempenhado pela empresa de auditoria e consultoria independente Arthur Andersen na sustentação da ilusão do sucesso da Enron.

A semelhança dos casos Enron e Wirecard realmente chama atenção, mas se engana quem pensa que a interseção criminalidade corporativa-paraísos fiscais demorou 18 anos para novamente dar as caras. Apenas dois anos após o escândalo da empresa norte-americana, a falta de transparência e a facilidade de estruturas societárias e transações financeiras ofertada por paraísos fiscais e manobradas por grandes corporações voltou a estar sob os holofotes com o escândalo financeiro da Parmalat, a época maior empresa do setor alimentício da Itália.

Tida como a joia do mercado italiano, a Parmalat viu o valor da cotação dos seus títulos começar a cair em novembro de 2003, após auditores questionarem um investimento de 500 milhões de euros feito ao fundo “*Epicurum*”, administrado por uma empresa ligada à Parmalat e com sede nas Ilhas Cayman. O fato também chamou atenção da Comissão de Operações da Bolsa, que solicitou esclarecimentos quanto à forma pela qual o grupo pretendia reembolsar as suas dívidas. Para tranquilizar seus acionistas, a direção da Parmalat anunciou a existência de um fundo de 3,95 bilhões de euros depositado numa agência do *Bank of America* nas Ilhas Cayman, apresentando um documento, emitido por aquele banco, comprovando a autenticidade

²⁰⁵ MCCRUM, Dan; PALMA, Stefania. Wirecard: inside an accounting scandal. **Financial Times**, Londres, 7 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d51a012e-1d6f-11e9-b126-46fc3ad87c65>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

dos títulos e da liquidez referentes ao valor divulgado. Logo se iria saber que este documento era falso e que o endividamento da Parmalat na verdade superava 14 bilhões de euros.²⁰⁶

Os resultados da empresa foram deliberadamente dissimulados durante anos por meio de um sistema fraudulento baseado em desvios contábeis, orçamentos falsos, documentos falsificados, lucros fictícios e complexas pirâmides de empresas *offshore*, umas vinculadas às outras de modo a tornar impossível detectar a origem do dinheiro e a análise das contas. Diante do conhecimento público de seu esquema, a Parmalat teve então de confessar o rombo, decretando sua falência em dezembro de 2003. Investigações subsequentes continuaram revelando demonstrações financeiras incoerentes com a realidade da empresa, ativos contabilizados que não existiam, transações ilegais e contas em diversas jurisdições. Mais uma vez, os paraísos fiscais apareciam no epicentro do problema.

Em setembro de 2007, apenas um mês após o início de uma crise financeira mundial, o tema novamente ganhou destaque. Com o quase colapso do banco britânico Northern Rock e a derrocada do banco de investimentos Bear Stearns, os paraísos fiscais passaram a ser tema subjacente constante da crise financeira de 2008²⁰⁷. Não coincidentemente, o Lehman Brothers Holdings Inc., cuja queda marcou a crise financeira internacional, era registrado em Delaware - um estado que serve como um paraíso fiscal interno nos Estados Unidos desde o final do século XIX. Sobre o tema, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz afirmam que os paraísos fiscais e o abuso fiscal corporativo exerceram verdadeiro protagonismo na crise financeira dos *subprime*, impulsionando inclusive uma virada na perspectiva de tratamento jurídico penal em termos globais²⁰⁸.

Em 2016, o escândalo dos *Panama Papers*, nome dado pela mídia ao vazamento de vários documentos confidenciais da sociedade de advogados panamenha Mossack Fonseca, reforçou a concepção de que os centros *offshore* são essenciais para o funcionamento

²⁰⁶ RAMONET, Ignacio. O escândalo Parmalat. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Editorial. Acervo online. 1 de fevereiro de 2004. Disponível em <https://diplomatique.org.br/o-escandalo-da-parmalat/>. Acesso em 01 de dezembro de 2020.

²⁰⁷ Antes do seu fracasso, o Northern Rock havia se expandido rapidamente, tornando-se um jogador agressivo no mercado nacional de Obrigações de Dívidas Colateralizadas (CDO's). Apesar de figurar como um dos maiores provedores de hipotecas do Reino Unido, os CDO's em questão não eram emitidos pelo próprio banco, mas sim pela Granite Master Issuer PLC and Associates, empresa precedente a um *trust* estabelecido pelo Northern Rock, cuja gestão ficada na cidade de Jersey, um conhecido paraíso fiscal europeu. Parte do problema que levou à queda do Bear Stearns, por sua vez, estava em fundos de *hedge*, muitos deles registrados nas Ilhas Cayman e em Dublin, ambos conhecidos centros financeiros offshore. PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p.12.

²⁰⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 316 e 67-68.

do capitalismo financeiro e do sistema econômico. Os documentos forneceram informações detalhadas de mais de 214.000 empresas localizadas em paraísos fiscais, incluindo as identidades dos acionistas e administradores, com menção direta a Chefes de Estado, políticos, seus familiares e colaboradores próximos, bem como de 29 multimilionários entre a lista das 500 pessoas mais ricas do mundo segundo a revista Forbes.

Apenas um ano após essa avalanche, o Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos trouxe novamente a conhecimento público um conjunto de 13,4 milhões de documentos eletrônicos confidenciais de natureza fiscal, denominados de *Paradise Papers*. Os documentos apontam investimentos *offshore* de milhares de empresas, celebridades e pessoas de várias nações, todos relacionados ao escritório de advocacia *offshore* Appleby nas Ilhas Bermudas. Muitos foram os indivíduos nominalmente relacionados ao escândalo, mas foi o envolvimento de grandes corporações que ganhou considerável destaque, especialmente a nível nacional. Isso porque a Appleby teria gerenciado 17 empresas *offshore* para a Odebrecht, conglomerado brasileiro, e pelo menos uma delas foi usada como um veículo para o pagamento de subornos investigados na Operação Lava Jato²⁰⁹.

Recentemente, a maior colaboração jornalística da história revelou o vazamento de 11,9 milhões de documentos confidenciais de 14 escritórios de advocacia especializados na abertura de empresas em países como Panamá, Ilhas Virgens Britânicas e Bahamas. Trata-se, basicamente, de mais de 05 décadas de registros que permitem reconstruir quem, onde e para que foram criadas diversas estruturas da indústria *offshore* – um mundo composto por empresas de fachadas e beneficiários ocultos. Juntos, esses documentos compõem um retrato sem precedentes da face oculta das finanças internacionais e lançam luz sobre os segredos dos paraísos fiscais e sobre os profissionais que atuam como ponte para chegar a essas jurisdições. O vazamento envolve mais de 27.000 companhias, abertas entre 1971 e 2018, e quase 30.000 de seus beneficiários.²¹⁰

²⁰⁹ Segundo informações prestadas posteriormente por delatores, a Odebrecht utilizava *offshores* em paraísos fiscais para lavar dinheiro e camuflar o repasse de propina a políticos e agentes públicos. O esquema funcionava em “camadas”, com várias empresas se relacionando umas com as outras. O objetivo era dificultar a identificação do fluxo financeiro da empreiteira. Nesse processo, a Odebrecht pretendia sempre “legalizar” a saída dos recursos da empreiteira por meio de notas falsas e contratos, além de possibilitar a entrega dissimulada de vantagem indevida. CHAVKIN, Sasha; DÍAZ-STRUCK, Emilia. **The offshore connections of latin american presidents, ministers and business leaders revealed. Internacional Consortium of Investigative Journalists.** Publicado em 21 de novembro de 2017. Disponível em <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/paradise-papers-offshore-connections-latin-american-presidents-ministers-business-leaders-revealed/>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

²¹⁰ GRASSO, Daniele; HIDALGO PÉREZ, Montse; CAMHAJI, Elías. O que são os ‘Pandora Papers’? A chaves para entender a investigação. **El país**, Madri/México, 03 de outubro de 2021. Disponível em

Para quem se acostumou a relacionar criminalidade e paraísos fiscais como atividade de traficantes, terroristas e ditadores, pode parecer chocante o fato que, homens “de bem e de bens”, grandes corporações e instituições financeiras, prestigiosas empresas de contabilidade, auditoras e escritórios de advocacia compartilhem segredos, procedimentos e canais de movimentações com a denominada “criminalidade comum”²¹¹. Sobre o tema, Nicholas Shaxson afirma que essa convergência produz duas transformações simultâneas e substanciais: ajuda os empreendimentos criminosos a imitar os negócios legítimos e encoraja os negócios legítimos a se comportarem como empreendimento criminosos²¹².

2.3.2 Paraísos fiscais: a simbiose entre sigilo e criminalidade corporativa

O termo paraíso fiscal tem sido amplamente utilizado desde a década de 1950, apesar de nenhum consenso existir sobre o seu significado. A falta de uma definição clara não raramente traz controvérsias a pesquisas e documentos oficiais sobre o tema, fragilizando o debate científico ao longo dos anos. Para driblar esse problema conceitual, Ronen Palan, Richard Murphy e Christian Chavagneux indicam um tipo ideal dos paraísos fiscais, formado pelos seguintes atributos: (1) tributação baixa ou nula para não residentes e poupadores²¹³; (2) facilidade com que entidades podem ser incorporadas, inclusive com garantia de anonimato durante as transações²¹⁴; (3) simplicidade na operação e publicização de resultados; e (4)

<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-10-03/o-que-sao-os-pandora-papers-as-chaves-para-entender-a-investigacao.html>. Acesso em 07 de outubro de 2021.

²¹¹ DE MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa. Paraísos fiscais (2) – bem mais do que uma Suíça. **Jornal da UNICAMP – Edição Web**, Ciência da Política & Vice-Versa, Universidade Estadual de Campinas, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/paraissos-fiscais-2-bem-mais-do-que-uma-suica>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

²¹² SHAXSON, Nicholas. **Treasure islands**: uncovering the damage of offshore banking and tax havens. Londres: Palgrave Macmillan, Epub, 2011.

²¹³ A baixa tributação é a característica mais conhecida dos paraísos fiscais, mas também pode ser a mais enganosa. Isso porque, por menor ou mais eficiente enquanto “refúgio de impostos” que seja o paraíso fiscal, nenhum deles é capaz de operar como um Estado funcional sem adquirir receitas por meio de tributação. Não por menos, os paraísos fiscais ditos como “inteligentes e bem-sucedidos” empregam métodos para levantar receitas suficientes e ao mesmo tempo continuar atrativos ao capital enquanto jurisdições de baixos impostos. Entre os principais métodos estão: (1) tributação diferente entre residentes e não residentes (inclusive e, principalmente, no tocante às empresas) e (2) subsídios de Estados maiores dos quais são dependentes. Para mais sobre PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens**: how globalization really works. New York: Cornell University Press, 2010, p. 30-33 e 36.

²¹⁴ Devido à proliferação de paraísos fiscais, esses Estados passaram a desenvolver “estratégias de nicho”. Atualmente, podemos dividi-los em tipologias relacionadas à especialização do fator de atratividade, como por exemplo (a) locais de incorporação, com baixa regulação sobre registro de companhias, (b) centros de registro, que funcionam como lar de empresas *offshore* cuja finalidade é se beneficiar dos regimes fiscais preferenciais, para então funcionar como canal de reinvestimento nos países de origem; (c) prestadores de serviços especializados, como fundos de *hegde*; (d) canais de entrada no mercado; (e) provedores de alto patrimônio líquido;

disposições de sigilo. Igualmente, John Christensen menciona que os paraísos fiscais seriam jurisdições tipicamente autônomas ou semiautônomas que oferecem uma combinação de regulamentação frouxa, tributação baixa ou zero sobre renda e capital de não residentes, não divulgação da propriedade corporativa e dos reais beneficiários de *trusts* e fundações, ausência de efetivo intercâmbio de informações com autoridades de outros países e sigilo legalmente aplicado²¹⁵.

Tais elementos levaram à literatura a encarar os paraísos como “espaços legislativos”, isto é, jurisdições que deliberadamente criam (ou deixam de criar) legislação para facilitar transações realizadas por pessoas e/ou empresas que não residem em seu domínio, atraindo o capital móvel ao setor *offshore*²¹⁶. Não por menos, parte dos estudos sobre paraísos fiscais enfoca os próprios territórios e o seu direito soberano de editar determinadas leis e regulamentos. Sob essa perspectiva, eles seriam apenas um tipo de prática de especialidade econômica e uma estratégia competitiva administrada por determinados Estados, sujeitas, conseqüentemente, às acusações de concorrência prejudicial, obtenção de vantagens econômicas sem a justa contraprestação, *free-riding*, *dupping*, trapaça e comportamento parasitário²¹⁷.

O problema é que muitos governos usam seu direito soberano de promulgar leis para ajudar certos setores econômicos a concorrer em uma econômica mundial cada vez mais interconectada ou, alternativamente, estimular o desenvolvimento interno de novos campos competitivos. Para tanto, normalmente empregam combinações de subsídios e desburocratização em diferentes níveis, de modo que restringir a compreensão dos paraísos à

(f) incursos de impostos, que buscam realocação de lucros; e (g) locais de sigilo, onde o sigilo é fortemente protegido. Vide PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 35-38.

²¹⁵ CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, issue 3, April/2012, p. 325-343, p. 326.

²¹⁶ O termo *offshore* se relaciona neste contexto a espaços jurídicos que separam a localização real da atividade econômica/financeira da localização legal. Tem, portanto, pouco a ver com geografia e mais com espaços legislativos interativos. Refere-se, pois, a movimentações artificiais e uso do dinheiro através das fronteiras.

²¹⁷ CRUZ, José Manuel Neves. A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, vol. 11, 2014, p. 127-157.

existência de elementos fiscais dessa combinação (os chamados “Regimes Tributários Preferenciais”²¹⁸) levanta vários problemas práticos²¹⁹.

Primeiramente, embora alguns paraísos fiscais sejam facilmente reconhecíveis (como a Suíça por exemplo, enraizada no imaginário popular como “refúgio da riqueza”), a alta mobilidade do sistema financeiro internacional, alinhada à proliferação de Regimes Tributários Preferenciais pelo globo, faz com que qualquer país possa servir como um paraíso fiscal em potencial quando comparado a outro Estado. Não há uma linha clara que separe Regimes Tributários Preferenciais aceitáveis de paraísos fiscais e o uso da tributação como critério de avaliação do papel desempenhado pelos países no mercado internacional permanece sujeito a críticas. Sempre haverá governos que impõem menos tributos e menos regras do que seus vizinhos.

Esse argumento costuma ser utilizado em justaposição à visão de que os paraísos fiscais funcionam como uma válvula de escape da regulação e do controle de Estados. Hilton McCann, por exemplo, vê a ascensão da economia *offshore* como uma reação às políticas fiscais de outros governos, nos quais as excessivas cargas tributárias internas incentivam indivíduos e corporações a se valerem do exterior para evitar o dispêndio de recursos²²⁰. James R. Hines Jr, vai além: o autor pondera que as políticas dos paraísos podem, inclusive, beneficiar outras economias, facilitando o funcionamento eficaz dos seus sistemas fiscais. O raciocínio considera que os paraísos fiscais permitem que outros países sustentem altas cargas tributárias internas e ao mesmo tempo permaneçam atrativos ao capital. Atuando principalmente como intermediários, esses ambientes reduziram os custos de entrada em jurisdições com tributos elevados, promovendo o investimento e atividade econômica.²²¹

²¹⁸ O art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010, lista os regimes tributários privilegiados reconhecidos pela Receita Federal do Brasil. BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa RFB nº 1037, de 04 de junho de 2010**. Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Secretária da Receita Federal do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União de 07 de junho de 2010, p. 21.

²¹⁹ PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 21-30.

²²⁰ MCCANN, Hilton. **Offshore finance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. A complexidade excessiva das políticas fiscais é uma justificativa frequentemente, mas ela desconsidera um fator decisivo: na prática a maioria dos países foi tornando suas regras tributária mais complexas em parte em resposta às estratégias, cada vez mais elaboradas, usadas para evitar a tributação. Não por menos, John Christensen afirma que essa situação acaba caindo em uma discussão semelhante a “quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha?”. CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, issue 3, April/2012, p. 325-343, p. 339.

²²¹ HINES JR., James R. Treasure islands. **Journal of Economic Perspectives**, v. 24, n. 4, outono 2010, p. 103-136, p. 115-118.

Apesar de alguns autores apontarem para externalidades positivas decorrentes da existência de paraísos fiscais, sob o argumento de que a competição tributária é inevitável em um contexto de crescente internacionalização e benéfica ao crescimento dos investimentos²²², outros afirmam que, como tudo o que se faz *offshore* pode ser feito *onshore*, salvo evitar impostos, regulação e transparência financeira, esses espaços se tornam refúgios perfeitos para corrupção, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, ou, de modo geral, omissão das autoridades de qualquer ganho financeiro decorrente de atividades lícitas ou ilícitas²²³. Nesse contexto, seriam subterfúgios daqueles que buscam, a todo custo, evitar responsabilidades perante a sociedade.

Os paraísos fiscais não só facilitam a prática de atos ilícitos, como também prejudicam o desenvolvimento, especialmente naqueles países que necessitam de investimento público e cuja população depende fortemente dos serviços oferecidos pelo Estado. Evidências científicas indicam que eles desempenham papel central na distorção do desenvolvimento econômico mundial: minando o sistema financeiro internacional, o ambiente regulatório e as políticas tributárias dos outros Estados, os paraísos fiscais deturpam diretamente a alocação dos custos e benefícios da globalização, aumentando a lacuna existente entre ricos e pobres²²⁴.

Sobre esse aspecto, Gabriel Zucman menciona que os dados sobre o abuso fiscal e as consequentes perdas econômicas escondem uma heterogeneidade substancial: algumas economias sofrem um golpe muito mais duro do que outras. De acordo com os cálculos do autor, a economia europeia é a que paga o preço mais elevado pela proliferação de paraísos fiscais em termos absolutos: cerca de 10% de sua riqueza são mantidos no exterior. Porém, em termos relativos, são os países em desenvolvimento os mais afetados. Para eles, a fração da riqueza oculta varia de 20% a 30% na África e América Latina, podendo chegar à marca de mais de 50% na Rússia e países do Golfo.²²⁵

Relatório de 2012 produzido James S. Henry para a *Tax Justice Network*, intitulado “*The Price of Offshore Revisited*”, estima que há entre US\$ 21 a US\$ 32 trilhões de riqueza financeira

²²² Estudo empírico desenvolvido por James R. Hines Jr. demonstra, por exemplo, que há evidências quanto ao efeito da proximidade de paraísos fiscais sobre a competição no mercado financeiro. Os setores bancários de países localizados mais próximos de paraísos fiscais seriam menos concentrados do que os setores bancários de outros países. HINES JR., James R. Treasure islands. *Journal of Economic Perspectives*, v. 24, n. 4, outono 2010, p. 103-136, p. 115.

²²³ MURPHY, Richard. *Dirty secrets: how tax havens destroy the economy*. Londres: Verso, 2017.

²²⁴ PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. *Tax havens: how globalization really works*. New York: Cornell University Press, 2010, p. 8.

²²⁵ ZUCMAN, Gabriel. *The hidden wealth of nations: the scourge of tax havens*. Translated by Tereza Lavender Fagan. With a foreword by Thomas Piketty. Chicago: University of Chicago Press, Ebook, 2015, p. 44-45.

offshore privada não registrada no mundo²²⁶. Quase todo esse valor seria usufruído por 1% do topo da população mundial, impactando seriamente a distribuição de renda e riqueza e o coeficiente de Gini de cada país²²⁷. A pesquisa estabeleceu, por exemplo, que somente as participações *offshore* privadas dos EUA equivaleria a quase o dobro da dívida externa bruta agregada de 139 países classificados como de renda média-baixa pelo Banco Mundial²²⁸. Esses resultados, no mínimo, questionam as afirmações feitas 3 anos antes pelos líderes do G20, quando declararam que “a era do sigilo bancário e dos paraísos fiscais tinha acabado”²²⁹.

De fato, a riqueza oculta privada tem sido sistematicamente subestimada por estudos sobre desigualdade econômica²³⁰, mas o verdadeiro “elefante na sala” no tocante à relação paraísos fiscais, desenvolvimento e injustiça é o abuso fiscal corporativo²³¹. Do mesmo modo que o atual sistema tributário internacional ainda não conseguiu impedir que as empresas multinacionais evitem o pagamento de tributos nas jurisdições onde operam, o tamanho, a riqueza e a mobilidade crescentes das grandes corporações adicionaram uma nova dimensão para o problema familiar dos paraísos fiscais.²³²

Conforme relatório “*Ten reasons to defend the corporation tax: how the corporate income tax protects democracy and curbs inequality... and seven myths, busted*”, publicado pela *Tax Justice Network* em 2015, o aumento da evasão e elisão fiscal corporativa, alinhado à

²²⁶ HENRY, James S. The price of offshore revisited: new estimates for “missing” global private wealth, income, inequality, and lost taxes. **Tax Justice Network**, July/2012, p. Disponível em https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price_of_Offshore_Revisited_120722.pdf, Acesso em 20 de novembro de 2020, p. 3-8. Os números apresentados por James S. Henry são maiores do que aqueles estimados por Gabriel Zucman em “*The hidden wealth of nations: the scourge of tax havens*”, por escolhas metodológicas expressamente mencionados por Zucman: enquanto este se baseia em números disponíveis para estatísticos, incluindo apenas ativos financeiros, aquele foca naquilo que é declarado ao Fisco, contabilizando também outras classes de ativos. Mais uma vez, ressalta-se que, a princípio, não há dados certos e errados, mas apenas números contabilizados de forma diferentes. Até por esse motivo, este artigo procurou trazer números de pesquisas distintas, mas cujas inferências e conclusões caminham para o mesmo ponto comum: a grande quantidade de riqueza perdida ao setor *offshore*.

²²⁷ HENRY, James S. The price of offshore revisited: new estimates for “missing” global private wealth, income, inequality, and lost taxes. **Tax Justice Network**, July/2012, p. Disponível em https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price_of_Offshore_Revisited_120722.pdf, Acesso em 20 de novembro de 2020, p. 3-8.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ SHAXSON, Nicholas; CHRISTENSEN, John; MATHIASON, Nick. Inequality: you don’t know the half of it (or why inequality is worse than we thought). **Tax Justice Network**. Reino Unido, 19 de julho de 2012. Disponível em https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Inequality_120722_You_dont_know_the_half_of_it.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2020, p. 6.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ DARCY, Shane. The elephant in the room: corporate tax avoidance & Business and Human Rights. **Business and Human Rights Journal**, vol. 2, n. 1, Jan./2017, p. 1-30.

²³² *Ibid.*, p. 9.

queda da tributação como estratégia de atração do capital²³³, tem feito com que os tributos incidentes sobre a atividade corporativa sejam cada vez mais substituídos por outros que tendem a atingir, com maior força, a parcela a mais pobre da população²³⁴. Nos EUA da década de 1950, por exemplo, famílias e indivíduos pagaram 59% das receitas federais, enquanto as corporações ficaram responsáveis por 41%. Estatísticas recentes demonstram que essa proporção agora é de aproximadamente 80:20 em favor das corporações²³⁵. Mudança semelhante ocorreu no Reino Unido, onde a porcentagem das receitas fiscais corporativas sobre a receita total da Receita Federal caiu de 28,1% em 1989 para 19,4% em 2003²³⁶.

O revés é ainda maior para as economias em transição e em desenvolvimento, pois, na ausência de instituições fortes e sofisticadas, como o *Internal Revenue Service*²³⁷, é relativamente fácil para empresas multinacionais erodir a base tributária nacional por meio daquilo que se costumou chamar de “soberania de conveniência”²³⁸. Desde a década de 1980, paraísos fiscais e corporações iniciaram um novo tipo de comércio, onde aqueles, em troca do capital móvel, “vendem” a estas a possibilidade de direcionar a atuação do seu direito soberano. A influência corporativa na própria configuração desses Estados é de fato tão grande, que as

²³³ O termo socioeconômico *race to the bottom* (tradução livre: corrida para o fundo do poço) é utilizado para descrever essa desregulamentação governamental do ambiente de negócios, ou redução nas tributação, a fim de atrair ou reter a atividade econômica em suas jurisdições. Resultado da globalização e do livre comércio, pode ocorrer quando a concorrência aumenta entre áreas geográficas em um determinado setor da economia. Importante mencionar que tal corrida, se realmente existente, dificilmente é estimulada por um único fator, como o tributário. O mais razoável é imaginar que uma combinação de diversos elementos é a responsável pela desregulamentação governamental, principalmente porque hoje a técnica mais utilizada por paraísos fiscais é a chamada “estratégia de nicho” e não necessariamente a oferta da menor tributação possível. Para mais sobre PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 158-160.

²³⁴ TAX JUSTICE NETWORK. **Ten reasons to defend the corporation tax: how the corporate income tax protects democracy and curbs inequality... and seven myths, busted**. Reino Unido, 15 de março de 2015. Disponível em https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/Ten_Reasons_Full_Report.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2020, p. 5-7. Sobre este aspecto, Ronen Palan, Richard Murphit e Christian Chavagneux demonstram que o declínio no imposto nominal e real sobre as empresas nos países da OCDE contrasta com o aumento não apenas do imposto de renda, mas também de outros formas de tributação, como impostos sobre o consumo e contribuições à previdência social, que têm efeitos desproporcionais sobre as classes médias e pobres. PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 157.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ CHRISTENSEN, John; MURPHY, Richard. The social irresponsibility of corporate tax avoidance: taking CSR to the bottom line. **Society for International Development**, vol.47, n. 3, 2004, p. 37-44, p. 39.

²³⁷ O IRS é o serviço de receita do Governo Federal dos Estados Unidos. A agência faz parte do Departamento do Tesouro e é responsável pela coleta de impostos e pela aplicação e interpretação do *Internal Revenue Code*, principal legislação tributária estatutária federal do país.

²³⁸ CHRISTENSEN, John; MURPHY, Richard. The social irresponsibility of corporate tax avoidance: taking CSR to the bottom line. **Society for International Development**, vol.47, n. 3, 2004, p. 37-44, p. 40.

corporações passam a decidir, por si mesmas, a tributação, as restrições regulatórias e as obrigações legais as quais serão submetidas²³⁹.

Essa “comercialização da soberania” possui, inclusive, benefícios não monetários que extravasam as fronteiras dos paraísos fiscais. Para exemplificar o argumento, Emmanuel Saez e Gabriel Zucman mencionam o caso de Luxemburgo, famoso paraíso fiscal que, a despeito dos seus 2.586km de extensão e pouco mais de meio milhão de habitantes, obtém influência considerável dentro da União Europeia em função do seu papel desproporcional nas negociações financeiras de grandes empresas²⁴⁰. Via paraísos fiscais, as corporações interferem nos processos democráticos, não raramente socavando iniciativas da “cidadania organizada”. Essa distorção, no entanto, só ocorre porque, em última instância, os próprios países desenvolvidos contêm brechas legislativas e regulatórias, por meio das quais o vínculo com os paraísos fiscais se firma. Brechas estas possibilitadas por uma “política conveniente e conivente”, financiada por nada menos que a riqueza acumulada nos paraísos fiscais²⁴¹.

Há algum tempo, iniciativas internacionais tentam quebrar esse círculo vicioso. O esforço mais ambicioso até o momento partiu da OCDE com a chamada “Estrutura Inclusiva sobre Erosão de Base e Transferência de Lucros” (2016), mas conhecida como BEPS. Definindo práticas fiscais prejudiciais que os países deveriam abandonar, a iniciativa tenta corrigir inconsistências nas leis tributárias nacionais, obrigando certos países, notadamente os paraísos fiscais, a abandonar seus esquemas mais flagrantes. Apesar da intenção, dados evidenciam que o BEPS, assim como outros esforços internacionais, não está sendo bem sucedido em seu intuito e a parcela de riqueza *offshore* continua crescendo ano após ano²⁴².

As constatações como as anteriormente mencionadas não são de todo modo novidade. Esforços multilaterais para combater as práticas nocivas mediante instrumentalização de paraísos fiscais se iniciaram, de forma sistemática, há pelo menos duas décadas com a criação do relatório “*Harmful tax competition*”, em 1998 pela OCDE²⁴³. Desde então, pode-se falar em

²³⁹ SAEZ, Emmanuel; ZUCMAN, Gabriel. **The triumph of injustice: how the rich dogde taxes and how to make them pay**. Nova York: W. W. Norton & Company, 2019, Epub, p. 74.

²⁴⁰ Ibid., p. 75.

²⁴¹ DE MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa. Paraísos fiscais (4) – a revanche do grande capital. **Jornal da UNICAMP – Edição Web, Ciência da Política & Vice-Versa**, Universidade Estadual de Campinas, 15 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/paraisos-fiscais-4-revanche-do-grande-capital>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

²⁴² SAEZ, Emmanuel; ZUCMAN, Gabriel. **The triumph of injustice: how the rich dogde taxes and how to make them pay**. Nova York: W. W. Norton & Company, 2019, Epub, p. 77.

²⁴³ PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 203-204.

uma busca por um regime internacional que, acompanhado da edição de legislações internas, visasse a harmonização tributária e transparência por meio de normas e práticas capazes de estabelecer uma base comum de regulamentação e restrição da utilização de paraísos fiscais. É o que se pode observar, por exemplo, com a publicação do *U.S. Foreign Account Tax Compliance* (FATCA) em 2010, em que o tema da cooperação internacional em matéria fiscal verdadeiramente obteve dimensões globais.

Não obstante, o *enforcement* até então desenvolvido aparentemente não é suficiente para solucionar o problema. Se de um lado combater os paraísos fiscais não modifica os incentivos para que empresas clamem por baixa tributação sobre a atividade econômica, de outro não enfrenta satisfatoriamente o principal problema dos paraísos fiscais: o sigilo²⁴⁴. Por mais importante que seja discutir a questão tributária, é o segredo, e não os demais benefícios concedidos por estes espaços, que torna este problema global tão significativo, principalmente porque o acesso às informações permanece como um dos principais obstáculos a ser superado para a efetivação das medidas de prevenção e persecução da criminalidade corporativa.

O sigilo possibilita não só o capital ser escondido dos impostos, da política ou da lei, mas tornam os paraísos fiscais locais suscetíveis de serem usados como plataformas para uma ampla gama de crimes, incluindo fraude, apropriação indébita, comércio de informações privilegiadas, evasão fiscal, pagamento de suborno e corrupção²⁴⁵. Pela interface *offshore*, o espaço oferecido pelo sigilo representa uma falha na arquitetura financeira global rotineiramente explorada por instituições financeiras e intermediários. A grande maioria dos fluxos de dinheiro sujo, por exemplo, é lavada via trama de transações financeiras envolvendo entidades jurídicas aparentemente não relacionadas, espalhadas por diferentes jurisdições.²⁴⁶

Não obstante, abordagens internacionais voltadas à criminalidade de colarinho branco costumam dar pouca importância ao papel dos paraísos na facilitação do fluxo financeiro ilícito e da evasão fiscal e à simbiose existente entre o sigilo *offshore* e os delitos que almejam diminuir. O “Índice de Percepção de Corrupção” (IPC), produzido pela Transparência Internacional, por exemplo, desconsidera que, como qualquer outro tipo de transação econômica, a corrupção possui a curva oferta e a da demanda e que esta última está intimamente

²⁴⁴ O termo “sigilo” aqui mencionado deve ser compreendido de forma abrangente. Não se trata apenas de sigilo bancário ou sigilo fiscal, normalmente relacionados ao tema dos paraísos fiscais, mas também sigilo quando à identificação de proprietários e intervenientes, aos reais beneficiários de *trusts*, sigilo profissional, sigilo operacional, sigilo de dados, sigilo corporativo etc.

²⁴⁵ CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, n. 3, April, 2012, p. 326.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 334.

conectada a existência de paraísos fiscais. Em sua maioria, as iniciativas internacionais anticorrupção têm se concentrado no suborno de funcionários públicos e políticos - oferta -, em vez de no funcionamento do sistema financeiro internacional e da infraestrutura de intermediários que, por meio da instrumentalização de jurisdições de sigilo, incentiva e facilita oportunidades corruptas – demanda.

O resultado não poderia ser outro se não uma visão distorcida e parcial sobre o fenômeno²⁴⁷. Desde o seu início, o IPC tem identificado países da África Subsaariana entre os mais corruptos do mundo. Exame mais detalhado sobre os dados de 2019, contudo, indicam que vários países considerados como “menos corruptos” são na verdade conhecidas jurisdições de sigilo, como Suíça (empatada na 4ª posição), Singapura (empatada na 4ª posição), Luxemburgo (9ª posição) e Hong Kong (16ª posição)²⁴⁸. A distorção fica ainda mais evidente quando esses dados são contrapostos ao “Índice de Sigilo Financeiro”, elaborado em 2020 pela *Tax Justice Network*.

O “Índice de Sigilo Financeiro (em inglês, “*Financial Secrecy Index*” – FSI) classifica as jurisdições de acordo com seu sigilo e com a dimensão de suas atividades financeiras *offshore*, com a finalidade de destacar como a opacidade do mercado incentiva atividades ilícitas²⁴⁹. As dez primeiras posições do FSI são ocupadas por: Ilhas Cayman, Estados Unidos da América, Suíça, Hong Kong, Singapura, Luxemburgo, Japão, Holanda, Ilhas Virgens Britânicas e Emirados Árabes Unidos, respectivamente. A exceção das Ilhas Cayman e Ilhas Virgens Britânicas, Territórios Ultramarinos Britânicos não mencionados no IPC, todos os demais países estão classificados entre as 25 primeiras posições da lista da Transparência Internacional. Para o Tax Justice Network, isso explica porque os esforços internacionais para tomar medidas severas contra os paraísos fiscais e o sigilo financeiro têm sido ineficazes por tanto tempo: são os destinatários desses fluxos gigantescos que definem as regras do jogo²⁵⁰.

O sigilo ainda explica porque alguns dos paraísos fiscais mais extremos no tocante à baixa tributação e não regulamentação são também os de menor sucesso na atração efetiva do capital móvel. De modo geral, empresas multinacionais, instituições financeiras, fundos de

²⁴⁷ CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, n. 3, April, 2012, p. 326-329.

²⁴⁸ TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Corruption Perceptions Index 2019**. Disponível em https://images.transparencycdn.org/images/2019_CPI_Report_EN_200331_141425.pdf. Acesso em 04 de dezembro de 2020.

²⁴⁹ Os resultados de 2020 podem ser acessados em TAX JUSTICE NETWORK. **Financial secrecy index – 2020**. Disponível em <https://fsi.taxjustice.net/pt/introduction-pt/introducing-the-fsi-pt>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

²⁵⁰ Ibid.

hedge etc. não querem chamar a atenção para si mesmos e para suas atividades, associando-se a países e territórios tradicionalmente de má-reputação. Pelo contrário: são os Estados com a maior aparência de ambientes regulados e estáveis os mais procurados²⁵¹. John Christensen pondera que, apesar da maioria dos paraísos fiscais corresponderem a economias de pequena dimensão, o fator sigilo emerge como aposta daqueles países cujas economias são mais significativas a nível mundial²⁵². Por oferecerem níveis elevados de confiança via sigilo das informações, esses atores catalisam muito dinheiro de entidades e indivíduos não residentes que não requerem ter a identidade revelada às autoridades domésticas²⁵³.

As jurisdições de sigilo possuem, portanto, dupla vantagem na atração de capital. Por um lado, empresas e pessoas envolvidas em atividades ilícitas encontram no sigilo a garantia de que suas infrações não serão detectadas pelas instituições competentes. A confidencialidade, nesse caso, atrai a riqueza que precisa, de alguma forma, ser “escondida” do conhecimento público. Por outro, o sigilo também permite a perpetuação dos grandes abusos fiscais corporativos e utilização das vantagens econômicas deles decorrentes como se recursos lícitos fossem. A assimetria informacional criada por esses ambientes impossibilita autoridades domésticas de conhecer tipos de planejamentos fiscais agressivos e técnicas de contabilidade criativa, e rotulá-los, quando pertinente, como práticas abusivas e até mesmo criminosas.²⁵⁴ Esse “não conhecer” acaba negando aos Estados prejudicados não só a possibilidade de tributação a *posteriori* dos recursos elididos/evadidos, como também a de dissuasão dos seus residentes pela via da prevenção geral.

Ronen Palan, Richard Murphy e Christian Chavegniaux creditam ao sigilo um dos mais importantes, porém menos discutidos, aspectos do fenômeno “paraíso fiscal”: a instabilidade (ou estabilidade) financeira gerada. Tradicionalmente, grande parte das explicações sobre

²⁵¹ PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 160-161.

²⁵² Para facilitar a evasão fiscal *offshore*, cláusulas de sigilo são incluídas nas legislações dos paraísos fiscais, permitindo aos seus usuários esconder as fortunas do alcance legal. Não por menos, quanto utilizam fortemente do sigilo para atrair investimentos, os países e territórios são chamados de “jurisdições de sigilo”. É o caso da Suíça, da Áustria, da Bélgica e também dos estados da Flórida, Nevada e Wyoming nos EUA, por exemplo. Muitos autores usam o termo como sinônimo de paraíso fiscal; outros, contudo, preferem distingui-los, sob o argumento de que paraísos fiscais tradicionalmente se relacionam em essência à baixa tributação e não à existência de sigilo; jurisdições de sigilo, por sua vez, seria o termo adequado para aqueles países e territórios que se especializaram em permitir que indivíduos ocultem sua riqueza e assuntos financeiros do Estado de Direito. Neste artigo, paraíso fiscal e jurisdições de sigilo são tomados como sinônimos. CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, n. 3, April, 2012, p. 334-336.

²⁵³ CRUZ, José Manuel Neves. A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, vol. 11, 2014, p. 136.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 337.

períodos de instabilidade e crises econômicas tinham como foco os valores monetários, *déficits* orçamentários, desequilíbrios externos e saúde do setor financeiro nas economias afetadas. Fatores institucionais, como os paraísos fiscais por exemplo, quando não desconsiderados, acabavam recebendo pouca consideração analítica. Somente no final do século XX, especificamente após a crise financeira do Leste Asiático, preocupações com a opacidade do sistema financeiro internacional começaram a emergir em maior grau entre os pesquisadores.²⁵⁵

Desde então, apesar de não unânime, a visão mais aceita entre os especialistas é a de que os paraísos fiscais e os centros financeiros *offshore* pouco (ou nada) acrescentam à saúde do sistema financeiro internacional. Seja exacerbando tensões e problemas preexistentes – como a falta de devidas diligências por exemplo -, seja atraindo entidades projetadas especificamente para evitar regulamentação, as jurisdições de sigilo e as teias de transações financeiras que delas se utilizam acabando adicionando uma camada extra de complexidade ao sistema financeiro internacional que, por natureza já é bastante opaco, impedindo a supervisão eficaz pelas autoridades e instituições competentes.²⁵⁶

Não é de se estranhar, portanto, que a instrumentalização do sigilo ofertado por paraísos fiscais tem revelado um dos maiores dilemas dos estudos criminais contemporâneos: embora o capital tenha se tornado quase totalmente móvel, a capacidade de policiar os fluxos financeiros internacionais continua em grande parte com base nacional²⁵⁷. A própria natureza do sigilo enquanto instituto jurídico indica que os padrões estabelecidos pelo sistema internacional anti-evasão e antilavagem de dinheiro, por exemplo, dificilmente são atendidos de maneira automática pelos intermediários financeiros, mesmo dentro de estruturas institucionais altamente regulamentadas²⁵⁸. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, o sigilo é uma garantia constitucional decorrente da proteção à intimidade e à vida privada, consubstanciada nos incisos X e XII do art. 5º, CF, razão pela qual o acesso às informações bancárias permanece sujeito a regras procedimentais específicas.

²⁵⁵ PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 161.

²⁵⁶ Parcela minoritária dos economistas defendem que os fluxos de capital para os secretos sistemas das jurisdições de sigilo, como a Suíça, na verdade fortalece o sistema financeiro internacional. Para mais sobre PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens: how globalization really works**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 162-163.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 162-163.

²⁵⁸ RAMOS, Giulia. **A cooperação jurídica internacional na prevenção à lavagem de capitais e o acesso a informações bancárias**. Relatório Final de Pesquisa de Iniciação Científica. São Paulo: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, 2017.

Em síntese, são três as disposições de sigilo usualmente ofertadas pelos paraísos fiscais: (1) proteção irrestrita do sigilo bancário, prática historicamente consagrada pela Suíça e hoje também presente em países como Liechtenstein, Bahamas e Ilhas Cayman; (2) permissão para o estabelecimento de entidades cuja propriedade, funcionamento e finalidade são difíceis de identificar, como *trusts*, corporações, sociedades subsidiárias, fundações etc., técnica comum no Panamá, por exemplo; e (3) inatividade ou negligência intencional, marcada principalmente pela (a) não realização das devidas diligências, (b) frouxidão excessiva dos regulamentos, e (c) imposição de obstáculos burocráticos contra troca de informações com outros países, comportamentos típicos das Ilhas Virgens Britânicas.²⁵⁹

Todas essas dimensões têm o potencial de facilitar o crime e práticas abusivas. Os canais, contudo, costumam ser mais ou menos utilizados a depender do ator e das finalidades envolvidas. Indivíduos costumam se beneficiar da existência de sigilo bancário e contas não-nominadas; corporações, por outro lado, ganham mais com frouxidão regulatória e negligência intencional²⁶⁰. Sob esta perspectiva, Nicholas Shaxson afirma que o setor *offshore* seria, na verdade, um ecossistema composto por diferentes jurisdições que ofertam diferentes especialidades. Cada um desses “nichos” possui uma infraestrutura distinta que atrai um tipo específico de capital²⁶¹. Compreender como e por quem cada um desses nichos é mais instrumentalizado talvez seja o primeiro passo para um tratamento mais adequado do fenômeno.

Apesar de não seguir essa abordagem, alguns autores acreditam que as determinações dos governos e da OCDE visando a cooperação e o desenvolvimento econômico criam a tendência de que os paraísos fiscais sejam extintos e o sigilo por eles garantido abandonado, principalmente em função das investidas dos grandes países em busca de novas receitas tributárias após a crise financeira²⁶². Gabriel Zucmán defende que as duas visões são igualmente falsas e esses espaços nunca gozaram de uma melhor saúde como a da atualidade. Em extensa

²⁵⁹ PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens**: how globalization really works. New York: Cornell University Press, 2010, p. 34-35.

²⁶⁰ No abuso fiscal corporativo, por exemplo, a manipulação artificial do rastro do dinheiro através das fronteiras ganha traços mais complexos de modo proposições voltadas unicamente à erradicação do sigilo bancário são no mínimo insuficientes. Um exemplo clássico é a transferência de preços (ou precificação incorreta), vista por alguns com um truque contábil equivalente às contas *offshore* secretas de sonegadores individuais. Para mais sobre SHAXSON, Nicholas. **Treasure islands**: uncovering the damage of offshore banking and tax havens. Londres: Palgrave Macmillan, Epub, 2011, p. 24-29.

²⁶¹ Ibid., p. 37.

²⁶² SAAD-DINIZ, Eduardo. RAMOS, Giulia. Tax compliance, crimes tributários e representação fiscal para fins penais. In CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). BRITTO, Lucas Galvão de; JUREIDINI, Karem (Org.). **Compliance no direito tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 299-300.

pesquisa empírica, o autor demonstra que nunca houve tanta riqueza em paraísos fiscais como hoje. Em escala global, 8% da riqueza financeira das famílias é mantida em paraísos fiscais e, apenas no espectro dos EUA, 55% de todos os lucros estrangeiros de empresas norte-americanos são mantidas nesses locais²⁶³.

Para Gabriel Zucmán o que falta neste debate são dados. A articulação do sigilo disponível em paraísos por indivíduos mais ricos e grandes corporações pode ser diminuída e trazida a patamares normais de delinquência, mas somente se tivermos estatísticas para medi-la, implementar sanções proporcionais contra os países que a facilitam e monitorar o progresso²⁶⁴. Para frear práticas econômicas ilícitas, elisão e evasão fiscal, seria necessário um plano de ação concreto e realista articulado ao redor de três eixos: (1) criação de um registro internacional a respeito dos títulos financeiros capaz de indicar, com base nominativa, quem é o do dono do que; (2) efetiva ameaça de sanções proporcionais, geradas pela correlação de forças em escala internacional, aos países que não cooperassem com esse registro pautados no desejo de defender o sigilo; e (3) reconsideração do imposto ao capital²⁶⁵.

Sobre o tema, afirmam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz que o ideal seria a progressão para um modelo que combinasse declaração voluntária das informações necessárias com justas e razoáveis consequências. O enfrentamento da questão (não necessariamente penal), portanto, demanda uma séria intersecção entre impunidade e injustiça. Nesse ínterim, questionam os autores se o mais adequado para controlar e prevenir as infrações econômicas e elisão/evasão fiscal não seria um aperfeiçoamento institucional do tema sigilo, que se preocupe em garantir os usos de suas facilidades sejam legítimos e sobressalentes,

²⁶³ Dados disponíveis mais detalhadamente em ZUCMAN, Gabriel. **The hidden wealth of nations: the scourge of tax havens**. Translated by Tereza Lavender Fagan. With a foreword by Thomas Piketty. Chicago: University of Chicago Press, Ebook, 2015.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Ibid.

3 O OUTRO LADO DA MOEDA: OS USOS LEGÍTIMOS DO SIGILO NO ÂMBITO CORPORATIVO

Sigilo e ciência criminais entrelaçam-se de diversas maneiras. Seja preservando o silêncio da pessoa investigada ou acusada, os registros criminais ou até mesmo a própria investigação e processo, o conflito entre dois interesses distintos encontra-se sempre presente: o da proteção ao sigilo e o da necessidade de se produzir prova para um eventual processo criminal. No curso da atividade estatal de apuração das infrações penais, não em raras hipóteses, o sigilo apresenta-se como significativo obstáculo ao sucesso da instrução.

Com a sofisticação dos meios operacionais da criminalidade, transações econômicas passaram a representar o cenário de graves condutas criminosas. Na lavagem de capitais, por exemplo, os infratores experientes procuram organizar um projeto de inversão do produto do crime, contando com cooperadores dispostos a ocultar esses recursos e a encobrir as pistas de sua proveniência ilícita, com o objetivo de iludir a ação repressora, por meio de direitos legalmente preservados como o sigilo de dados.

Ocorre que o direito à proteção da vida privada possui uma relação de proveniência com o direito à liberdade, configurando um efeito do seu próprio exercício²⁶⁶. Néelson Hungria, por seu turno, compreende que, se ao homem não fosse assegurada exclusividade na disposição de seus segredos, haveria grave restrição à sua liberdade de atuação, pois este se encontraria em um constante temor face à possibilidade de exposição²⁶⁷. Nesse sentido, a quebra do sigilo ocupa lugar de destaque entre as medidas de restrição a direitos fundamentais que instrumentalizam o sistema processual²⁶⁸.

Para Luiz Regis Prado²⁶⁹ a sociedade moderna se caracteriza como uma sociedade da informação, supondo a informatização de diversos dados e setores. Essa nova perspectiva suscita cada vez mais o problema da proteção da vida privada e dos dados pessoais. A invasão da privacidade atualmente também se tem justificado pelo argumento da preponderância do interesse público no tocante à apuração dos crimes, principalmente dos mais graves como

²⁶⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: a tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

²⁶⁷ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. 7. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 248 e 255.

²⁶⁸ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

²⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. Tutela jurídico penal do sigilo das operações financeiras. In PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa: direito penal da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1123.

aqueles relacionados à criminalidade corporativa, sobre os interesses da pessoa investigada ou acusada. O Estado, porém, tem o dever de zelar pelo bem-estar de seu povo, garantindo-lhe segurança e condições de desenvolvimento. As leis são editadas para esse fim e, portanto, não podem ser utilizadas para acobertar práticas ou interesses de ordens exclusivamente pessoais, quando em contrariedade à ordem pública e às exigências sociais.

De fato, não se pode negar a dificuldade que o acesso informacional representa à prevenção e à persecução de delitos, contudo, direitos e garantias da pessoa investigada ou acusada não podem ser desprezados. A qualidade de segura e abrangente fórmula de averiguação fática, capaz de desvendar segredos dos titulares, demanda atenta preocupação da comunidade jurídica e dos cidadãos em geral. Necessária, pois, a justa ponderação a fim de que se garanta a eficiência do sistema preventivo e persecutório e ao mesmo tempo se preserve direitos fundamentais há tempos consolidados.

Tradicionalmente, a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada, também referida como teoria das esferas da personalidade, é citada por diversos autores que se dedicaram ao tema do sigilo e reveste um papel fundamental na construção e delimitação do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada e, em síntese, busca diferenciar o privado, o íntimo, o secreto e o público.²⁷⁰ Inicialmente elaborada pelo alemão Heinrich Hubmann em 1953, a teoria originária dividia a esfera da vida privada do homem em três círculos de acordo com sua densidade: 1) a esfera externa seria a privacidade; 2) a esfera intermediária alocaria o segredo; e 3) a esfera mais interna comportaria o plano da intimidade.

Em 1957, o também alemão Heinrich Henkel revisitou, repartido a vida privada em sentido amplo, em círculo da vida privada em sentido estrito, círculo da intimidade e círculo do segredo. Colocando, pois, o círculo da intimidade como intermediário e o do segredo como círculo nuclear. A construção de Henkel passou a ser o entendimento majoritário, sendo difundida no Brasil, principalmente, por Paulo José da Costa Junior. Sob essa perspectiva, é possível determinar que quanto mais profunda for a escala de privacidade, maior deve ser o grau de proteção aos referidos direitos.²⁷¹

A privacidade corresponde à esfera da vida privada em sentido estrito. Nela estão compreendidos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. É a extremidade da vida particular mais perceptível ao observador

²⁷⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**: a tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

²⁷¹ Ibid.

externo e menos reveladora da personalidade, repousada em relações interpessoais mais rasas nas quais não há amplo conhecimento da vida da outra pessoa. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trata-se de uma situação de convivência com os outros indivíduos, excluindo terceiros que não representam nenhum tipo de relação mais próxima²⁷².

Apesar do acesso ao público ser restrito, o grau de adstrição é o menor dentre as três esferas, sendo, portanto, o interesse público motivo plausível para a sua violação. Encontram-se neste círculo da vida privada os episódios de natureza pública que envolvam o indivíduo, extensíveis a um grupo indeterminado de pessoas e por essa razão não protegidos contra a divulgação, e o sigilo de dados telefônicos (acesso à relação de ligações efetuadas e recebidas), que pode ser quebrado por meio de decisão do Poder Judiciário ou de Comissões Parlamentares de Inquérito.

A intimidade, por sua vez, é o círculo intermediário que congloba informações mais restritas sobre o ser humano, compartilhadas com um número bem reduzido de pessoas, normalmente de seu ambiente familiar, amigos íntimos e profissionais que têm conhecimento das informações em razão do ofício (psicólogos, padres e advogados por exemplo). Importante salientar que o fato de a pessoa dividir esses fatos íntimos com outros não importa em perda do caráter íntimo e muito menos no transporte da esfera da intimidade para a esfera da vida privada em sentido estrito. Ao divulgar elementos dessa esfera, o indivíduo possui a expectativa de que suas informações não sejam transmitidas a outros sem o seu consentimento²⁷³. É nesse campo que se coloca a maioria dos problemas em relação ao sigilo no âmbito criminal: sigilo domiciliar, profissional, das comunicações telefônicas, dos parentes e, em especial, o sigilo bancário.

O problema reside na diferenciação entre os conceitos de intimidade e vida privada. Ambos são aspectos subjetivos do homem sujeitos a mutação conforme influências das mais variadas ordens (contextuais, históricas, culturais, religiosas, políticas, dentre outras). Para alguns autores, a diferença entre os conceitos se baseia na abrangência do círculo de conhecimento, isto é, o número de pessoas que detém a informação. Fato íntimo, portanto, seria aquilo relacionado a um conhecimento próprio do indivíduo revelado apenas a um pequeno

²⁷² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 82-83.

²⁷³ FERNANDES, Antônio Scarance. O sigilo e a prova criminal. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

grupo de pessoas, enquanto que o fato privado consubstanciaria aquele que ultrapassa esses limites, mas ainda não é explícito ao público em geral.

Por fim, no último círculo concêntrico encontra-se o segredo. Apesar de se relacionarem, secreto e sigilo não devem ser confundidos. Enquanto aquele provém do vocábulo *secretum* – aquilo que está oculto – e se relaciona ao que se pretende não ser de conhecimento alheio, este advém da palavra *sigilum*, cujo significado é o de selo, daquilo que serve para guardar, ou seja, de forma geral, a ideia de algo destinado à proteção²⁷⁴. Tecnicamente, na esfera do segredo estão guardadas informações que dizem respeito unicamente ao titular e, geralmente, não compartilhadas com outros indivíduos, a exemplo da opção sexual, religiosa e ou política. Deve necessariamente ser garantida, sob pena de se atentar contra a dignidade da pessoa humana²⁷⁵. O seu resguardo é assegurado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X, que declara a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e no inciso XII, o qual elenca a inviolabilidade dos dados. Ressalta-se que a ideia de segredo discutida neste trabalho se relaciona amis diretamente à noção de oculto do que necessariamente à acepção técnica do termo.

Percebe-se do exposto que quanto mais nuclear a esfera que ditam o direito à vida privada em sentido amplo, maior seria a afronta ao direito realizada pela interferência de terceiros. Porém, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à vida privada não é absoluto, dotam-se, portanto, de elasticidade em relação aos casos concretos. Neste sentido, apesar da teoria dos círculos concêntricos elaborar um critério mais ou menos objetivo quando a valorização da vida privada, o entendimento mais recente sobre a tema aponta que, para a devida proteção jurídica, não se pode levar em consideração somente a natureza das informações, mas também a necessidade e a finalidade da utilização destes dados.

Levando-se em consideração que os direitos derivados destas esferas possuem distintos graus, chega-se à conclusão de que eles podem ser restringidos em detrimento de outros direitos, de maior ou igual valor social. Exatamente aqui que se insere o problema do sigilo em face do direito penal e processual penal, o qual, em suma, consiste em saber se deve prevalecer o direito particular ao sigilo ou o direito social à persecução e repressão da criminalidade.

²⁷⁴ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁷⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. O sigilo e a prova criminal. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa: direito penal da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Extrai-se do já exposto que privacidade e sigilo estão correlacionados, porém, há relevantes fatores que os distingue. Inicialmente, deve-se estabelecer que a distinção entre a esfera pública e a privada, que a priori mostrava-se bastante clara, vem perdendo cada vez mais a nitidez a partir da era moderna²⁷⁶. Se para gregos e romanos o privado e o público não se confundiam na medida em que aquele compreendia o que era próprio ao homem (a busca do que lhe era útil), este aflorava o âmbito político (encontro do homem para o governo)²⁷⁷, na era moderna esta diferenciação é interseccionada pela noção do social, elemento comum às duas esferas.

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a privacidade é um direito subjetivo fundamental e como tal possui uma estrutura formada por três elementos: 1) sujeito; 2) conteúdo; e 3) objeto. O sujeito é o titular do direito e, em se tratando de um direito fundamental individual, compreende toda e qualquer pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente no País, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. Da mesma forma, como direito fundamental individual, o conteúdo é constituído pela faculdade específica atribuída ao sujeito de constranger os outros ou de resistir-lhes, dispor, gozar ou usufruir. A privacidade enquanto direito constrói-se como uma faculdade de constranger os outros ao respeito de sua vida privada e de resistir à violação do que lhe é próprio. Por fim, o objeto é o bem protegido, que pode ser uma coisa, no caso de direitos reais, ou um interesse, no caso de direitos pessoais, isto é, na privacidade o objeto basicamente é a integridade moral do sujeito.²⁷⁸

Nesse ínterim, a privacidade garante que ao indivíduo a possibilidade de estar isolado, independentemente de todos os outros e embora juntamente com todos os outros. Representaria, portanto, o direito de cada indivíduo possuir segredos e assuntos condizentes com sua vida privada fora do conhecimento de terceiros. Para Celso Ribeiro Bastos, a sua proteção consistiria na “faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um”²⁷⁹ e a divulgação dessa “manifestação existencial do ser humano”²⁸⁰.

²⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALCÃO JR, Jayr Viégas. **Sigilo fiscal e bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva 2000, p. 63.

²⁸⁰ Ibid.

Não se pode, portanto, confundir a proteção constitucional da intimidade com a dispendida à privacidade. Enquanto aquela diz respeito ao espaço íntimo da pessoa, esta por seu turno, envolve todas as outras relações sociais, englobando também situações em que haja o relacionamento entre o Estado e o cidadão²⁸¹. A privacidade possui maior abrangência do que a intimidade, pois engloba “a proteção individual contextualizada socialmente, isto é, resguardando-se as relações interpessoais da publicidade”²⁸². Dentro do conceito do seu conceito estaria os níveis de relacionamento social que o indivíduo, habitualmente, mantém ocultos e marcados pela confidencialidade.

De seu turno, a intimidade consiste na tutela jurídica do campo circundante da pessoa física ou jurídica, em que há a necessidade de exclusão de terceiros para que se possa erigir a identidade e a livre construção dos demais elementos da personalidade²⁸³. Há no conceito de intimidade dois aspectos: 1) um relacionado ao direito do indivíduo tem não ser perturbado; e 2) o relativo à sua própria pessoa, que contém informações de ordem estritamente pessoais. São tutelados, pois, dois interesses, seja o de que a intimidade não venha a sofrer agressões, seja o de que venha a ser divulgada²⁸⁴. Assim, o direito à intimidade pode ser conceituado como o conjunto de fatos ou circunstâncias privadas, conhecido por um número reduzido de pessoas em relação ao qual o titular possui interesse legítimo de evitar divulgação.

Por sua vez, o sigilo enquanto direito também deve ser analisado com base em três elementos estruturais: 1) o sujeito; 2) o conteúdo; e 3) e o seu objeto. O titular do direito seria aquele que é detentor se uma informação da própria vida privada ou de vida privada alheia. Já o conteúdo consubstanciaria a faculdade de “constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão”²⁸⁵.

Como faculdade, a manutenção do sigilo estaria a serviço não só da liberdade individual de negar a comunicação, mas também à sociedade e ao Estado, na medida em que é

²⁸¹ PRADO, Luiz Regis. Tutela jurídico penal do sigilo das operações financeiras. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁸² Ibid.

²⁸³ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. Tutela jurídico penal do sigilo das operações financeiras. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

²⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALCÃO JR, Jayr Viégas. **Sigilo fiscal e bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

a todos assegurado o recebimento dos órgãos públicos de informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Por fim, o objeto seria a proteção à dignidade da pessoa humana, essencialmente no seu valor liberdade.²⁸⁶

3.1 Garantia constitucional ao sigilo

Durante a vigência da Constituição Federal de 1967 (com a Emenda n.º 1 de 1969), a doutrina vislumbrava algumas normas de proteção à vida privada, como a prevista no artigo 153, §9º e §10, que dispunham sobre a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas e do domicílio. Não obstante, o direito à intimidade não possuía uma disciplina constitucional autônoma, sendo reconhecido pela doutrina somente em razão do que dispunha o artigo 153 da Constituição (“a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”).

Contudo, a condecoração da intimidade como direito era mais teórica do que prática. O sistema autoritário que prevaleceu durante o período militar ditatorial brasileiro representou um marco histórico no tocante à imposição de intimidação a população por meio de instrumentos que violavam flagrantemente direitos até ali conquistados. A exemplo, a obtenção de informações relevantes ao governo dava-se muitas vezes por meio de espionagens, visto que este era um meio eficaz e rápido de obter dados úteis aos seus mais diversificados interesses, ultrapassando discricionariamente os limites impostos pelo direito de privacidade.

Devido à onda de desrespeito à personalidade humana, movimentos sociais em busca da redemocratização do Brasil começaram a emergir, reivindicando principalmente a prevalência de direitos e garantias individuais invioláveis pelo Estado. Estes anseios tornaram-se realidade com a constituinte de 1987 e a elaboração de uma nova Constituição em 1988, que traria de volta os direitos até então afastados pelos períodos antidemocráticos enfrentados pelo país.

²⁸⁶ Neste sentido, para Tércio Ferraz Sampaio Júnior é um equívoco falar em direito ao sigilo tomando a faculdade pelo bem protegido como se fosse um único direito fundamental. É preciso reconhecer que o sigilo diz respeito a informações privadas ou de interesse da sociedade/Estado. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALCÃO JR, Jayr Viégas. **Sigilo fiscal e bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Ao encontro da história constitucional moderna, a Constituição Federal de 1988 trouxe um conjunto de direitos e garantias típicas de um Estado Democrático Social de Direito, como por exemplo, os previstos em seu extenso artigo 5º. Sob a alcunha de fundamentais, estes direitos e garantias foram tidos como parâmetro de fundamentação para a legislação infraconstitucional na medida em que por elas deveriam atuar e se irradiar²⁸⁷. A existência de um rol de direitos individuais que assegurassem a proteção do cidadão contra arbitrariedades do próprio Estado denota, pois, um forte interesse de cada indivíduo pudesse escolher seus próprios caminhos, objetivos e metas, de modo que o Estado interviesse o menos possível das relações intersubjetivas²⁸⁸.

Analisados a partir de uma definição formal, os direitos fundamentais são aqueles valores inseridos na Constituição Federal e que receberam o status mais elevado que pode ter uma garantia, caracterizando-se pela sua imutabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Agora, quanto à sua concepção material, consagram princípios que determinam a ideologia do predominante no Estado e que servirão de norte para todo o ordenamento jurídico, vinculando inclusive os demais poderes, de modo que qualquer interpretação legislativa deverá tê-los como premissa.²⁸⁹

A Constituição Federal brasileira inseriu entre os direitos e garantias individuais a proteção à esfera privada, sendo bastante clara ao coibir a invasão da privacidade, uma vez que trouxe instrumentos para a sua preservação, bem como meios de ressarcimento quando ofendida. O texto constitucional consagra, como um direito autônomo, a inviolabilidade da privacidade, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem pessoal, e o sigilo entre os direitos fundamentais da personalidade a serem garantidos no Estado Democrático e Social de Direito em seu art. 5º, incisos X e XII: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial,

²⁸⁷ Neste sentido, leciona Ferdinand Lassale em LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 09.

²⁸⁸ Evidente, que este aspecto denota apenas uma das vertentes perquiridas pela Constituição Federal. Sabe-se que além dos direitos e garantias individuais marcados por características da denominada primeira dimensão dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 também consolidou aqueles referidos como de segunda e de terceira dimensão (direitos sociais e direitos transindividuais respectivamente). Todavia, na medida em que este trabalho se preocupa com um direito fundamental iminentemente de primeira geração - o sigilo -, apenas tópicos referentes a esta dimensão serão considerados para efeitos de desenvolvimento do tema.

²⁸⁹ LINS E SILVA, Técio; LIMA, Marcela Lima. Apontamentos sobre o sigilo bancário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, RBCCrim 28/215, maio/junho, 2004.

nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Situando-se ente os direitos individuais fundamentais, o direito à vida privada e à intimidade faz parte do núcleo imutável do texto constitucional por força do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988. Consequentemente, a norma consagradora desse direito possui caráter principiológico, devendo vincular o entendimento do intérprete constitucional no tocante a produção e interpretação de todas as leis do ordenamento jurídico e na compreensão dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1988 fez por distinguir a intimidade daquilo que se denomina de privacidade ao incluir ambas as expressões na letra da lei. Contudo, ao não se referir de maneira exata à dimensão e ao âmbito de proteção de cada uma das expressões, a distinção restou a cargo da doutrina e da jurisprudência. Para alguns autores, o texto constitucional considerou vida privada de maneira abrangente como o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida.

Ao distinguir intimidade e vida privada, a atual Constituição adotou a teoria das esferas. A intimidade corresponderia ao âmbito mais restrito da vida privada, à parcela da vida do cidadão, resguardável até mesmo daqueles que participam de sua privacidade, protegidos da curiosidade de terceiros, que neles não podem adentrar. A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁴³ entende que para pertencer à esfera da vida privada, é necessário que a circunstância analisada não tenha repercussão na vida social, restringindo-se ao âmbito de reserva absolutamente exclusivo, a exemplo das próprias convicções do indivíduo. Quanto à vida privada, esta corresponderia a uma esfera mais ampla, onde estão os relacionamentos com a família, os amigos, os colegas de trabalho etc.

Nota-se, portanto, que a esfera da vida privada, diferentemente da corresponde à intimidade, admitiria gradações no tocante aos direitos da privacidade, de modo correspondente e proporcional à repercussão social que a situação enseja. Os diversos níveis de proteção conferidos às “zonas de privacidade” podem ser atribuídos à necessidade de uma ponderação dos vários bens jurídicos envolvidos. Dessa forma, pode-se dizer que existem, dentro da esfera da privacidade, situações com intensidades de proteções constitucionais distintas. Isso se manifesta na medida em há colisão com outros interesses, também de status constitucional, ou quando as próprias circunstâncias, em razão de sua transcendência econômica, afastam-se do caráter de liberdade pessoal e se aproximam da mera proteção patrimonial. Com efeito, uma proteção constitucional menor consubstancia em uma proteção passível de exceções.

3.2 A relação entre segredo e atividade econômica

Ao reconhecer que “conhecimento em si é poder”²⁹⁰, Francis Bacon também percebeu que conhecimento, assim como o poder, é distribuído de maneira desigual e aqueles que o detém acabam agindo de modo a mantê-lo escasso, compartilhando-o apenas estrategicamente. Não por menos, em políticas públicas, autores explicam o sigilo como uma estratégia necessária para excluir a informação de oponentes, de modo a gerar condições para uma governança eficiente da democracia. Nos negócios e gestão, o sigilo é usualmente descrito como um meio valioso para evitar concorrentes – um subproduto da lealdade à empresa concomitante à especialização na divisão do trabalho -, mas potencialmente problemático quando empenhado em encobrir certos tipos de informações.²⁹¹

Sob essa perspectiva, Mark N. Wexler analisa o sigilo sob três níveis: (1) o micro analítico; (2) o social-psicológico; e (3) o macro analítico. No micro analítico o foco está no *self* - mais precisamente na ideia de um *self* segmentado -, que guarda segredos de si mesmo. No autoengano, a pessoa age apesar das evidências mostrarem que deve agir de outra forma²⁹². Por sua vez, o movimento de si para o outro envolve o afastamento dos segredos internos para a dinâmica psicossocial do sigilo, onde há a preocupação com a maneira pela seletiva pela qual o *self* e as informações a ele pertinentes são divulgadas às pessoas. A ideia de autorrevelação, nesse sentido, reorienta a noção de controle de informações: de uma ideia autorreflexiva de sigilo passa-se para uma noção de segredo como algo que existe entre pessoas em interação²⁹³.

Essa transição nas regras e mudança de auto apresentação traz ao indivíduo a oportunidade de ser estratégico e ocultar ou revelar informações, quando assim entender viável. Sobre esta afirmação, Mark N. Wexler ensina que, em nome da eficiência, as pessoas acabam revelando pouco sobre elas mesmas. Na teoria de autorrevelação, o elemento de encobrimento não é dirigido, como é na análise de autoengano, em direção aos polos morais de autenticidade, mas sim, segredos são vistos como uma necessidade funcional da vida em grupo. Isto é, na

²⁹⁰ A expressão em latim “*ipsa scientia potestas est*” aparece em *Meditationes Sacre* (1597) de Francis Bacon.

²⁹¹ WEXLER, Mark. N. Conjectures on the dynamics of secrecy ant the secrets business. **Journal of Business Ethics**, v. 6, 1987, p. 469-480, p. 470.

²⁹² *Ibid.*, p. 471.

²⁹³ *Ibid.*, p. 473.

busca por segurança, o “eu” deve procurar outros com os quais se pode compartilhar não só o sucesso, mas, curiosa e principalmente, as falhas.²⁹⁴

A dinâmica de sigilo que gera limites pode ser pensada em como estabelecer um dentro e um fora. Em termos propícios a uma interpretação psicológica social, segredos são dinâmicas empregadas por grupos para excluir o outro, na medida em que no “dentro” as informações são mantidas e controladas estrategicamente²⁹⁵. Enquanto a intimidade gera cooperação, a exclusão, por sua vez, gera conflito, sendo este essencial para um Estado em que os participantes desconfiam um dos outros. Há, portanto, uma propensão em ocultar não apenas informações, mas o próprio ato de as ocultar (assim pensado como uma estratégia para melhor agir como se não estivessem “representando”).

Do ponto de vista macro analítico, quando compartilhados, os segredos carregam um valor público que pode ser, por exemplo, certificado no contexto das organizações formais. Assim sendo, sua utilidade depende diretamente de a informação ser excluída de alguns e totalmente possuída por outros. E, aponta Mark N. Wexler, que a onipresença desse tipo de segredo (o que o autor chama de “segredos públicos”) no governo, em instituições e em empresas não é um capricho da mera seleção: o contexto formalmente organizado é precisamente onde eles mais florescem. A informação em contextos competitivos formalmente organizados não é apenas valorizada, como também pode ser trocada.²⁹⁶

Nas palavras de Silvia Possas, o conhecimento é um elemento imprescindível à realização do processo produtivo e de fundamental importância para a determinação do grau de produtividade (física ou em valor) alcançado. Sua importância estaria presente tanto na realização da produção propriamente dita e na decisão de quanto produzir, por exemplo, quanto em outros aspectos do processo econômico. No entanto, diferentemente de outros fatores de produção, a informação não é algo facilmente transacionável devido a alguns elementos, como por exemplo, sua natureza indivisível, o fato de o comprador não poder avaliar seu valor antes de possuí-la integralmente etc.²⁹⁷.

²⁹⁴ WEXLER, Mark. N. Conjectures on the dynamics of secrecy and the secrets business. **Journal of Business Ethics**, v. 6, 1987, p. 469-480, p. 473-474.

²⁹⁵ Mark N. Wexler menciona que aqueles a quem as informações são negadas podem ser divididas em dois tipos de grupos externos: (1) o que cai em negação do poder do outro grupo, mas que realmente querem informações aparentemente escassas possuídas por *insiders*; e (2) o que não quer a escassa informação possuída por *insiders*. *Ibid.*, p. 474.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 475-476.

²⁹⁷ POSSAS, Silvia. Conhecimento e atividade econômica. **Economia e Sociedade**, Campinas, jun. 1997, p. 85-100, p. 85-86.

Apesar das controversas acerca do tema, parece, na opinião da autora, haver um consenso em relação a alguns pontos relevantes para a compreensão do papel econômico da informação e conhecimento: (1) tanto a informação, quanto o conhecimento são bens não rivais, isto é, o fato de alguém os utilizar em nada atrapalhar a sua utilização por outrem; (2) em ambos há alguma possibilidade de se garantir uma certa exclusividade ao seu possuidor (mas não integralmente porque sempre certa parte desse conhecimento ou informação se torna, em alguma hora, de domínio público; e (3) quem pode ter interesse em adquiri-los não sabe de antemão qual a sua utilidade, só podendo avaliá-los depois que os tenha obtido.²⁹⁸

As distinções teóricas entre informação e conhecimento²⁹⁹ são relevantes do ponto de vista econômico. Silvia Possas aponta que, por si só, a necessidade de incorporar a informação e sua aquisição já trazem problemas ao paradigma dominante da teoria econômica: o do equilíbrio geral. O que é realmente relevante é o fato que a informação em si não é utilizável e isso traz complicações adicionais, sendo a mais importante a criação de assimetria entre os agentes econômicas. Alinha-se a isso a percepção de que o conhecimento muitas vezes se localiza em organizações formais e o funcionamento destas pode facilitar ou dificultar a sua ampliação, tanto em termos de aprofundamento, quanto de dispersão.³⁰⁰

É no contexto do processo competitivo capitalista que se deve também analisar as peculiaridades da informação e do conhecimento (também, como já mencionado, um elemento de poder). Dentro dessa perspectiva, o conhecimento alcança, por conseguinte, um papel estratégico de suma importância para qualquer produtor. É, nas palavras de Silva Possas, provavelmente o mais importante elemento diferenciador existente, quase que indispensável à obtenção de rendimentos que cubram os custos de produção. Daí se pode inferir que as corporações, em suas tentativas de criar e se apropriar de conhecimentos, sejam relevantes

²⁹⁸ POSSAS, Silvia. Conhecimento e atividade econômica. **Economia e Sociedade**, Campinas, jun. 1997, p. 85-100, p. 86.

²⁹⁹ Ressalta-se que muitos distinguem informação de conhecimento. Uma distinção, por exemplo, define “a primeira como se referindo a quaisquer proposições devidamente enunciadas e codificadas acerca de “estados de mundo”, propriedades da natureza, algoritmos etc. O conhecimento por sua vez mais muito além disso, incluindo todo um referencial do receptor da informação, que lhe permite decodificá-la e utilizá-la. Outra diferença é que o conhecimento inclui ainda aspectos mais imprecisos, que poderíamos chamar de intuição e criatividade, que permitem fazer ilações a partir das informações obtidas, de modo a criar novos conhecimentos. Essas distinções enfatizam a subjetividade envolvida neste último conceito. Enquanto a informação é algo codificado e até certo ponto externo a seu detentor, o conhecimento de cada agente é único e em alguma medida intransmissível. Uma mesma informação será muitas vezes interpretada e incorporada de modo diferente por indivíduos com conhecimentos diferentes”. POSSAS, Silvia. Conhecimento e atividade econômica. **Economia e Sociedade**, Campinas, jun. 1997, p. 85-100, p. 87-88.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 88.

repositórios de informações, que se incorporam em todos os seus departamentos, capacitações tecnológicas, organizações internas e relações com os mercados que atuam.³⁰¹

3.2.1 Segredos comerciais e informações estratégicas

No Estado Democrático de Direito, a proteção à livre concorrência é tão cara que a Constituição Federal de 1988³⁰² dispõe em seu artigo 1º, IV que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Igualmente, em seu artigo 170, IV e parágrafo único, o texto constitucional prevê que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da livre concorrência” e que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A fim de implementar tais direitos constitucionais, o artigo 22 da Lei n.º 12.527/11 (“Lei de Acesso à Informação”)³⁰³ estabelece restrições à informação, privilegiando o sigilo quando aquela possa ameaçar a ordem econômica. O dispositivo expressamente menciona que o disposto na mencionada Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça, nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. Em casos em que as informações se refiram a atividades vinculadas ao Poder Público (tal como ocorre, por exemplo, com as instituições financeiras, que exercem atividades capazes de movimentar e refletir em toda a economia nacional, garante-se o sigilo por se entender que assim se está privilegiando o interesse coletivo.

Todo esse arcabouço jurídico tem a finalidade de garantir a manutenção da ordem econômica, a qual está diretamente relacionada à livre concorrência, que por sua vez, somente pode se implementar quando há sigilo de informações sensíveis e estratégicas para o exercício

³⁰¹ POSSAS, Silvia. Conhecimento e atividade econômica. **Economia e Sociedade**, Campinas, jun. 1997, p. 85-100, p. 92-93.

³⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³⁰³ BRASIL. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

da atividade econômica. Não por menos, o sigilo empresarial, compreendido como o conjunto de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviço é protegido pela Lei n.º 9.279/96 (“Lei da Propriedade Industrial”)³⁰⁴.

Reforçando a imprescindibilidade de se proteger informações sensíveis e estratégicas de pessoas jurídicas, a Lei n.º 9.279/96 tipifica como crime de concorrência desleal a divulgação de dados e informações confidenciais da atividade econômica desenvolvida pela empresa. Especificamente o artigo 195, XI, do referido diploma dispõe que comete crime de concorrência desleal quem divulga, explora ou se utiliza, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviço a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato (a exceção daquelas informações que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto). No mesmo sentido, o artigo 195, XII determina que também enquadra no ilícito penal quem divulga, explora ou se utiliza, sem autorização, de conhecimentos ou informações mencionadas no inciso XI, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude.

Não é de se espantar, portanto, que a Lei n.º 12.529/11 (“Lei da Defesa da Concorrência”)³⁰⁵ possua diversos dispositivos que impõem ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE o dever de manter o sigilo de documentos ou informações que requisitarem. A exemplo: artigo 9º, XVIII, artigo 11, III, artigo 13, II. Se não bastasse, em sede de processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, por exemplo, a própria Lei n.º 12.529/11 assegura o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais. Em seu parágrafo único, o artigo 49 desse diploma prevê que as partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, no tempo e modo definidos no regimento interno do CADE, cominando multa ao agente público que dolosa ou culposamente disseminar, de forma indevida, “informações acerca da empresa”, quando coberta por sigilo, nos termos do artigo 44 da mesma Lei.

Nota-se que a Lei n.º 12.529/11 textualmente reconheceu que a tutela da livre concorrência no mercado, envolve, em muitos casos, a análise de documentos e informações

³⁰⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, 1996.

³⁰⁵ BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

empresariais sensíveis ou estratégias para os agentes econômicos envolvidos, cuja divulgação tem o potencial de afetar, em maior ou menor medida, as relações concorrenciais travadas no mercado ou de causar prejuízos à atividade empresarial do agente econômico a que se referem, impondo à autoridade antitruste o dever de mantê-las sob sigilo. Nesse sentido, vale a pena ressaltar que a 3ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.554.986/SP³⁰⁶, decidiu que o sigilo de documentos que guardem segredos industriais deverá ser resguardado.

3.2.2 Sigilo fiscal

A expressão “sigilo fiscal” não existe no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, na verdade, da justificativa do Fisco ter de ocultar informações dos contribuintes referentes às suas diversas atividades. Supostamente, o conceito teria origem no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/1966)³⁰⁷, cuja redação mais recente (dada pela Lei Complementar n.º 104/2001) dispõe que “sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.³⁰⁸

Muitos autores mencionam que o dispositivo é vago, ambíguo e cheio de polissemia dos signos situação econômica ou financeira. Isso faria com que, em uma acepção ampla, qualquer informação ampla concernente à atividade empresarial do contribuinte poderia ser ocultada, por exemplo, com base no sigilo fiscal, inclusive as autuações administrativas, benefícios fiscais, adesão a programas de anistia ou parcelamento, entre outros.³⁰⁹

A redação do artigo 198 do Código Tributário Nacional e a interpretação dada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), contudo, conforme pontuam Filipe Casellato Scabora e Flávio Felipe Pereira Vieira dos Santos não se coaduna com outros instrumentos

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.554.986/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/03/2016.

³⁰⁷ BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, 1966.

³⁰⁸ Importante ressaltar que as informações ocultadas pelo Fisco sob o manto do sigilo fiscal não se referem apenas ao contribuinte, mas também à própria Fazenda Pública, no que dizem respeito aos lançamentos, autuações, decisões administrativas e à fiscalização em geral, inclusive no tocante aos fundamentos e razões de decisões

³⁰⁹ SCABORA, Filipe Casellato; DOS SANTOS, Flávio Felipe Pereira Vieira. O sigilo fiscal enquanto óbice ao combate da evasão tributária: contradições, ilegalidades e arbitrariedades na aplicação do instituto no Brasil. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, vol. 24, maio-junho, 2020, p. 151-171.

normativos que versam sobre transparência e sigilo *lato sensu*, tampouco ao próprio conceito de Administração Pública³¹⁰.

A título de exemplo, tem-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXIII assegura a todos os cidadãos o direito às informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. Sob esta perspectiva, a Lei n.º 12. 527/12 (“Lei de Acesso à Informação”)³¹¹ elenca por meio de seu artigo 23, o teor das informações que poderiam causar danos à sociedade e ao Estado. Em síntese, elas consistem em informações que dizem respeito a: (i) defesa e soberania nacional; (ii) relações internacionais; (iii) vida, segurança ou saúde da população; (iv) instabilidade financeira, econômica ou monetária do país; (v) pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em áreas de interesse estratégico; e (vi) segurança das instituições, suas atividades e seus familiares³¹².

Nota-se, portanto, que, da leitura do artigo 198 do CTN deve-se extrair que há restrições de informações financeiras e econômicas dos contribuintes obtidas em razão de seu acesso privilegiado. Entretanto, não há previsão que admita o sigilo acerca do ato administrativo público que é resultado da função de Estado que exerce na concretização e aplicação da legislação tributária. Assim, a despeito da proteção dada ao conteúdo dos dados dos contribuintes, esta não pode ser utilizada como mecanismo de ocultação da atuação fiscal no que se refere aos atos de lançamento decorrentes do exercício de sua atividade³¹³.

Assim, a “situação econômica ou financeira” do contribuinte só seria protegida no âmbito da esfera privada, não se relacionando à sua situação fiscal. Quando uma operação fosse juridicizada por ato administrativo de lançamento tributário, esta deixaria a esfera do direito privado para ingressar no universo do direito público, devendo ser, portanto, publicizada,

³¹⁰ SCABORA, Filipe Casellato; DOS SANTOS, Flávio Felipe Pereira Vieira. O sigilo fiscal enquanto óbice ao combate da evasão tributária: contradições, ilegalidades e arbitrariedades na aplicação do instituto no Brasil. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, vol. 24, maio-junho, 2020, p. 151-171.

³¹¹ BRASIL. **Lei n.º 12. 527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

³¹² Ressalta-se que essas informações devem ser classificadas como “reservadas”, “secretas” ou “ultrassecretas” com prazo máximo de sigilo estabelecido pelo artigo 24, §1º e artigo 4º, II do mesmo diploma legal. A norma também consagra a publicidade como um preceito geral e o sigilo como exceção (artigo 3º, inciso I) e prevê que, ainda que não seja autorizado acesso integral à informação, é assegurado o acesso à parte não sigilosa, ocultando-se a parte protegida.

³¹³ Mesmo porque, por sua própria natureza, o lançamento se submete ao regime de direito público, devendo ser orientado pelo princípio da publicidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

sobretudo quando tais informações servirem para incidência e formalização do crédito tributário.³¹⁴

Além disso, não se encontram motivações razoáveis para a ocultação de informações econômicas e financeiras do contribuinte – quando estas atingirem a esfera do direito público – se tais dados não disserem respeito aos seus segredos industriais, estratégias de mercado e não acarretarem prejuízo na seara concorrencial. Trata-se de medida de interesse coletivo e social que empresas divulguem informações com conteúdo econômico-financeiro relevante.³¹⁵

3.2.3 Sigilo bancário

Diferentemente do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, há sigilos outros que não são expressamente referidos pela Constituição, como o direito ao sigilo financeiro e ao sigilo fiscal. Mesmo não expressos estes são garantidos ora pelo inciso X, do artigo 5º, que protege a intimidade e a vida privada, ora pelo inciso XII do mesmo art. que assegura a inviolabilidade de dados³¹⁶. Esse entendimento, contudo, nem sempre foi o defendido pelos tribunais superiores brasileiros e até hoje possui dissidentes na doutrina.

Sérgio Carlos Covello³¹⁷ conceitua sigilo bancário como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em função de sua atividade profissional”. Em diapasão, Nelson Abrão³¹⁸ define o instituto como a obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade, notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas civis, penais ou disciplinares.

Não é de se estranhar que a origem do sigilo bancário se confunde com o surgimento da própria atividade bancária. Nesse sentido, sua justificação remota ao caráter empírico do uso tradicional resultante das próprias contingências da vida comercial³¹⁹, emergindo como uma

³¹⁴ SCABORA, Filipe Casellato; DOS SANTOS, Flávio Felipe Pereira Vieira. O sigilo fiscal enquanto óbice ao combate da evasão tributária: contradições, ilegalidades e arbitrariedades na aplicação do instituto no Brasil. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, vol. 24, maio-junho, 2020, p. 151-171.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. O sigilo e a prova criminal. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa: direito penal da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.048.

³¹⁷ COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001. p. 83.

³¹⁸ ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 54.

³¹⁹ REALE, Miguel. Os direitos da pessoa e o sigilo bancário. In: _____. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-64. p. 62.

verdadeira técnica de captação, na qual o sigilo é utilizado como atrativo da confiança dos clientes. Com efeito, ao depositarem seus valores à confiança das instituições financeiras, as pessoas se sentem mais seguras, pois acreditam que estão em uma situação de confidencialidade.

O sigilo bancário, pois, nasceu com o intuito de proteger interesses privados, porém não se limitou a isso. Com o tempo, ganhou destaque o interesse público em função da importância que o sistema bancário e o sistema de crédito passaram a ter frente ao desenvolvimento econômico. Assim, não só a instituição bancária tem o direito/dever de manter segredo em relação a dados de seus clientes, como também o sigilo bancário configura interesse social na medida em que proporciona um bom funcionamento do sistema financeiro e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia do país. Sob este prisma, o sigilo bancário teria tríplice função: 1) na proteção de segredos comerciais e proporcão de confiança em relação às instituições bancárias; 2) no direito individual à privacidade; e 3) no interesse público em favor da estabilidade do sistema financeiro.

Hoje, encontra-se pacificado na doutrina que o sigilo bancário é uma derivação do sigilo de dados. A aceitação do direito ao sigilo bancário como um direito fundamental, contudo, deu-se por etapas. A primeira de certo modo rejeitava a ideia de considerar este direito propriamente como um direito fundamental. Neste sentido, Francisco Rezek, em seu voto no MS 21.729-4/DF³²⁰, do Supremo Tribunal Federal, defendeu que o tema não tinha estatura constitucional. Isso porque certas normas constitucionais abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar e, é nesse terreno, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário.

Em seu voto no RE 219.780³²¹, o Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, evidenciou a sua convicção de que o sigilo bancário não teria proteção constitucional específica. Para o ministro, a questão da quebra do sigilo resolver-se-ia por meio de normas infraconstitucionais (que se subordinam ao preceito constitucional), respeitando-se o princípio da razoabilidade, que estabeleceria o procedimento e o devido processo legal a ser observado.

Há ainda hoje quem entenda o sigilo bancário como um direito não autônomo, mas sim de natureza jurídica instrumental. Para estes autores, o sigilo corresponderia a uma

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MS n.º 21.729-4-DF**. Relator Ministro Francisco Rezek. Data do julgamento: 19/10/2001.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 219.780/PE**. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 10/09/1999.

faculdade de agir cujo escopo principal é a proteção de outros institutos relevantes. Enquanto direito instrumental, o sigilo bancário até poderia estar relacionado à proteção atribuída aos direitos fundamentais, como é o caso da privacidade e da intimidade, porém, ainda assim a proteção constitucional recaria sobre estas e não propriamente sobre aquele.³²²

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nas relações entre as instituições bancárias e seus clientes, o aspecto essencial seria a troca de dados contábeis e patrimoniais. A privacidade aparecia, portanto, apenas indiretamente na medida em que esses dados possuem a capacidade de desvendar algo privado ou íntimo. O sigilo não teria propriamente conteúdo de direito fundamental, mas apareceria antes como objeto de um direito subjetivo dessa magnitude. Somente em casos nos quais o acesso às informações bancárias pudesse realmente expor a vida privada é que a proteção constitucional recairia indiretamente sobre o sigilo bancário.³²³

Sob este prisma, o direito ao sigilo bancário não seria desdobramento necessário do direito à privacidade, razão pela qual não possuiria direto e necessário status constitucional. Correto, portanto, designar que certas e determinadas operações podem, em função de sua conformação, revelar ou indicar aspectos da vida privada. Entretanto, mesmo estas operações somente viabilizariam este conhecido quando vistas além do mero dado quantitativo (ou seja, o acesso ao dado meramente contábil não invade a intimidade ou a privacidade). Seria, portanto, inafastável a necessidade de confrontar cada operação bancária ou financeira com os direitos à intimidade e vida privada, sendo apenas o aspecto qualitativo capaz de se relacionar com os direitos inscritos na Constituição.

Todavia, em um segundo momento, o Supremo passou a compreender o sigilo bancário não como um dos objetos de proteção da privacidade e da intimidade, mas sim como uma espécie de direito à privacidade, sendo que a Constituição Federal protege este em seu art. 5º, inciso X. Seria, portanto, uma categoria autônoma condizente com a autonomia individual, componente do direito à liberdade, revestindo-se como um direito fundamental propriamente dito. Enquanto direito, o sigilo bancário não possuiria caráter absoluto e, portanto, deveria ceder diante do interesse público, social e da Justiça mediante procedimento estabelecido em lei e

³²² BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 18, p. 141-161, abr./jun. 1996, p. 151

³²³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, n. 14, outubro/dezembro, 2001.

com respeito ao princípio da razoabilidade. A disposição constitucional, portanto, seria a garantidora do direito, estando as exceções em norma infraconstitucional.³²⁴

3.2.4 Sigilo financeiro

Como visto, o sigilo bancário consiste na discrição que os bancos ou seus órgãos e empregados devem observar sobre os dados econômicos e pessoais de seus clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento por meio do exercício das funções típicas de instituição bancária. Nesse contexto, o sigilo financeiro se correlacionaria aos dados, documentos e informações acerca do patrimônio (como elementos relacionados a cartões de crédito, ações em bolsa de valores, debêntures e outros). Entretanto, com a edição da Lei Complementar n.º 105/01³²⁵ – que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências – o conceito de sigilo bancário foi ampliado.

Além disso, as empresas de fomento comercial ou *factoring*, para efeitos dessa Lei, igualmente devem obedecer às normas aplicadas às instituições financeiras (artigo 1º, §1º), assim como o dever de sigilo é, do mesmo modo, extensível ao Banco Central do Brasil em relação às operações que este realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições (artigo 2º). Por fim, a própria Comissão de Valores Imobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, e as instituições financeiras que sejam de companhias abertas, também estão sujeitas ao sigilo dos dados obtidos por força do artigo 2º, §3º da Lei Complementar n.º 105/01. Sendo assim, o sigilo financeiro passou a abranger todos os dados sigilosos de todas essas referidas instituições e, portanto, tornou-se mais amplo e acabou por englobar o próprio sigilo bancário.

Não raramente, confunde-se sigilo fiscal, sigilo bancário e sigilo financeiro. Importante ressaltar que, enquanto o sigilo financeiro (e conseqüentemente uma das suas espécies que é o sigilo bancário) integra o direito geral à intimidade, consagrado pela atual carta política em seu artigo 5º, X, o sigilo fiscal ampara-se legalmente no artigo 198 do Código Tributário Nacional. Segundo tal dispositivo, incumbe à Fazenda Nacional e seus funcionários o dever de manutenção de sigilo acerca das informações atinentes à situação econômica e financeira dos sujeitos passivos das obrigações tributárias.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE n.º 219.780**. Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em 10/09/1999, p. 23.

³²⁵ BRASIL. **Lei Complementar n.º 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

Evidencia-se aqui a primeira diferença nítida existente entre sigilo financeiro e o sigilo fiscal: os sujeitos ativos. No primeiro, o sigilo deve ser conservado pelas instituições financeiras e a aquelas a elas equiparadas, previstas nos primeiros artigos da Lei Complementar n.º 105/01. Já no segundo, à Fazenda e aos seus funcionários cabe resguardar o referido direito fundamental. O Fisco, portanto, em relação às informações protegidas pelo sigilo financeiro, é um terceiro alheio à relação de confiança existente entre o titular do direito e o profissional da área financeira.³²⁶

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tiveram a oportunidade de assentar a diferença entre os institutos do sigilo financeiro e do sigilo fiscal. Para estes tribunais, tanto a equiparação, quanto o estabelecimento de uma relação de continência entre ambos (na qual o sigilo fiscal seria o continente e o sigilo financeiro o conteúdo) seriam equivocados. Com efeito, o STF e o STJ afastaram principalmente as alegações da Receita Federal que tentava, por meio destes argumentos, acessar dados financeiros sem prévia autorização judicial.³²⁷

Uma segunda diferença reside nas hipóteses de justa causa à revelação das informações acobertadas. Neste momento interessa especificamente a fundamentação legítima quanto ao sigilo fiscal disposta no próprio artigo 198 do CTN. Em seu §1º, disciplina este dispositivo que o dever de sigilo se excetua em face da regular requisição da autoridade judiciária, no interesse da justiça, e às solicitações das autoridades administrativas, desde que comprovada a pendência de processo administrativo contra o titular das informações. No que tange à justa para a quebra do outro, haverá explicações pormenorizadas a diante.

Diante do exposto, conclui-se que o sigilo fiscal e o sigilo financeiro não são institutos equiparados e aquele não tem o condão de absorver este. Tal entendimento é de suma importância, principalmente no tocante à impossibilidade de o Fisco invocar as hipóteses de quebra de sigilo fiscal previstas no Código Tributário Nacional para fundamentar requisições de informações sigilosas às instituições financeiras.

3.3 Sigilo organizacional: aspectos formal e informal

³²⁶ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

³²⁷ Nesse sentido, há o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do HC 7618-RS, publicado no DJU em 17/02/1999, e os acórdãos do Supremo Tribunal Federal relativos ao Inq. 732-DF e RHC 74.807-MT.

Dentro das organizações diversos fenômenos podem ocorrer diariamente, como por exemplo, o desenvolvimento de planos para novos produtos ou estratégias que devem ser ocultados dos concorrentes, proteção de dados pessoais relativos a clientes ou funcionários, acordos privados entre colegas sobre como lidar com uma situação específica, trocas de informações sensíveis etc. Estes exemplos e muitos outros semelhantes se relacionam a alguma forma de sigilo organizacional, que pode ser definido como processos sociais formais e informais em curso de intenção para ocultação de informações de atores por atores em organizações.³²⁸

Ao considerar o sigilo em um sentido formal e informal, invoca-se uma antiga distinção existente dentro dos estudos da organização, que tem sido utilizada para compreender uma ampla gama de fenômenos que abrangem estruturas organizacionais, hierarquias, grupos, liderança, entre outros. No nível mais geral, “formal” se refere ao domínio oficial de uma organização, por exemplo, suas regras, objetivos, estruturas e posições oficiais; enquanto “informal” se relacionaria ao domínio não oficial, como atividades sociais, relacionamentos e pessoas. De maneira semelhante, pode-se entender por sigilo formal casos de sigilo dentro das corporações que são oficialmente sancionados e organizados por meio de regras ou leis prescritivas e por sigilo informal aqueles exemplos de confidencialidade que operam não oficialmente e são organizados por meio de normas sociais.³²⁹

Entendido dessa forma, o sigilo pode ser explorado teoricamente como algo capaz de moldar mentalmente o comportamento e as interações nas organizações, regulando o que é dito e não dito por quem e para quem. Tal regulação não é apenas resultado e fonte de controle, mas também delinea construções de identidade, ou seja, como os indivíduos, grupos e organizações definem “quem eles são”. O sigilo, nesse sentido, torna-se relevante para uma gama de outros fenômenos e conceitos organizacionais, como mudança, liderança, política, comunicação e confiança. No entanto, nada disso em si captura as questões específicas da intencionalidade da ocultação e sua interrelação com os processos de controle e identidade que podem perpassá-las.³³⁰

Tradicionalmente, os estudos que abordam o sigilo organizacional partem de uma perspectiva informacional, na medida em que assumem que seu significado reside

³²⁸ COSTAS, Jana; GREY, Christopher. Bringing secrecy into the open: towards a theorization of the social processes of organizational secrecy. **Organization Studies**, vol. 35, março/2014. p. 1.423.

³²⁹ Ibid., p. 1.424.

³³⁰ Ibid.

principalmente na proteção de informações valiosas. Embora existam referências dispersas sobre o aspecto social do sigilo na literatura organizacional, especialmente no estudo organizacional clássico, falta ainda uma análise sistemática do instituto que desenvolva teoricamente em detalhes a natureza social do sigilo em contraste com o foco informacional dominante. Essa nova teorização colocaria o foco no sigilo enquanto processo social ao invés de simplesmente em segredos e seu conteúdo informativo.³³¹

Nesse sentido, o sigilo seria constituído por meio de interações sociais, devendo ser compreendido em termos de suas condições e consequências para a identidade e ao controle. Ao descrever esse processo social, passa-se a verificar que o que está em jogo não é uma relação linear de causa e efeito, mas sim uma relação contínua, interativa e dinâmica. Por exemplo: membros de uma organização podem compartilhar um segredo entre si; se esses membros mantiverem esse segredo, então o vínculo social dentro da rede organizacional é reforçado e outros segredos passam a também serem compartilhados. O sigilo, portanto, é uma condição e uma consequência das relações organizacionais, como a criação e a cimentação de uma identidade de grupo ao longo do tempo.³³²

Essa abordagem também considera que, embora sigilo e segredo tenham a mesma raiz etimológica, os termos não são idênticos. Aqui, enquanto sigilo se refere ao processo de manter segredos, sigilo, por sua vez, se relaciona ao conteúdo reais, mais precisamente a informações sobre esse conteúdo que estão sendo intencionalmente ocultadas. Considerando este papel, o sigilo passa a ser focado como um processo social contínuo de ocultação intencional. Como o sigilo não é, portanto, um evento único, a manutenção de um segredo requer ocultação contínua ou, alternativamente, a quebra do segredo por meio de revelação. Isso significa dizer que, para que existam segredos, os atores precisam se envolver constantemente em práticas de ocultação, disfarçando ou fabricando informações.³³³

Embora a ocultação intencional de informações seja fundamental para o sigilo, abordá-lo apenas em termos informações (ou seja, focando nas informações que estão sendo ocultadas) é inadequado. Isso porque a ocultação intencional é um fenômeno social, na medida em que é relacionada por atores sociais em conjunto que provavelmente se envolvem por meio de um rico conjunto de símbolos capazes de marcar fortemente a fronteira entre estar ou não “por

³³¹COSTAS, Jana; GREY, Christopher. Bringing secrecy into the open: towards a theorization of the social processes of organizational secrecy. **Organization Studies**, vol. 35, março/2014. p. 1.424.

³³² Ibid., p. 1.46.

³³³ Ibid.

dentro”. Nesse sentido, o sigilo ganha um potencial efeito social em sequência sobre esses atores sociais e outros acima e além da mera ocultação de informações, como por exemplo a possibilidade de admiração e mistério que os cercam ou de vergonha e culpa ou outros efeitos sobre a identidade. Assim sendo, o sigilo organizacional pode ser entendido como processos sociais formais e informais em curso de captação intencional de informações de atores por atores nas organizações.³³⁴

Importante, contudo, ressaltar que apesar de conceitualmente distintos, os domínios informativo e social do sigilo estão sempre interligados empiricamente: é praticamente impossível imaginar uma situação em que algo é mantido em segredo e ninguém se empenha em mantê-lo em segredo; igualmente não se pode conceber que os indivíduos estejam envolvidos em práticas de sigilo e não estejam mantendo nada em segredo. Em ambos os aspectos informativos e sociais, o sigilo pode ser visto operando tanto em moldes formais, quanto informais. O sigilo formal pode ser definido como a ocultação intencional de informações por atores em formas oficialmente definidas, estabelecidas e registradas. Envolve leis, regras, regulamentos e constituições que determinam o que deve ser mantido em segredo e como e a quem se pode confiar segredos e quais sanções são aplicadas à violação do sigilo.³³⁵

No sigilo formal o limite interno-externo é marcado por uma inscrição explícita, isto é, por meio de uma socialização formal: as práticas de ocultação, como a exigência de silêncio, podem ser oficialmente definidas por meio, por exemplo, de acordos de não-divulgação ou de confidencialidade. A característica central é o próprio caráter de propriedade da informação mantida em segredo sobre a qual o proprietário possui direitos legais. Outras maneiras pelas quais a ocultação pode ser aplicada formalmente incluem regras organizacionais formais. A título de exemplo, menciona-se a possibilidade de uma organização restringir o contato que seus funcionários podem ter com os de outras organizações, a existência de unidades sazonais e a segmentação física de certos espaços para restringir o acesso a determinadas partes da instalação.

A violação de segredos formais consiste na violação deliberada ou acidental de leis ou regras organizacionais para que estranhos tomem conhecimento de informações que não são propriamente suas. Pode resultar de espionagem, denúncias de irregularidades ou, acidentalmente, perda de danos. Se detectadas, tais revelações podem resultar em sanções

³³⁴ COSTAS, Jana; GREY, Christopher. Bringing secrecy into the open: towards a theorization of the social processes of organizational secrecy. **Organization Studies**, vol. 35, março/2014. p. 1.426.

³³⁵ Ibid., p. 1.430-1.431.

organizacionais, como procedimentos disciplinares diversos, incluindo demissão, ou penalidades legais, como processo judicial.³³⁶

No sigilo informal, por sua vez, ocorre a ocultação intencional de informações pelos atores organizacionais de formas não oficiais e não escritas, que não está sujeita a regras e leis formais. Esses segredos podem não estarem sujeitos à apropriação na forma de direitos legais de propriedade; em vez disso, normas negociadas socialmente, crenças ou convenções morais regulam o que deve ser mantido em segredo e como e a quem deve ser confiado e as sanções para a quebra do sigilo. O sigilo informal ocorre dentro e entre redes das unidades organizacionais que podem estar alinhados ou cruzados à estrutura organizacional formal. Por exemplo: geralmente há estruturas de sigilo informais entre departamentos (sigilo horizontal), entre subordinados e superiores (sigilo vertical) e na formação de coalizações ou outras formas de organização da política institucional.

A revelação de segredos mantidos informalmente pode variar consideravelmente a depender do quão extenso ou restrito o sigilo, relacionando-se diretamente ao contexto e à natureza das relações. Nesse sentido, a revelação do sigilo informal não consiste em revelar algo a estranhos, como é o caso do sigilo formal, mas contar ao “tipo errado” de *insiders*. Como a maneira pela qual esse tipo de sigilo é imposto é necessariamente informal e depende da confiança, sua violação é suscetível a sanções sociais, como a exclusão do grupo e discriminação na forma de crítica ou indução à vergonha.³³⁷

O sigilo formal e o sigilo informal não devem ser entendidos de modo estático. Há uma interação dinâmica entre eles, de modo que o sigilo como um todo deve ser compreendido como algo incorporado a uma organização específica dentro de determinado contexto. Ao relacionar o sigilo a certos contextos organizacionais, observa-se uma relação dinâmica e indeterminada, na qual a confiança pode fomentar o sigilo e o sigilo também pode reforçar a confiança dada às maneiras pelas quais os *insiders* confiam uns nos outros para manter uma ocultação contínua. A interação entre sigilo formal e informal é, portanto, complexa e altamente dependente. Consequentemente, os limites podem ser facilmente violados.³³⁸

De modo geral, os processos sociais que envolvem o sigilo podem ser situados em termos de categorias amplas de identidade e controle, embora estas sejam altamente

³³⁶ COSTAS, Jana; GREY, Christopher. Bringing secrecy into the open: towards a theorization of the social processes of organizational secrecy. **Organization Studies**, vol. 35, março/2014. p. 1.432.

³³⁷ Ibid., p. 1.434-1.435.

³³⁸ Ibid., p. 1.436.

interrelacionadas. No cerne do processo social do sigilo organizacional estão as formas complexas pelas quais ele pode afetar a identidade, definida aqui como o processo social por meio do qual os atores constroem a si próprios, seus grupos ou organizações. Inicialmente, a importância do sigilo para a formação da identidade se dá por meio da diferenciação entre o “eu”/“nós” e o “ele”/“eles”. O sigilo exige promove a conscientização do grupo e de seus membros, consciência esta que, por sua vez, é crucial para a formação da identidade, fortalecendo laços sociais entre aqueles que sabem.³³⁹

O sigilo também exerce influências no tocante ao controle, entendido como um contexto organizacional que pode ser definido genericamente em termos de capacidade de influenciar direta ou indiretamente o comportamento e as crenças dos atores organizacionais. Isso porque o sigilo organizacional pode fornecer aos indivíduos a sensação de estar no controle sobre as informações mantidas em segredo e sobre os processos de ocultação. Por outro lado, o sigilo também exerce controle sobre aqueles nele envolvidos. O sigilo molda como os atores devem se posicionar, experimentar e se comportar em relação a si mesmo e aos outros, promovendo a “autodisciplina” entre membros do grupo.³⁴⁰ Tudo isso pode melhor explicar por que as medidas de transparência podem não só serem difíceis de aplicar, como também podem ter como base compreensões ilusórias da dinâmica organizacional.

3.4 Autorregulação regulada e deveres de comunicação

Como já mencionado no capítulo 1, nos últimos anos as atividades empresariais atuantes nos mais diversos setores essenciais da econômica têm se convertido nos principais focos de criação de riscos. Diante dos enormes prejuízos causados, principalmente em decorrência da ausência de regulamentação estatal no mercado financeiro, evidenciados pelas recentes crises econômicas experimentadas pelo globo, tornou-se imprescindível uma nova forma de controle do Estado, capaz de controlar esses ramos de atividade. Contudo, como se sabe, os atos, especialmente os delitos, ocorridos nesses ambientes possuem peculiaridades (seja pela *expertise* de seus agentes, seja pelo uso de avançadas tecnologias, por exemplo), que dificultam não só sua percepção, como também a sua persecução.³⁴¹

³³⁹ COSTAS, Jana; GREY, Christopher. Bringing secrecy into the open: towards a theorization of the social processes of organizational secrecy. **Organization Studies**, vol. 35, março/2014. p. 1.436-1.437.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 1.439-1.440.

³⁴¹ CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores**: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2020, p. 31.

Devido à inaptidão do Estado em acompanhar toda a dinâmica e técnica do mercado globalizado, verificou-se a necessidade de distribuir parte do controle de riscos a outros segmentos, inclusive para setores privados, sob a premissa de que as empresas, quando comparadas aos Estados, estariam em uma melhor posição para controlar ou mesmo supervisionar o comportamento de seus membros individuais.³⁴² Assim, tendo em vista (i) que o controle de riscos não pode ser realizado de modo eficaz por meio da intervenção estatal e (ii) que o mercado tampouco pode ser deixado à absoluta discricção das empresas, chega-se a um novo estágio de regulamentação chamado de “autorregulação regulada”³⁴³.

A noção de autorregulação regulada (*enforcement self-regulation*) foi desenvolvida por John Braithwaite e se refere à regulação baseada em escalonamento de condutas e formas correlatas – e proporcionais – de controle, revista de acordo com maior sensibilidade à realidade institucional dos países em desenvolvimento. A ideia, portanto, perpassa antes tudo o próprio conceito de regulação, entendido tradicionalmente como o exercício do controle empenhado por agências públicas em relação a atividades valoradas pela comunidade. Nesse sentido, ensina Eduardo Saad-Diniz que regulação incide sob os padrões públicos de comportamento e propósitos aceitáveis nas interações sociais.³⁴⁴

Já há algum tempo, a criminologia econômica tem dedicado algum esforço para submeter o diálogo entre regulação e sistema de justiça criminal a uma revisão crítica. Assim, tomando por pressupostos as mais marcantes manifestações do mercado – como concorrência, instituições privatizadas, descentralização do controle, delegação da regulação estatal etc. – passou-se a entender que a regulação efetiva diz respeito à normativa ou recomendação de comportamento que melhor possa acomodar os reguladores e realizar os valores propostos pela política regulatória.³⁴⁵ Não por menos, Cary Coglianese concebe a regulação como política para solução de problemas por meio da implementação e aplicação de leis e políticas, dentre outras táticas, com a finalidade de direcionar o comportamento de indivíduos e organizações³⁴⁶.

³⁴² TARBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. pp.03-16. p.15.

³⁴³ CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores**: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2020, p. 32.

³⁴⁴ SAAD DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 146

³⁴⁵ Ibid., p. 147.

³⁴⁶ COGLIANESE, Cary. **Measuring regulatory performance**: evaluating the impact of regulation and regulatory policy. OCDE: 2012, p. 8.

A criminologia econômica encontrou aí estratégias para combinar os estudos de criminalidade corporativa com os de regulação, ampliando o foco da avaliação regulatória e introduzindo o debate sobre a qualidade dos mecanismos sancionatórios e priorização do controle social formal. Ao elaborar o conceito de “regulação responsiva”, John Braithwaite traz o modelo de escalamento de condutas e mecanismos de institucionais de resposta. Sob a forma de uma pirâmide regulatória, esse modelo traria em sua base estratégias de desinstitucionalização e desformalização, reservando os mecanismos formais mais intensivos de controle social às condutas concentradas no topo.³⁴⁷

Esse modelo dependeria do chamado “paradoxo regulatório”, segundo o qual apenas porque é certa a resposta formal concentrada no topo os demais mecanismos informais alocados na base funcionam. Ou seja: ou se resolve o conflito com base em mecanismos diplomáticos, diálogo e persuasão ou se deve recorrer à resposta punitiva. É justamente dessa matriz teórica que se criam vínculos entre as iniciativas de autorregulação corporativa e os parâmetros públicos de regulação (daí porque “autorregulação regulada”).³⁴⁸

Pelo modelo da autorregulação regulada, o Estado deixa de impor condutas às empresas e passa a exigir deveres de organização. Impondo uma pauta mínima de obrigações organizacionais, que deve ser implementada e cumprida pelas empresas para se prevenir a concretização dos riscos de condutas antiéticas ou mesmo criminosos, o Estado passa a exigir que o particular o auxilie na prevenção e repressão de ilícitos. Diante dessa junção de esforços ou parceria público-privada, as empresas passam a desempenhar papel determinantes em relação a evitar a concretização dos riscos que poderiam decorrer de suas atividades econômicas e reprimir possíveis condutas contrárias aos interesses do Estado.³⁴⁹

A autorregulação regulada também caminha em direção à concretização da colaboração entre o Estado e as empresas na persecução de possíveis condutas, especialmente no tocante às práticas de compartilhamento de informações ou deveres de comunicação: quando as empresas, em troca de benefícios frente ao Estado, levam a Poder Público informações de condutas contrárias ao interesse deste para que então o próprio possa atuar de acordo com o seu *ius puniendi*. Tal capacidade de *enforcement* e, principalmente, a estratégia de colaboração-

³⁴⁷ SAAD DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p.150.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. 327 p. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

delação seria, na opinião de alguns autores, a maior explicação para o êxito do direito concorrencial americano e europeu, fazendo com que a colaboração privado-Estado se tornasse critério decisivo no momento do cálculo de sanções, por exemplo.³⁵⁰

O que se pretende com a autorregulação regulada é trazer uma nova perspectiva e reestruturação empresarial, incentivando condutas, tanto de funcionários, como, e principalmente, de dirigentes pautadas na ética negocial e respeito com o “entorno social”. A junção de esforços entre o Poder Público, agentes sociais e as próprias empresas será justamente no sentido de se possibilitar e ofertar mecanismos necessários para que estas últimas adotem e fiscalizem normas de comportamento que estejam de acordo tanto com as previsões legais (subordinadas aos interesses estatais), como previsões da própria empresa (estipulada por meio de códigos internos).³⁵¹

Por parte da cooperação vindo do ente privado, propaga-se a ideia de que as empresas devem criar estruturas especializadas com a finalidade de fazer uma gestão de risco (*risk assesment*)³⁵², para então dar cumprimento às obrigações legais que sejam incidentes em seu ramo de atividade, além de fiscalizar e impedir qualquer iniciativa que tenha por finalidade a não observância das normas. Chega-se aqui ao conceito de governança corporativa, que, segundo as Nações Unidas e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, seria “um pilar da arquitetura econômica global e um dos instrumentos do desenvolvimento, em suas três dimensões – a econômica, a social e a ambiental”³⁵³.

Sabe-se que a governança corporativa teria por principal finalidade a criação de manuais de regras e condutas no ambiente corporativo a fim de proteger os interesses (os denominados *shareholders*), principalmente os acionistas, contra possíveis ações lesivas tomadas no âmbito do gerenciamento da empresa, trazendo, conforme aponta Eduardo Saad-Diniz “a transparência como epicentro do mercado”³⁵⁴. Assim sendo, a governança corporativa se fundamenta em quatro principais pilares: (1) *fairness* – necessidade de se tratar de modo

³⁵⁰ NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? **Revista Penal**, Valência, n. 19, pp. 120-136, jan. 2007. p. 125.

³⁵¹ GARCIA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.15-16.

³⁵² Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.33.

³⁵³ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2011. p.99.

³⁵⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, pp.415-441, nov. 2013. p.425.

justo e igualitário também os acionistas minoritários, permitindo-lhes participação nos resultados da empresa e nas assembleias; (2) *accountability* – confiabilidade nos números apresentados pela empresa por meio de uma prestação de contas responsável; (3) *compliance* – conformidade e cumprimento das normas regulatórias, legais e administrativas aplicadas à empresa; e (4) *disclosure* – transparência nas informações corporativas, principalmente com relação àquelas de grande impacto nos resultados e gerações de riscos.

Nas palavras de Renato de Mello Jorde Silveira e Eduardo Saad-Diniz, a questão do sigilo se encontra no epicentro desse debate. Principalmente quando se considera a concreta proteção das liberdades essenciais, o sigilo se torna o elemento condutor da “ordem social do submundo”³⁵⁵. No âmbito penal, Tiedemann foi quem também se deu conta da necessidade de priorização político criminal em torno do problema do sigilo e dos centros *offshore*, reconhecendo que o enfrentamento da questão deveria ser prioridade na prevenção às infrações econômicas, especialmente, por exemplo, em matéria de delitos fiscais³⁵⁶. Como solução prática, o autor propõe a adoção de convênios internacionais que autorizem o uso de informações a despeito da voluntariedade da declaração.

Ainda que se duvide da capacidade de articulação internacional, tudo indica que o uso de informações à indiferença da voluntariedade segue em curso, notadamente por meio de recomendações não vinculantes promovidas por agências internacionais. Sobre esse aspecto, Jesús María Silva Sánchez afirma que, em um universo de globalização penal, o que se busca evitar é a criação fictícia de paraísos jurídicos-penais, cuja existência resulta em disfuncionalidade quando se trata de combater uma modalidade de delinquência em que o lugar e o momento da intervenção dos principais responsáveis das organizações podem estar perfeitamente disponíveis³⁵⁷.

As modernas técnicas de investigações e intensificação das estratégias de Justiça Penal colaborativa conferem maior especificidade ao argumento. Como tem sido cada vez mais recorrentes o emprego da verdade como estratégia de negociação no processo penal, deve-se procurar proteger as comunicações colaborativas autênticas e suficientes. Do contrário, afirmam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz que as formas de ocultação da

³⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 312.

³⁵⁶ TIEDEMANN APUD SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 312-313.

³⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: BdeF, 2011, p. 92.

verdade, manipulação de deveres, como os de comunicação, e de liberdades pessoais, e o uso de estratégias de governança e *compliance* para iludir o Poder Público, afetam a própria essência da declaração da verdade, criando espaços de “justificação moralizante” do resgate da justiça por parte de autoridades competentes e órgãos acusadores.³⁵⁸

Seria, portanto, razoável esperar que as estratégias acusatórias que apostam no incremento do intercâmbio de informações estabeleçam prioridades para dar conta, por exemplo, do problema de *information overload*, adquirindo conhecimento e especialização para articular o que seria um nível suficiente e idôneo de informações. Ao Judiciário, por ora, caberia a tarefa de reforçar seus mecanismos de proteção do sigilo de informações e redefinir, também no nível de priorização, o que será considerado informação prestada de maneira honesta, porém imperfeita, distinguindo-a da verdadeira omissão de declaração dada a proveniência ilícita. Essa seria, na opinião de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, a melhor forma de estimular o comportamento colaborativo, necessário em um ambiente de autorregulação regulada, sem deixar de incidir na limitação de iniciativas de *mandatory disclosure* em medida proporcional à espontaneidade.³⁵⁹

O debate acerca dos deveres de comunicação e de colaboração se estende para quando a pessoa jurídica é processada por infrações penais, mesmo que apenas em relação aos crimes ambientais. Isso porque, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a ação penal brasileira é obrigada a reconhecer o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* em seu grande sentido (mesmo que a Constituição Federal de 1988 só reconheça expressamente o “direito ao silêncio”). Esse direito é extensível à pessoa jurídica ré? De acordo com a avaliação da doutrina e poucos precedentes na jurisprudência, pode-se afirmar que todos os direitos de um réu como pessoa física devem ser aplicados também às pessoas jurídicas, incluindo a garantia de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.³⁶⁰

3.5 Instrumentos de persecução vs. direitos fundamentais

3.5.1 Seriam as corporações detentoras de um direito à privacidade?

³⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 313.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 319.

³⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan; JÁPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). **Dimensões contemporâneas da atividade empresarial**. Campinas: Editora FACAMP, 2021, p. 120.

As empresas têm direito à privacidade? Elas podem reivindicar um direito constitucional de *nondisclosure* sobre suas informações? Essa discussão sobre as corporações terem ou não um direito constitucional à privacidade acabou escapando da atenção acadêmica. Nos EUA, por exemplo, o tema foi analisado, pelos menos teoricamente, pela Suprema Corte na decisão *Morton Salt*, na qual o tribunal declarou que “corporações não podem reivindicar igualdade com os indivíduos no gozo de direito à privacidade”. Essa frase e os poucos parágrafos da decisão em torno dela recebeu pouco escrutínio recebeu pouco ou nenhum escrutínio por parte dos tribunais inferiores, que passaram a rejeitar alegações sobre um direito corporativo à privacidade sem maiores discussões. No entanto, quando analisa mais detalhamento, nota-se que a decisão deixou questões em aberto sobre o assunto.³⁶¹

O caso norte-americano dizia respeito ao fato de a Federal Trade Commission poder exigir que a Morton Salt, uma corporação, apresentasse relatórios mostrando conformidade com uma ordem anterior para parar de se envolver em certas práticas comerciais. Ao decidir que as corporações podem reivindicar igualdade com os indivíduos no gozo de direito à privacidade, a Suprema Corte Americana entendeu que as empresas são dotadas de atributos públicos e tem um impacto coletivo na sociedade, sendo, portanto, passíveis de regulamentação. Nesse sentido, as agências de aplicação da lei têm o direito legítimo de se certificar de que o comportamento corporativo é consistente com a lei e com o interesse público.³⁶²

Fora de contexto, a frase “sem igualdade” foi erroneamente interpretada como uma afirmação de que as empresas não têm direito à privacidade, quando na verdade o que se quis dizer é que tal direito não é igual aquele pertencentes aos indivíduos. A Suprema Corte, inclusive, chegou a reconhecer que existem alguns limites para o acesso do governo a informações de empresa em investigações. A decisão, portanto, não afirmou que as corporações não têm direito à privacidade, mas sim sugeriu que esse direito deve ser desigual ao dos indivíduos (previsto na Quarta Emenda da Constituição dos EUA).³⁶³

Diversos tribunais, posteriormente, acabaram por citar a decisão *Morton Salt* para justificar a proposição de que empresas não têm direito constitucional à privacidade. Em contraste, o *D.C. Circuit* e o Tribunal do Estado da Califórnia reconheceram um direito corporativo limitado à privacidade. Em um desses casos, concluiu-se que, embora os atributos

³⁶¹ POLLMANN, Elizabeth. A corporate right to privacy. *Minnesota Law Review*, vol. 99, n. 1, novembro/2014, p. 27-88.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

públicos das corporações podem, de fato, reduzir a razoabilidade de sua expectativa de privacidade, a natureza e os propósitos da entidade corporativa, por exemplo, irão determinar a questão se, sob determinadas situações, a empresa tem um interesse relacionado à privacidade protegível. Mesmo que as corporações tenham menos direito à privacidade do que as pessoas físicas e não tenham o direito de reivindicar esse direito em termos de direito fundamental, existe um “direito geral à privacidade” a depender da circunstância.³⁶⁴

Considerando essa segunda abordagem, o Tribunal do Estado da Califórnia reconheceu dois fatores para determinar a força do direito à privacidade de uma entidade comercial: (1) o nexó entre a corporação e o ser humano; e (2) o contexto da controvérsia. Embora a jurisprudência do Estado da Califórnia traga essas interpretações sobre o tema, não se pode dizer que os tribunais desenvolveram uma estrutura capaz de melhor compreender a base constitucional ou a definição do direito para as empresas, as diferentes formas de privacidade constitucional ou contextos nos quais os interesses de privacidade das empresas podem ser aplicados.³⁶⁵

No caso brasileiro, principalmente a partir do advento do Código Civil de 2002, a doutrina de forma majoritária, a despeito do artigo 52 da legislação civil, tem entendido que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direito à privacidade. Os autores, contudo, não diferenciam o significado de vida privada, intimidade e segredo, chegando, muitas vezes, a confundir os conceitos. René Ariel Dotti, por exemplo, defende a possibilidade de os entes coletivos possuírem um direito à intimidade por constituir um núcleo de privacidade³⁶⁶. Paulo José da Costa Júnior, por sua vez, não descarta a possibilidade de extensão do direito à intimidade às pessoas jurídicas, mas vislumbra dificuldade em “individualar” uma vida privada da pessoa jurídica que não seja a soma de diversas vidas privadas de seus vários componentes³⁶⁷.

De modo geral, pode-se concluir que, pelos conceitos de direito à privacidade, à intimidade, à vida privada e ao segredo, que a pessoa jurídica não pode ser titular de um direito à intimidade, tendo em vista que esta é uma manifestação peculiar do ser humano, inerente à integridade psíquica da pessoa física. Todavia, tal conclusão não retira da pessoa jurídica a

³⁶⁴ POLLMANN, Elizabeth. A corporate right to privacy. *Minnesota Law Review*, vol. 99, n. 1, novembro/2014, p. 27-88

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 94.

³⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 56-7.

possibilidade de ser titular de outras manifestações do direito à privacidade, especialmente, do direito ao segredo. A distinção entre vida privada e intimidade se presta, dentre outros objetivos, para tutelar um círculo mínimo de privacidade que o indivíduo deve possuir para o desdobramento de sua personalidade. Assim, possuindo a pessoa jurídica personalidade reconhecida pela ordem jurídica, deve também ter reconhecidos e tutelados os atributos e prolongamentos necessários para o exercício dessa personalidade, dentre eles uma esfera de privacidade mínima, que deve ser respeitada por todos e a qual ela tem o direito de exigir.

A dificuldade para reconhecer que pessoas jurídicas podem ser titulares de direito à privacidade reside, principalmente no fato de que (i) todos os seus atos estão sujeitos à publicidade; e (ii) que sua finalidade é estritamente patrimonial. Evidentemente, as pessoas jurídicas possuem como característica a publicidade de seus atos, a exemplo de seu ato constitutivo, da alteração do contrato social e do seu capital, que são obrigatoriamente levados a registros públicos. Isso não significa dizer, no entanto, que as pessoas jurídicas não devem ter assegurada uma esfera de privacidade na qual terceiros, estranhos à entidade, estejam impedidos de se imiscuir de realizar investigações e de espionar a atividade da pessoa jurídica por qualquer forma que seja. Apesar de reduzida, toda pessoa jurídica necessita de uma esfera de privacidade e um direito ao segredo para poder se desenvolver livremente e atingir as finalidades colimadas em seu ato constitutivo.

4 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO E A RELAÇÃO SIGILO-CRIMINALIDADE CORPORATIVA

4.1 Sigilo na Constituição de 1988³⁶⁸

O termo sigilo aparece expressamente nove vezes no texto constitucional. Metade desse número está concentrado no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, especificamente no artigo 5º, cujo caput assim dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

A primeira menção ao instituto sigilo se encontra no inciso XII, que dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Já o inciso XIV determina que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Por fim, o inciso XXXIII prevê que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 ainda menciona o sigilo no âmbito da instituição do júri, ao dizer que é assegurado o sigilo das votações (inciso XXXVIII, “b”) e do remédio constitucional do habeas data no sentido de que conceder-se-á *habeas data* para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (inciso LXXII, “b”).

A próxima menção aparece apenas no Título IV, “Da Organização dos Poderes”, Capítulo III, Do Poder Judiciário, Seção I, Disposições Gerais. O artigo 93, segundo o qual “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios”, estabelece no inciso IX que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes

³⁶⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988.

e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

O texto constitucional ainda menciona o termo sigilo em seu Título V, “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, Capítulo I, “Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio”, Seção I, “Do Estado de Defesa”, dispondo no artigo 136, §1º, I, “b” e “c” que “ o decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: (...) b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica”. Já na Seção II, “Do Estado de Sítio”, o artigo 139, III prevê que na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I (comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa), só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

4.2 Sigilo na legislação infraconstitucional

4.2.1 Lei Complementar n.º 105/2001

A Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001³⁶⁹, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Em termos de previsão expressa, é a mais importante norma infraconstitucional sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro. Em síntese, a Lei Complementar prevê em seu artigo 1º que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, disciplinando para fins de sua aplicação de seus efeitos, quem é instituição financeira em seu artigo 2º.

Dentre os dispositivos mais importantes, estão o §3º do artigo 1º, que traz as hipóteses que não constituem violação do dever de sigilo, e o §4º, que disciplina que a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos crimes de terrorismo, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção, extorsão mediante sequestro, contra o sistema

³⁶⁹ BRASIL. **Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

financeiro nacional, contra a Administração Pública, contra a ordem tributária e a previdência social, lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e praticados por organização criminosa.

Essencialmente, a Lei autoriza a transferência de informações bancárias protegidas por sigilo a determinados órgãos e entidades do Poder Legislativo, Judiciário e Executivo, seja por meio judicial (como já existia anteriormente), seja pela via administrativa (modalidade esta que foi bastante ampliada). Para certos autores, como estes órgãos e entidades também são obrigados por lei a manter as informações em sigilo, os dados permanecerão protegidos e as informações ligadas à vida privada ou à intimidade das pessoas livre de exposições ou divulgações. A título de exemplo, as informações bancárias sigilosas transferidas à administração tributária, conforme disciplina o art. 5º da Lei Complementar n. 105/01, deverão ser mantidas sob sigilo fiscal por força do art. 198 do CTN e do art. 132 da Lei que rege os funcionários públicos (Lei n. 8.112/90).³⁷⁰

Pelo o que previamente foi exposto, percebe-se que o debate acerca do sigilo assumiu proporções não experimentadas anteriormente. Uma das questões mais polêmicas acerca dessa lei girou em torno dessa possibilidade de quebra do sigilo bancário pela Administração Pública em situações legalmente previstas. Pelo menos três ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal perseguindo o afastamento da ordem jurídica nacional de vários de seus dispositivos. Dentro desse empate, há dois aspectos preponderantes.

De um lado, dos anos 2000 em diante há um nítido movimento internacional no sentido da flexibilização do sigilo bancário sem a intermediação do Poder Judiciário. As razões justificadoras dessa tendência repousam na necessidade de persecução da lavagem de dinheiro e de viabilização da fiscalização e arrecadação tributárias. Por outro, vozes do empresariado e dos meios jurídicos manifestam irrisignação contra o que seria essa nova modalidade de quebra do sigilo bancário, em afronta aos direitos de intimidade, vida privada e sigilo de dados consagrados na Constituição Federal de 1988.

É convincente a afirmação de que a quebra desmotivada do sigilo bancário viola direitos fundamentais dos cidadãos. Não há dúvidas que a privacidade é garantia constitucional e deve ser resguardada. Contudo, não sendo absoluto, o legislador pode elencar exceções quando existem razões fundadas para a sua limitação temporária. Não haveria, em tese, violação

³⁷⁰ ROMANTINI, Gerson Luis. **O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a lei 9.613/98**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Economia, Campinas, 2003, p. 103.

a direito fundamental se a quebra do sigilo bancário obedecesse a um procedimento sob a égide do devido processo legal. Daí porque a Lei Complementar n. 105 de 2001 traçou o procedimento administrativo a ser seguido pelas autoridades fazendárias no caso de necessidade de acesso a conta bancária do cidadão. Os atos administrativos, portanto, estariam limitados pelas regras legais e pelos princípios constitucionais.

Apesar dos vários debates que têm ocasionado, incontestável que a Lei Complementar n. 105/2001 representou uma nova política criminal no tocante ao sigilo bancário e financeiro, outrora considerado um estorvo para a investigação de crimes transnacionais. De acordo com esse diploma legal, o sigilo bancário deve receber um tratamento especial, mediante o qual se pretende eliminar as barreiras de acesso aos dados pelo Estado, especialmente para fins de apuração de certos tipos de delitos.

4.2.2 Código Penal

Apesar de não trazer a possibilidade geral de responsabilidade penal da pessoa jurídica, o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940)³⁷¹ menciona o termo sigilo (ou palavras sinônimas como segredo) como elementos de tipos penais específicos e uma vez no artigo 93 da Parte Geral que fala sobre o instituto da reabilitação (“a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”).

No Título XI, “Dos Crimes contra a Administração Pública”, Capítulo I, “Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública em Geral, a palavra “segredo” aparece no artigo 325, que prevê o crime de violação de sigilo funcional (“revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação”) e o termo sigilo no artigo 326 que prescreve o delito de violação do sigilo de proposta de concorrência (“devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”).

No entanto, para os fins perseguidos neste trabalho, a menção mais importante se encontra no o artigo 337-J do Capítulo II-B, “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, que tipifica o crime de violação de sigilo em licitação (“devassar o sigilo de

³⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 1940.

proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”), uma vez que pode ser realizado em benefício de algum ente corporativo.

Importante mencionar ainda que o termo sigiloso/a aparece por três vezes no Código Penal (artigo 153, §1º, artigo 154-A, §3º e artigo 311-A). Igualmente, o termo segredo aparece na Seção IV, “Dos Crimes Contra a Inviolabilidade dos Segredos”, do Capítulo VI, “Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”, do Título I, “Dos Crimes Contra a Pessoa”.

4.2.3 Legislação Penal Especial

4.2.3.1 Lei n.º 7.492/86

A Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986³⁷², define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. O termo “sigilo” aparece expressamente duas vezes no texto legal: no artigo 18, segundo o qual constitui crime contra o sistema financeiro nacional “violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício”; e no parágrafo único do artigo 29, que pertence à parcela da Lei que disciplina a aplicação do procedimento criminal. Segundo este último dispositivo, “o órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei e o sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição.

No mais, a Lei n.º 7.492/86 disciplina em seu artigo 3º que constitui crime contra o sistema financeiro “divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira”; em seu artigo 6º “induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente”; em seu artigo 9º “fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar”; e em seu artigo 10 “fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários”.

³⁷² BRASIL. **Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF. 1986.

4.2.3.2 Lei n.º 8.137/90

A Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990³⁷³, define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Apesar de tema tão cara à atividade econômica e corporativa, o diploma não menciona expressamente o termo “sigilo” uma única vez. Também se buscou a palavra “segredo do texto da lei, mas a mesma igualmente não fora encontrada.

Não obstante, o artigo 1º, I, da Lei n.º 8.137/90 menciona que “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”. No mesmo sentido, o artigo 2º, I define que “constitui crime da mesma natureza fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”.

Apesar de não prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a referida Lei dispõe em seu artigo 11 que “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade. Ressalta-se ainda, que o texto legal disciplina que, nos crimes previstos na Lei n.º 8.137/90, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

4.2.3.3 Lei n.º 9.605/1998

A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998³⁷⁴, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Segundo o seu artigo 2º, “quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o

³⁷³ BRASIL. **Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

³⁷⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998.

gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

Em seu artigo 3º prevê que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. O parágrafo único desse dispositivo ainda dispõe que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”. Trata-se, portanto, do único diploma legal brasileiro a mencionar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Lei, contudo, não menciona o termo sigilo em nenhum momento. O termo mais próximo que apareça no diploma é “omissão” no artigo 69-A que dispõe ser crime contra a Administração Ambiental “elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão” e no artigo 70, que prevê como infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

4.2.3.4 Lei n.º 9.613/1998

A Lei n.º 9.613/1998³⁷⁵ dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Em seu artigo 1º, o diploma tipifica a conduta de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

O §1º do artigo 1º prevê que incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (i) os converte em ativos lícitos; (ii) os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; e (iii) importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. No mesmo sentido, o §2º disciplina que, também incorre na

³⁷⁵ BRASIL. **Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998.

mesma pena, quem: (i) utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; e (ii) participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

O termo “sigilo” aparece expressamente na Lei de Lavagem de Capitais por duas vezes. A primeira aparição ocorre no Capítulo VI, “Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros”, no artigo 10, inciso V. O referido dispositivo prevê que as pessoas mencionadas no artigo 9º (pessoas físicas e jurídicas que se submetem às obrigações elencadas nos artigos 10 e 11 da Lei), “deverão atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas”. A segunda, por sua vez, ocorre no Capítulo X, “Das Disposições Gerais”, precisamente no artigo 17-C, segundo o qual “os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo deverão ser, sempre que determinado, em meio informático, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação”.

Conforme apontam Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, a imposição de deveres de comunicação e obrigações traz grandes impactos aos setores e pessoas listadas, por exemplo, na Lei n.º 9.613/98 (Lei da Lavagem de Dinheiro), principalmente aqueles que têm no sigilo e na confiabilidade características estruturantes. Determinados agentes acabaram sendo transformados pela Lei em “delatores institucionalmente obrigados”, posição que os obriga a reformular políticas de relacionamento para alcançar o equilíbrio entre o dever de colaboração com as autoridades públicas e a manutenção da relação de confiança com seus clientes.³⁷⁶

A preocupação com o acesso a informações aparece em outras passagens da Lei n.º 9.613/1998. A título de exemplo, menciona-se o artigo 1º, §5º que prevê a possibilidade de redução da pena de um a dois terços e o seu cumprimento em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

³⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/12. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 36-37.

Além disso, o artigo 11, II, do Capítulo VII, “Da Comunicação de Operações Financeiras”, estabelece que as pessoas referidas no artigo 9º da Lei 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 de: (a) de todas as transações em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do artigo 10; e (b) das operações que possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro, ou com eles relacionar-se. Por fim, o §2º do artigo 11 dispõe que “as comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa”.

Apesar de não prever a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas pelo crime de lavagem de capitais, a Lei n.º 9.613/1998 elenca, em seu Capítulo VIII, “Da Responsabilidade Administrativa”, que às pessoas mencionadas no artigo 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas que deixem de cumprir as obrigações previstas na Lei, serão aplicadas, cumulativamente ou não: (i) advertência; (ii) multa pecuniária; (iii) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; e (iv) cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

4.2.3.5 Lei n.º 12.850/2013

A Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013³⁷⁷, define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. O texto legal menciona o termo sigilo e correlatos (sigilosamente, sigiloso(a) etc.) 18 vez, sendo a grande maioria relacionado à obtenção de prova.

Por exemplo, o artigo 3º, VI da Lei disciplina que “em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de

³⁷⁷ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013**. define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, 2013.

obtenção da prova o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica”. No artigo 3º-B, que trata especificamente da colaboração premiada, o diploma legal prevê que “o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial”.

Continuando a previsão sobre colaboração premiada, a Lei n.º 12.850/13 estipula em seu artigo 4º, §7º (com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019 - o chamado “Pacote Anticrime”)³⁷⁸ que realizado o acordo de colaboração premiada, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará determinados aspectos previstos pela Lei na homologação. O artigo 7º também dispõe que “o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto” e o seu §3º prevê que “o acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese”.

No tocante à possibilidade de ação controlada, o artigo 8º, §2º da Lei n.º 12.850/13 determina que “a comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada”. Já sobre a infiltração de agentes, o texto legal dispõe que no artigo 10, *caput*, que “a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”. O artigo 10-B. *caput* e parágrafo único preveem, respectivamente, que “as informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo”, e “antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações”.

³⁷⁸ BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 2019.

Ainda acerca da infiltração de agentes, o texto legal disciplina no artigo 11, parágrafo único que “os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet” e no artigo 12 que “o pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado”.

A Lei n.º 12.850/2013 tipifica como crime ocorrido na investigação e na obtenção de prova (artigo 20) “descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes”. Por fim, em suas disposições finais dispõe que “o sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento” (artigo 23, *caput*) e que “determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de três dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação”.

4.2.4 Lei n.º 12.846/2013

A Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013³⁷⁹ (também conhecida como “Lei Anticorrupção”), dispõe que a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Trata-se do mais importante marco normativo no tocante à prevenção e persecução de atos de corrupção e apresenta relevante avanço ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a lei fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores. A Lei

³⁷⁹ BRASIL. **Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe que a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, 2013.

Anticorrupção prevê punições como multa administrativa - de até 20% do faturamento bruto da empresa - e o instrumento do acordo de leniência, que permite o ressarcimento de danos de forma mais célere, além da alavancagem investigativa. A Controladoria-Geral da União (CGU) é responsável grande parte dos procedimentos como instauração e julgamento dos processos administrativos de responsabilização e celebração dos acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal. Dentre suas inovações encontra-se: (1) a responsabilidade administrativa e civilmente, de pessoas jurídicas em casos de corrupção, independentemente da comprovação de culpa; (2) penas mais rígidas às condutas; (3) a possibilidade de realização de acordo de leniência; (4) sua abrangência (já que pode ser aplicada pela União, estados e municípios e tem competência inclusive sobre as empresas brasileiras atuando no exterior).

Em seu artigo 7º, VII e VIII, a Lei n.º 12.846/2013 dispõe, respectivamente, que serão levados em consideração na aplicação das sanções previstas no artigo 6º, “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” e “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Nota-se que o diploma legal foi promulgado com o intuito de suprir uma falha no ordenamento jurídico brasileiro em relação às pessoas jurídicas que praticam atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira e cumprir compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil³⁸⁰³⁸¹.

Uma das maiores novidades trazida pela Lei n.º 12.846/2013 foi a transferência para a iniciativa de privada da criação de mecanismos que previnem atos de corrupção, proporcionalmente à atribuição da responsabilidade objetiva (independe de dolo ou culpa) às empresas que pratiquem atos lesivos (de corrupção ou lavagem de dinheiro), além da possibilidade de redução das sanções pela existência dos mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva dos códigos de ética e conduta.

Ainda, o artigo 16 do diploma legal prevê a possibilidade de realização de acordo de leniência. Segundo este dispositivo, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo

³⁸⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁸¹ Importante mencionar que antes da Lei Anticorrupção, a Lei n.º 9.613/98 já estabelecia o dever de adoção de procedimentos e controles internos que permitam às pessoas físicas e jurídicas a prevenção à lavagem de capitais.

administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (1) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (2) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Apesar da importância da Lei n.º 12.846/2013 para a prevenção e persecução da criminalidade corporativa (entendida aqui não apenas como ilícitos de natureza penal), o termo sigilo ou palavras correlatas, como sigiloso(a) dentre outras, não é mencionado uma única vez em seu texto. O termo omissão aparece uma única vez no artigo 20, segundo o qual “nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”.

4.2.5 Lei n.º 14.133/2021

Publicada em 1º de abril de 2021, a Lei n.º 14.133³⁸², denominada de “Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece, conforme disposto em seu artigo 1º, normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Relacionando-se ao tema da criminalidade corporativa, o novo diploma legal trouxe dispositivos que buscam estimular licitantes e contratantes com o Poder Público a implantar e aperfeiçoar “programas de integridade”, ou seja, políticas de *compliance*, para evitar o cometimento de crimes e ilícitos de suborno e fraude, por exemplo.

A Lei n.º 14.133/2021 se aplica (i) aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa e (ii) aos fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Ela não estende às empresas públicas, às sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei n.º 13.303/2006, ressalvadas as novas disposições sobre crimes licitatórios e em contratos administrativos introduzidas no Código Penal pela nova lei.

Editada para modernizar os procedimentos licitatórios e de contratação com a Administração Pública, a Lei n.º 14.133/2021, de forma inédita em relações às leis anteriores que tratavam desses institutos (Lei n.º 8.666/1993, Lei n.º 10.520/2002 e a Lei n.º 12.462/2011),

³⁸² BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021.

contém dispositivos expressos destinados a estimular a adoção de programas de compliance na área de integridade e anticorrupção, assim denominados na lei como “programas de integridade”. Segundo o disposto no artigo 25, §4.º, em contratos de grande vulto a existência de um programa de integridade passa a ser obrigatória e, caso ausente, deve ser implementado no prazo de seis meses da contratação. Segundo o art. 6.º, contratos de grande vulto são aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200 milhões. O dispositivo legal remete à edição de um “regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”.

A existência de um programa de integridade foi também elencada como um, entre quatro, critérios de desempate entre duas ou mais propostas, conforme previsão no inciso IV do artigo 60 da Lei n.º 14.133/2021. Interessante destacar que a lei fala no “desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle”, o que significa que o programa de integridade não precisa ser pré-existente, ou seja, pode ser apresentado um projeto para a sua criação.

Na mesma linha da Lei Anticorrupção empresarial, a Lei n.º 14.133/2021 também estabeleceu, no artigo 156, §1º, V, que a “a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade” constitui um fator a ser considerado na aplicação de sanções pelas infrações administrativas previstas na lei. Adicionalmente, se a sanção a ser aplicada é de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII e XII do artigo 155 da lei, a reabilitação do responsável dependerá da implantação ou do aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme parágrafo único do artigo 163.

O diploma legal menciona o termo sigilo ou palavras correlatas, como sigiloso(a), 12 vezes. Dentre as menções algumas merecem destaque. Em primeiro lugar, o artigo 13 da Lei dispõe que “os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei”. No capítulo II, “Da Fase Preparatória”, Seção I, “Da Instrução do Processo Licitatório”, o artigo 24, caput e inciso I, preveem em conjunto que, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso, o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo.

No Título III, “Dos Contratos Administrativos”, Capítulo I, “Da Formalização dos Contratos”, o artigo 91, §1º estabelece que “será admitida a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos

da legislação que regula o acesso à informação”. Por sua vez, o artigo 169, contido Título IV, “Das Irregularidades”, Capítulo III, “Do Controle das Contratações”, dispõe que “para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei n.º 12.527/2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

Por fim, conforme já mencionado, o artigo 178, do Título V, “Das Disposições Gerais”, Capítulo II, “Das Alterações Legislativas”, prevê que o Título XI da Parte Especial do Código Penal passa a vigorar acrescido do Capítulo II-B, “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, onde se estabeleceu o crime de “violação de sigilo em licitação”, segundo o qual comete ilícito penal, punível com detenção de 02 a 03 anos, quem “devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”.

4.3 Sigilo e exemplos de regulamentação da atividade corporativa

4.3.1 Decreto n.º 8.420/2015

O Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015³⁸³, regulamenta a Lei n.º 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Em síntese, o texto segue a linha do direito administrativo sancionador, preservando, nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, uma perigosa orientação de *ultima ratio* de intervenção penal sem maiores explicações sobre a forma de aplicação e a gravidade do sistema de sanções impostos pela Lei Anticorrupção.³⁸⁴

Segundo o artigo 2º do Decreto, a apuração da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica que possa resultar em aplicação das sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013, deve ser efetuada por meio do chamado Processo Administrativo de Responsabilização – PAR. A competência para a instauração e julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade

³⁸³ BRASIL. **Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015.

³⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325-226.

em face da qual foi praticado o ato lesivo ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado. Ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, essa autoridade competente irá decidir (i) pela abertura de uma investigação preliminar; (ii) pela instauração do PAR; ou (iii) pelo arquivamento da matéria.

É justamente no tocante à possibilidade de instauração de investigação preliminar que a primeira menção ao termo sigilo no âmbito do Decreto n.º 8.240/2015 aparece. Nos termos do artigo 4º, §1º, a abertura da investigação preliminar terá caráter sigiloso e será destinada à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal. O artigo 5º do Decreto determina ainda que no ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir. Sobre o tema, o artigo 6º dispõe que essa comissão irá exercer suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação do fato e à preservação da imagem dos envolvidos, ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O Capítulo III, “Do Acordo de Leniência”, reiterou a ideia de incentivos à colaboração ao prever, em seu artigo 28, que acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.666, de 1993 (hoje Lei nº 14.133/2021), e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração em apuração.

Segundo o artigo 31, a proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta. O §1º desse dispositivo determina ainda expressamente que a proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da

União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

Por sua estrutura, o Decreto n.º 8.420/2015 propõe um ambiente negocial forte comprometido com a colaboração pessoa jurídica-Estado. No entanto, o clima de denunciismo gerado no contexto empresarial causa, no mínimo, preocupações, especialmente no que tange ao previsto no artigo 36, segundo o qual o acordo de leniência deve estipular as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, do qual constarão cláusulas e obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias.³⁸⁵

Por fim, apesar do Capítulo IV, “Do Programa de Integridade”, não mencionar expressamente o termo sigilo ou correlatos, o artigo 41, caput, dispõe que programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

4.3.2 Portaria CGU n.º 909/2015

A Portaria n.º 909, de 07 de abril de 2015 da Controladoria Geral da União³⁸⁶, dispõe sobre como os programas de integridade de pessoas jurídicas devem ser avaliados para fins de aplicação dos artigos 18, V³⁸⁷ e 37, IV³⁸⁸, do Decreto n.º 8.420/2015. Apesar de não mencionar

³⁸⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 349.

³⁸⁶ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria CGU n.º 909, de 07 de abril de 2015**. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Brasília, DF, 2015.

³⁸⁷ “Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV”. BRASIL. **Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015.

³⁸⁸ “Art. 37. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre: IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.” BRASIL. **Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015.

expressamente o termo sigilo ou correlatos, o ato normativo determina em seu artigo 2º que, para que o programa de integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar dois documentos: (i) o relatório de perfil e (2) o relatório de conformidade.

No relatório de perfil deverá (i) indicar os setores do mercado em que a pessoa jurídica atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; (ii) apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; (iii) informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; (iv) especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira (destacando, inclusive, (a) a importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; (b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; e (c) a frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público); (v) descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e (vi) informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Já no relatório de conformidade do programa deverá (i) informar a estrutura do programa de integridade com a indicação de quais parâmetros do artigo 42 do Decreto n.º 8.420/2015 foram implementados, como foram implementados e quais suas respectivas importâncias no tocante às especificidades da pessoa jurídica; (ii) demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e (iii) demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

A Portaria CGU n.º 909/2015 determina que cabe à pessoa jurídica comprovar suas alegações, zelando pela completude, clareza e organização das informações prestadas. Tais informações serão consideradas para fins de aplicação do percentual de redução de eventual multa pecuniária aplicada de que trata o artigo 18, V, do Decreto n.º 8.420/2015, cuja definição considerará o grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa e de sua efetividade. O programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação desse percentual de redução.

4.3.3 Instrução Normativa CGU n.º 013/2019

A Instrução Normativa n.º 013, de 08 de agosto de 2019 da Controladoria Geral da União³⁸⁹ define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a serem observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Inicialmente, o artigo 7º dessa Instrução Normativa, a autoridade administrativa competente para instaurar o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR irá realizar um juízo de admissibilidade acerca da notícia de ocorrência de ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção, devendo decidir motivadamente (i) pela instauração do PAR; ou (ii) pelo arquivamento da notícia.

Para subsidiar esse juízo de admissibilidade, a autoridade determinará que a corregedoria ou, na inexistência desta, a unidade diretamente responsável pela atividade de correição proceda à análise acerca da existência dos elementos de autoria e materialidade necessários para a instauração de PAR em relação aos fatos noticiados, compreendendo (i) exame inicial das informações e provas existentes no momento da ciência dos fatos pela autoridade instauradora; (ii) realização de diligências e produção de informações necessárias para averiguar a procedência da notícia, caso as informações e provas que a acompanhem não sejam suficientes para o seu pronto arquivamento ou para justificar a instauração imediata do PAR; (iii) e manifestação conclusiva e fundamentada, indicando a necessidade de instauração do PAR ou o arquivamento da notícia.

As diligências e a produção de informações, por sua vez, poderão ser realizadas nos próprios autos em que se proceda os subsídios do juízo de admissibilidade ou por meio de instauração de processo específico de Investigação Preliminar – IP. Elas consistirão de todos os atos necessários à elucidação dos fatos sob apuração, compreendendo, inclusive, expedição de ofícios requisitando informações e documentos; tomada de depoimentos e realização de perícia necessários ao esclarecimento dos fatos, requisição, por intermédio do seu órgão de representação judicial ou equivalente, da realização de busca e apreensão e demais medidas judiciais que se mostrarem necessárias e requisição, por meio da autoridade competente, do compartilhamento de informações tributárias da pessoa jurídica investigada, conforme previsto no inciso II do § 1º do artigo 198 do Código Tributário Nacional.

³⁸⁹ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Instrução Normativa CGU n.º 013, de 08 de agosto de 2019**. Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, a serem observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Brasília, DF, 2019.

Conforme estabelece o artigo 16 da Instrução Normativo, uma vez instaurado o PAR, a pessoa jurídica processada será intimada para que apresente, no prazo de trinta dias, defesa escrita e especifique as provas que pretende produzir. Nessa ocasião será facultado à pessoa jurídica a possibilidade de apresentar informações e provas que subsidiem a análise da comissão de PAR para fins de redução de eventual multa pecuniária que venha a ser aplicada, nos termos do artigo 18, III, IV, V, do Decreto n.º 8.420/2015.

A única menção direta ao termo sigilo aparece no artigo 29, segundo o qual, com exceção dos documentos ou informações resguardadas por sigilo previsto em lei ou por segredo de justiça, o direito de acesso aos documentos e informações constantes no juízo de admissibilidade ou no PAR será assegurado a qualquer pessoa após a publicação do ato decisório de arquivamento, no caso do juízo de admissibilidade e de julgamento, no caso do PAR.

4.3.4 Circular BACEN n.º 3.978/2020

A Circular n.º 3.978, de 23 de janeiro de 2020, do Banco Central do Brasil - BACEN³⁹⁰ dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei n.º 9.613/1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei n.º 13.260/2016. Segundo o artigo 2º da Circular, as instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN devem implementar e manter política formulada com base em princípios e diretrizes que busquem prevenir a sua utilização para as práticas de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo. Essa política deve ser compatível com os perfis de risco dos clientes, da instituição, das operações, transações, produtos e serviços e dos funcionários, parceiros e prestadores de serviços terceirizados.

Dentre as diretrizes mínimas necessárias contempladas pela política voltada à prevenção da utilização do sistema para a prática de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo estão, por exemplo, as de verificação do cumprimento da política, dos procedimentos e dos

³⁹⁰ BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular n.º 3.978, de 23 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016. Brasília, DF, 2020.

controles internos, bem como a identificação e a correção das deficiências verificadas; de promoção de cultura organizacional de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, contemplando, inclusive, os funcionários, os parceiros e os prestadores de serviços terceirizados; e as de implementação de procedimentos de monitoramento, seleção e análise de operações e situações suspeitas e de comunicação de operações ao COAF.

Do ponto de vista técnico, a Circular BACEN n.º 3.978/2020 se alinha a aspectos das recentes recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, dando especial destaque à abordagem baseada em risco, de modo que as instituições supervisionadas adotem políticas, procedimentos e controles de PLD-FT não mais de uma maneira prescritiva, prevendo a aplicação de controles reforçados para as situações de maior risco e de controles simplificados nas situações de menor risco. Um dos pressupostos dessa abordagem baseada em risco é que cada instituição possa determinar o risco de cada produto, cada cliente e cada ponto de atendimento de sua estrutura.

Foram aprimorados, ainda, os procedimentos destinados a conhecer os clientes, que devem compreender a identificação, a qualificação e sua classificação, por meio da coleta, verificação e validação de informações, compatíveis com o perfil de risco, com a natureza da relação de negócio, com a política de PLD-FT e com a avaliação interna de risco da instituição. Esses procedimentos devem ser reavaliados de forma permanente, de acordo com a evolução da relação de negócio e do perfil de risco do cliente. Os procedimentos de qualificação de clientes devem incluir também a verificação da condição do cliente como Pessoa Exposta Politicamente, bem como de seus representantes, familiares ou estreitos colaboradores. As instituições reguladas deverão, também, considerar a condição dessas pessoas no monitoramento, seleção e análise de operações e situações com indícios de suspeita de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo.

O artigo 38 da Circular determina que as instituições supervisionadas pelo BACEN devem implementar procedimentos de monitoramento, seleção e análise de operações e situações com o objetivo de identificar e dispensar especial atenção às suspeitas de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo. Por operação suspeita se entende qualquer operação ou situação que apresente indícios de utilização da instituição para a prática dos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo. Nos termos do artigo 48, essas instituições devem comunicar ao COAF as operações ou situações suspeitas de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo. A decisão de comunicação da operação ou situação ao COAF deve ser fundamentada com base nas informações contidas no dossiê resultado da

análise de operações suspeitas, ser registrada de forma detalhada nesse mesmo dossiê e ocorrer até o final do prazo de quarenta e cinco dias, contados a partir da data da seleção da operação ou situação.

A Circular BACEN n.º 3.978/2020 não menciona o termo sigilo ou correlatados.

4.3.5 Resolução CVM n.º 50/2021

A Resolução n.º 50, de 31 de agosto de 2021 da Comissão de Valores Imobiliários³⁹¹ disciplina, no âmbito do mercado de valores mobiliários, (i) o estabelecimento da política de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP, da avaliação interna de risco e de regras, procedimentos e controles internos; (ii) a identificação e o cadastro de clientes, assim como as diligências contínuas visando à coleta de informações suplementares e, em especial, à identificação de seus respectivos beneficiários finais; (iii) o monitoramento, a análise e a comunicação das operações e situações mencionadas na própria Resolução; (iv) – o registro de operações e manutenção de arquivos; e (v) a efetivação das medidas visando à indisponibilidade de bens, direitos e valores em decorrência de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas e de demandas de cooperação jurídica internacional advindas de outras jurisdições em conformidade com a legislação nacional vigente, e demais previsões legais.

Pode-se dizer que essa Resolução ampliou o escopo preventivo da Instrução anterior (Instrução Normativa CVM n.º 617/2019) para dispor sobre a prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e, conforme nomenclatura global mais recente, também ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa - PLD-FTP. Além dessa ampliação, as principais alterações foram relacionadas ao registro de operações e manutenção dos arquivos e ajuste finos às definições sobre Pessoas Politicamente Expostas³⁹².

³⁹¹ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução CVM n.º 50, de 31 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP no âmbito do mercado de valores mobiliários e revoga a Instrução CVM n.º 617, de 5 de dezembro de 2019 e a Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 617, de 5 de dezembro de 2019. Brasília, DF, 2021.

³⁹² O texto traz uma alteração na lista de pessoas politicamente expostas para fins de aplicação da política, que passou a alcançar determinados agentes públicos anteriormente não contemplados. Entre eles estão membros do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, do Conselho da Justiça Federal e do Conselho Nacional do Ministério Público; o vice-Procurador-Geral da República; os subprocuradores-gerais da República e os procuradores-gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal; os secretários municipais, os presidentes ou equivalentes de entidades da administração pública indireta municipal.

Segundo o artigo 4º da Resolução CVM n.º 50/2021, as pessoas jurídicas que prestem no mercado de valores mobiliários, em caráter permanente ou eventual, os serviços relacionados à distribuição, custódia, intermediação, ou administração de carteiras, as entidades administradoras de mercados organizados e as entidades operadoras de infraestrutura do mercado financeiro e as demais pessoas referidas em regulamentação específica que prestem serviços no mercado de valores mobiliários devem elaborar e implementar política de PLD/FTP. Os incisos do dispositivo trazem o conteúdo mínimo dessa política e o §2º dispõe que àquelas pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo conglomerado financeiro devem estabelecer na política de PLD/FTP mecanismos de intercâmbio de informações entre suas áreas de controles internos para assegurar o cumprimento de suas obrigações, considerando a relevância do risco identificado em cada caso, em sua avaliação interna de risco.

Nos termos do artigo 22, as pessoas mencionadas no artigo 3º da Resolução devem, mediante análise fundamentada, comunicar ao COAF todas as situações e operações detectadas, ou propostas de operações que possam constituir-se em sérios indícios de LD/FTP. O dispositivo ainda determina que essas comunicações devem conter, no mínimo: (i) a data do início de relacionamento do comunicante com a pessoa autora ou envolvida na operação ou situação; (ii) a explicação fundamentada dos sinais de alerta identificados; (iii) a descrição e o detalhamento das características das operações realizadas; (iv) a apresentação das informações obtidas por meio das diligências, que qualifiquem os envolvidos, inclusive informando tratar-se, ou não, de pessoas expostas politicamente, e que detalhem o comportamento da pessoa comunicada; e (v) a conclusão da análise, incluindo o relato fundamentado que caracterize os sinais de alerta identificados como uma situação suspeita a ser comunicada para o COAF.

Essa comunicação deve ser efetuada no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da conclusão da análise que caracterizou a atipicidade da operação, respectiva proposta, ou mesmo da situação atípica detectada, como uma suspeição a ser comunicada para o COAF e, quando feitas de boa-fé, não acarretam, nos termos da lei, responsabilidade civil ou administrativa às pessoas referidas. Além disso, quando for o caso, as pessoas mencionadas na Resolução devem comunicar à CVM a não ocorrência, no ano civil anterior, de situações, operações ou propostas de operações passíveis de serem comunicadas, anualmente, até o último dia útil do mês de abril, por meio dos mecanismos estabelecidos no convênio celebrado entre a CVM e o COAF.

O termo sigilo aparece textualmente uma única vez no artigo 17, §1º, III. Segundo o *caput* do artigo 17, pessoas mencionadas nos incisos I a III do artigo 3º da Resolução que tenham relacionamento direto com o investidor devem adotar continuamente regras,

procedimentos e controles internos, de acordo com diretrizes prévia e expressamente estabelecidos na política a que se refere o artigo 4º. Por sua vez, o §1º, III, estabelece que aquelas pessoas jurídicas que não têm relacionamento direto com os investidores devem, no limite de suas atribuições buscar a implementação de mecanismos de intercâmbio de informações com as áreas de controles internos das instituições que tenham tal relacionamento direto, observados eventuais regimes de sigilo ou restrição de acesso previstos na legislação.

4.4 Interpretação judicial do sigilo

Na prática jurídica, é comum se deparar com a expressão “direito ao sigilo de dados” ou “ofensa ao sigilo de dados”. O debate ganha importância jurídica, principalmente, quando a jurisprudência discute casos envolvendo os chamados sigilos bancários e fiscal. Inicialmente, porém, deve se ressaltar que a expressão “sigilo de dados”, como usualmente empregada, não diz respeito – ou ao menos não deveria dizer – tão somente às informações bancárias e fiscais visto que há outras informações privadas e íntimas que também estão amparadas pela determinação constitucional de sigilo, em função do teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988. O ponto de divergência inicial surge a partir da leitura e interpretação do artigo 5º, XII, do texto constitucional que, após a previsão dos sigilos de correspondência e das comunicações telegráfica, faz menção à locução “de dados”, seguindo-se de referência expressa às comunicações telefônicas. Muito se discutiu sobre o fato de o legislador constituinte ter previsto no dispositivo efetiva tutela ao “sigilo de dados” ou ao “sigilo das comunicações de dados”.

A primeira vez que o assunto foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal foi durante o julgamento de Questão de Ordem apresentada na Petição n.º 577-DF. Versando sobre pleito de quebra de sigilo bancário formulado por Delegado de Polícia Federal em inquérito envolvendo o ex-Ministro do Trabalho e da Previdência Social, o acórdão, publicado em 23 de abril de 1993 manifestou expressamente posição quanto à existência de um direito ao sigilo bancário e a seu eventual *locus* constitucional. Neste caso, o então relator Ministro Carlos Veloso, referindo-se ao sigilo, posicionou-se no sentido que de ele seria espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, X. Durante o mesmo julgamento, os Ministros Celso de Mello e Paulo Brossard também encontram no artigo 5º, X, o *locus* da guarida constitucional da tutela ao sigilo bancário, compreendido no direito fundamental à inviolabilidade à intimidade e à vida privada. Já os Ministros Marco Aurélio e o Ministro Néri da Silveira citaram o inciso XII como sendo

esta fonte, enquanto o Ministro Célio Borja fez referência a ambos os incisos, X e XII. Os demais presentes, inclusive o Ministro Sepúlveda Pertence, não se manifestaram expressamente no que concerne ao tema.

Em voto proferido no MS n.º 21729 -4 – acórdão datado de 05 de outubro de 1995 - os Ministros Francisco Rezek e Octávio Galotti assentaram a existência de um direito fundamental ao sigilo bancário fruto da interpretação do inciso X do artigo 5º, também expressando que o inciso XII do mesmo artigo diz respeito à comunicação de dados. Já o Ministro Maurício Correa concluiu ter o direito ao sigilo sua fonte na interpretação sistemática de ambos os incisos. Igualmente, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 219.780/PE, o Ministro Nelson Jobim se posicionou no sentido de que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama, mas proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados.³⁹³

Sobre o tema, também é relevante mencionar o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 418.416-8/SC, publicado em 10 de maio de 2006. Nele, o Ministro Sepúlveda Pertence capitaneou a votação se baseando no mesmo entendimento declarado no Recurso Extraordinário n.º 219.780/PE. Na ocasião o Ministro assentou que o sigilo garantido é o da comunicação privada de dados e não dos dados em si mesmos. Como se vê, portanto, entre 1993 e 2006, a maioria do Supremo Tribunal Federal pareciam interpretar o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal tutela o processo de comunicação de dados e não os dados em si. Para essa maioria, o fundamento jurídico para o sigilo de informações privadas – no caso mais comum as bancárias – encontra-se no inciso X do mesmo artigo.³⁹⁴

Quanto à quebra de sigilo das comunicações, o Supremo Tribunal Federal mantém posições divergentes na defesa da constitucionalidade da restrição aos direitos de privacidade e sigilo, invocando, na maioria dos julgados, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade³⁹⁵. Permeando a questão está a concepção vigente na Corte Superior de que, de

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança n.º 21729-4**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 05/10/1995.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n.º 418.416-8/SC**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 10/05/2006.

³⁹⁵ O Ministro Gilmar Mendes, no Acórdão do HC n.º 96.056/PE, aduz que o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais e determinar qual deles prevalece na situação concreta.

modo geral, os direitos e garantias indivíduos não têm caráter absoluto, podendo ceder em face de outros direitos considerados mais relevantes, do interesse público ou social e da justiça, além de situações excepcionais quando esses direitos e garantias sirvam de escudo para acobertar condutas criminosas. Esse pano de fundo está bem sintetizado de decisão do Recurso Extraordinário n.º 535.478/SC, de 2008, em que a relatora Ministra Ellen Gracie asseverou que o tema da proteção aos sigilos bancário e fiscal fora expressamente abordado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito à intimidade e à privacidade não são direitos absolutos, devendo ceder ante à prevalência do direito público sobre o privado na apuração de fatos delituosos ou na instrução de processos criminais³⁹⁶.

No ano de 2010, seguindo a mesma linha de raciocínio, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC n.º 103.233 afirmou que não há no sistema constitucional brasileiro direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. Segundo o Ministro, o estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades.³⁹⁷

Expressões como “interesse público”, “interesse social”, “bem da comunidade” são frequentes na justificativa de restrições a direitos fundamentais e configuram conceitos jurídicos indeterminados, sempre abertos a alguma margem de discricionariedade na sua concretização pelo operador do direito. A posição expressa pelo STF, sobre razões de interesse público ou mesmo exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades, confirma essa premissa e demonstra que sua interpretação pode ser variável conforme o regime político adotado em um Estado, ou conforme o momento político e institucional vivido pela nação. No

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n.º 96.056**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 28/06/2011. Publicado em 07/05/2012.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n.º 535.478/SC**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 28/10/2008. Publicado em 21/11/2008.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n.º 103.236**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14/06/2010. Publicado em 03/09/2010.

que tange às restrições à privacidade, observa-se que essa situação que dá margem a alguma subjetividade do intérprete.

A fim de possibilitar maior controle sobre esse componente subjetivo, o próprio STF determina que a quebra de sigilo sempre deve ser precedida de respectiva fundamentação para impedir o seu uso indiscriminado e abusivo. Nesse sentido, asseverou o Ministro Celso de Mello, em voto no *Habeas corpus* n.º 84.758-GO, que:

“A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira”.³⁹⁸

Neste caso em particular, a Lei Complementar n.º 105/2001, regulada pelo Decreto n.º 3.724/2001, além de prever a quebra de dados sigilosos, amplia o acesso a eles para outros órgãos da Administração Pública, especificamente, à autoridade fazendária, sem que haja necessidade de autorização judicial para fins processuais na esfera administrativa. O ponto controverso, portanto, reside em relação à lei recai nessa possibilidade de o sigilo de dados ser quebrado por procedimento administrativo da Receita Federal sem a devida autorização judicial. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 389.808/PR, julgado em 2010, afastando a possibilidade de acesso direto da Receita Federal aos dados bancários dos contribuintes. À época se reconheceu que as exceções derogatórias de direitos fundamentais devem emanar apenas de órgãos do Poder Judiciário e, excepcionalmente, das Comissões Parlamentares de Inquérito.³⁹⁹

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n.º 84.758**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25/05/2006. Publicado em 16/06/2006.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno **Recurso Extraordinário n.º 389.808/PR**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/12/2010. Publicado em 10/05/2011.

A principal linha argumentativa deu-se no sentido de considerar que só é possível o afastamento do sigilo bancário de pessoas naturais e jurídicas a partir de ordem emanada do Poder Judiciário. A decisão reiterou que não se pode transferir a atuação do Judiciário, reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal e também que o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais da intimidade da vida privada dos cidadãos.

Contudo, verificando outros julgados, sobressaem algumas exceções, tais como o Mandado de Segurança nº 21.729-4, em que a Corte abriu uma exceção relativa à atuação direta do Procurador-Geral da República, fiscal da lei e titular da ação penal pública, no tocante a investigação concernente a verbas públicas. Neste caso, proclamou-se que ao Banco do Brasil não caberia negar ao Ministério Público informações sobre nomes de beneficiário de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário público sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.

As exceções foram sendo paulatinamente ampliadas. Em caso já mencionado neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS n.º 33.340/DF, julgado em 26 de maio de 2015, a Corte Constitucional autorizou o Tribunal de Contas da União a acessar dados relativos a empréstimos do BNDS, banco que opera com recursos públicos, ao Grupo JBS/Friboi. Em que pese reconhecer que a divulgação irresponsável de dados sigilosos de uma sociedade empresária pode, por razões naturais, inviabilizar a exploração da sua atividade econômica ou expor, indevidamente, todo um grupo econômico, a decisão tendeu à relativização do direito à privacidade e à intimidade quando se está diante do interesse da sociedade de conhecer o destino dos recursos públicos.⁴⁰⁰

O voto do relator Ministro Luiz Fux foi taxativo ao afirmar que operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar n.º 105/2001, visto que essas operações estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. Assim sendo, em tais

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Mandado de Segurança n.º 33.340/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26/05/2015. Publicado em 03/08/2015.

situações torna-se prerrogativa constitucional do Tribunal de Contas da União o acesso a informações relacionadas a operações financeiras com recursos públicos.⁴⁰¹

A repercussão desse caso se devia à suspeita de favorecimento de políticos e partidos na concessão de crédito a empresas privadas com valores oriundos de fundos geridos pelo Poder Público, tais como aqueles do BNDS. O acórdão, portanto, examinou o acesso aos dados pelo Tribunal de Contas da União, órgão vinculado ao Poder Legislativo, independentemente de autorização judicial, concluindo que seria possível, adequado (pois sem os documentos fornecidos pelo banco tornar-se-ia impossível avaliar se os atos do BNDS eram válidos e aceitáveis), necessário (porque a medida do Tribunal de Contas seria a que menos geraria prejuízos para os destinatários do controle) e proporcional em sentido estrito (uma vez que os benefícios para a sociedade, advindos do fornecimento das informações são maiores que as desvantagens para aquele que entreve o sigilo de sua sociedade empresarial passar às mãos de um órgão estatal controlador e dotado de estatura constitucional.⁴⁰²

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal ainda julgou cinco processos que questionavam o artigo 6º da Lei Complementar n.º 105/2001, regulamentado pelo Decreto n.º 3.724/2001, que permite aos bancos fornecerem dados bancários de contribuintes à Receita Federal, sem prévia autorização judicial. O tema estava em discussão no Recurso Extraordinário n.º 601.314, com repercussão geral reconhecida, e em quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) que também contestavam a flexibilização do sigilo das operações financeiras. Ajuizadas por partidos políticos e confederações patronais, as ações sustentavam que o dispositivo seria inconstitucional por violação ao artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal. As quatro ações foram relatadas pelo Ministro Dias Toffoli, que preparou relatório e voto conjunto para o julgamento, posicionando-se pela constitucionalidade e sendo seguido pela maioria dos ministros.⁴⁰³

A virada na orientação jurisprudencial ocorreu em 24 de fevereiro de 2016 no julgamento da ADI n.º 2.859/DF, relatada pelo Ministro Dias Toffoli. Citando trechos do parecer do Procurador-Geral da República, decidiu-se que “a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Mandado de Segurança n.º 33.340/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26/05/2015. Publicado em 03/08/2015.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.390**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 17/02/015.

circulação desses dados”. A esse respeito, o Relator assevera que os artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, embora autorizem o acesso direto de órgãos administrativos a dados sigilosos, em nenhum momento permitem a circulação dos dados bancários, muito pelo contrário: tais dispositivos determinam, de modo expresso, a permanência do sigilo sobre as informações obtidas. Sendo assim, cuida-se apenas de transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que também detém a obrigação de sigilo. Sob esses argumentos, concluiu-se pela possibilidade de acesso direto da Fazenda Nacional aos dados bancários do contribuinte independentemente de autorização judicial.⁴⁰⁴

Segundo a decisão, como se trata de “mera transferência de informações”, não se pode desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco, e não se pode dizer que essa utilização desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária, razão por que inexistente a violação de privacidade. Para Dias Toffoli, o conhecimento da notícia ou da informação não implica, por si só, violação da privacidade, desde que a informação não seja divulgada a terceiros, sendo isso garantido por disposições da própria Lei Complementar que determinam proteções ao sigilo das informações.⁴⁰⁵

Numa segunda linha argumentativa, o Ministro Dias Toffoli justifica a legitimidade do Fisco para obter informações bancária dos contribuintes na razoabilidade, lembrando que, por imposição legal e sem necessidade de autorização judicial, o ente já possui acesso às informações do conjunto maior de patrimônio do contribuinte, que são declaradas à Secretaria da Receita Federal. Seria, assim, incongruente que o Fisco pudesse acessar o conjunto maior do patrimônio do contribuinte (bens e rendas) e não pudesse acessar o conjunto menor (movimentações financeiras). Além disso, fica subentendido o princípio da eficiência quando o relator destaca que o instrumento fiscalizatório instituído nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 “se mostra de extrema significância ao efetivo combate à sonegação fiscal no país”, sendo necessário para que o Estado cumpra seu papel de agente fiscalizador.⁴⁰⁶

Acompanhando o voto do Relator pela constitucionalidade do acesso a dados bancários pelo Fisco independentemente de autorização judicial, o Ministro Luís Roberto Barroso acrescenta que, no seu entendimento, o sigilo de informações financeiras não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade, sendo, assim, passível de restrição

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n.º 2859/DF**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 24/02/2016. Publicado em 21/10/2016.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n.º 2859/DF**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 24/02/2016. Publicado em 21/10/2016.

razoável pelo legislador, principalmente com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, a isonomia tributária e a capacidade contributiva. Em acréscimo, o Ministro Teori Zavaski afirmou em seu voto que todos os contribuintes já têm obrigação de fornecer informações bancárias ao Fisco [no momento da declaração para o imposto de renda], “que serve de base para o ajuste anual, de modo que, ao se afirmar que há uma reserva de intimidade em relação a essas informações, ter-se-ia que afirmar que há uma reserva de intimidade também em relação às demais informações exigidas pelo Fisco”. Finalmente, o Ministro Zavaski ressaltou que, no caso das pessoas jurídicas, não há que se falar em privacidade.⁴⁰⁷

A análise do inteiro teor do acórdão revela uma série de argumentos de natureza mais pragmática, no sentido de que a mudança de orientação do STF seria “crucial para a efetiva repressão às organizações criminosas, ao narcotráfico, à lavagem de dinheiro, ao terrorismo, não raro crimes de matiz internacional, tendo este último mostrado recentemente a sua face mais cruel nos atentados em Paris de novembro de 2015”, conforme averbou o então Presidente da Corte, Ministro Lewandowski, em seu voto; ou então que a medida é salutar para otimizar a atividade fiscalizatória da Receita Federal nos termos “dos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (voto do Ministro Dias Toffoli).⁴⁰⁸

Recentemente, contudo, a discussão novamente se viu sob holofotes. No dia 15 de julho de 2019, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu, por meio de decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP, todas as investigações e ações penais instruídas com informações repassadas por órgãos de controle ao Ministério Público sem autorização judicial. O recurso em questão foi interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e sua repercussão geral foi reconhecida com o Tema 990⁴⁰⁹, o qual analisa a possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, de dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no exercício legítimo do seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n.º 2859/DF**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 24/02/2016. Publicado em 21/10/2016.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Tema 990: sobre a possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

⁴¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Repercussão Geral RE n.º 1.055.941/SP**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12.2019. Publicado em DJE nº 274.

Originalmente, trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público Federal pela suposta prática de crime contra a ordem tributária nos anos-calendários 2001 e 2002 por omitir informações ou prestar declarações falsas às autoridades fazendárias, crime previsto no artigo 1º, I, da Lei n.º 8.137/90. Ao analisar a apelação criminal n.º 0010713-69.2010.4.03.6109, a 11ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região concedeu parcial provimento à apelação movida pelos réus, determinando a nulidade da ação penal, sob o fundamento de que o compartilhamento de dados entre o Fisco e o Ministério Público seria ilícito ante a ausência de autorização judicial. O *Parquet* apresentou Embargos de Declaração, que foram rejeitados. Posteriormente, o órgão interpôs o Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP, o qual ficou sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, tendo como fundamento o artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal e a violação dos artigos 5º, X e XX, 145, §1º e 129, VI, também do texto constitucional.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) apresentou pedido de ingresso na condição de *amicus curiae*, o qual foi deferido e, nos meses seguintes, várias petições foram protocoladas visando o ingresso processual na condição de terceiro interessado. Dentre elas, a defesa do então Senador Flávio Bolsonaro se manifestou nos autos, alegando ter o Ministério Público do Rio de Janeiro utilizado dados sigilosos obtidos junto ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para substanciar procedimento investigatório, requisitando, apenas posteriormente, autorização judicial com escopo de validar as provas obtidas. Em 16 de julho de 2019 ao analisar este pedido, o Ministro Relator determinou monocraticamente, com fundamento no artigo 1.035, §5º do Código de Processo Civil, no dever geral de cautela e na segurança jurídica, a suspensão nacional de todos os processos judiciais em curso que versassem sobre a matéria afeita ao Tema 990, estendendo os efeitos da decisão aos inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs) que contivessem dados obtidos pelo Ministério Público sem prévia autorização judicial.

O Ministério Público Federal divulgou nota pública por meio das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão considerando que, inicialmente, não havia no Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP decisão que determinasse a suspensão do trâmite de processos e procedimentos iniciados a partir de representações para fins penais enviadas ao Ministério Público Federal. Sob este argumento, defendeu que a controvérsia submetida à Corte Constitucional não teria relação com o encaminhando de Relatórios de Inteligência Financeira (RIFS) encaminhados pelo COAF ou mesmo com a aplicação de qualquer dispositivo da Lei n.º 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Nesse sentido, a Procuradoria Geral da República

apresentou Embargos de Declaração sob o fundamento de que houve ampliação dos limites do pedido elaborado pelo Requerente, ampliação este que seria contrária a precedente vinculante do próprio Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o artigo 1.035, §5º do Código de Processo Civil seria inaplicável a inquéritos e PICs.

Em 20 de novembro de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP. Quanto ao mérito analisado, em síntese, por maioria, a Corte Constitucional deu provimento ao recurso, determinando a cassação do acórdão antes proferido, bem como o restabelecimento da sentença condenatória prolatada em primeiro grau. Foram votos vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Quanto a análise da tutela concedida anteriormente, por unanimidade a mesma foi revogada. Por maioria de votos, sendo vencido o voto do Ministro Marco Aurélio, a tese de repercussão geral restou assim fixada: (1) é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; e (2) o compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.⁴¹¹

⁴¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Repercussão Geral RE n.º 1.055.941/SP**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12.2019. Publicado em DJE nº 274.

5 PRIORIZAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL EM TORNO DO SIGILO

Nos dois primeiros capítulos, este trabalho explorou como o sigilo e o silêncio são artefatos e explicações sobre algumas das fraudes corporativas mais notáveis dos últimos anos. Casos icônicos internacionais e nacionais foram explanados, apontando para uma variedade de fatores de nível individual e coletivo da empresa que contribuem para o desvio corporativo (por exemplo, inação do funcionário, indiferença deliberada e uma relutância em ouvir ou revelar a verdade). A solução para o ocultamento bem-sucedido de atividades ilegais consiste em mais do que apenas focar em falhas de supervisão fracassada ou a necessidade de maior ou melhor regulamentação. Fraudes desse tipo devem, na opinião de William Laufer, serem combatidas por meio do encorajamento da curiosidade e promoção da divulgação de maneiras que derrotem o silêncio e a inação de funcionários e outros insiders⁴¹².

Os argumentos supramencionados são frequentemente subestimados ou esquecidos em contas existentes sobre crimes corporativos, onde a reação padrão é sugerir nova legislação. Porém, apesar de concordar que a quase impenetrabilidade da forma corporativa continua sendo um obstáculo significativo à aplicação eficaz da lei e que reformas que abordassem especificamente o problema do sigilo e do silêncio seriam valiosas, William Laufer afirma que, simplesmente focar em falhas de supervisão ou na necessidade de se priorizar a simetria informacional na regulação mantêm a conta incompleta por basicamente três motivos⁴¹³.

Primeiro, nem todas as empresas que se envolvem em desvios utilizam o sigilo como oportunidade e/ou instrumento de resistência. Os crimes corporativos e, de fato, as fraudes corporativas, refletem uma ampla gama de danos e injustiças que afetam um grupo diversificado de pessoas e, conseqüentemente, podem manipular o sistema jurídico e os institutos legais disponíveis das mais diversas maneiras. Segundo, não é sempre o caso de paredes de segredo serem ruins⁴¹⁴ e flexibilizar indiscriminadamente direitos fundamentais ao sigilo em prol de uma “luta contra a criminalidade corporativa” pode ocasionar violações à democracia da mesma ordem que àquelas que supostamente se pretende prevenir ou punir⁴¹⁵. Por fim, a maioria das

⁴¹² LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 455.

⁴¹³ Ibid., p. 456.

⁴¹⁴ DUFRESNE, Ronald L.; OFFSTEIN, Evan H. On the virtues of secrecy in organizations. **Journal of Management Inquiry**, vol. 17, n. 2, June 2008, p. 102-106.

⁴¹⁵ LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 456. Para mais sobre a necessidade de se pensar sobre limites constitucionais mínimos a serem tutelados no tocante à relação sigilo e criminalidade corporativa RAMOS, Giulia. **A cooperação jurídica**

recentes reformas normativas após períodos de falha na governança, conformidade e responsabilidade, já reconhece os problemas e desafios colocados pela "natureza privada" das empresas. Muitas dessas reformas, inclusive, são projetadas especificamente para combater o tipo de opacidade organizacional anteriormente mencionada, trazendo mecanismos de valorização da transparência corporativa e divulgação voluntária⁴¹⁶.

Como já mencionado, a história episódica dos escândalos corporativos resultou em períodos de maior escrutínio regulatório, seguido por épocas de frouxidão. Apesar de não ser perfeitamente consistente, esse padrão produziu uma “colcha de retalhos” no tocante à regulação das corporações, que reflete a tensão perene entre poder estatal e poder corporativo. Pelo menos em teoria, essa regulação ofereceria uma orientação sobre transparência e simetria informacional que, juntamente com incentivos distintos para investigar, cooperar, divulgar, seria projetada para erradicar o tipo de sigilo e ocultação que favorece práticas ilícitas. Fundamentada basicamente na concepção de que as organizações empresariais complacentes e bem governadas devem ser proativas no estabelecimento de programas e políticas capazes de diminuir as oportunidades criminosas e, devem ser adequadamente reativas quando esses programas e as políticas falham, a atual atenção dada à criminalidade corporativa, pelo menos em tese, já contrariaria certos elementos do contexto social facilitador identificado⁴¹⁷.

A justaposição de todos esses aspectos exige mais do que simplesmente pensar sobre a dinâmica subjacente ao sigilo. Deve-se também abordar por que as políticas existentes, que representam anos de trabalho sobre o problema da assimetria informacional no ambiente negocial, continuam falhando e por que a relação entre sigilo e criminalidade corporativa aparenta ainda ser fortemente negligenciada. Tão importante quanto incentivar a quebra dos círculos de silêncio e a maior visibilidade da criminalidade dos poderosos, é compreender como empresas mantidas no mais alto respeito, que possuem práticas de conformidade, políticas de governança e registros de boa cidadania corporativa, supostamente toleram, tácita ou

internacional na prevenção à lavagem de capitais e o acesso a informações bancárias. Relatório final de pesquisa de iniciação científica. São Paulo: FAPESP, 2017.

⁴¹⁶ LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 456. Para mais sobre o movimento da boa cidadania corporativa para alistar corporações em parceria com o governo na investigação por meio da cooperação e oferecimento voluntário de informações LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 2006.

⁴¹⁷ LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 457.

expressamente, e participam de fraudes elaboradas e continuam a utilizar o sigilo corporativo para fins legal ou moralmente questionáveis⁴¹⁸.

Nesse sentido, afirma William Laufer que um melhor posicionamento sobre o tema requer a consideração do obstáculo mais significativo a toda regulamentação corporativa bem-sucedida: a falta de um eleitorado que favoreça genuinamente a responsabilidade criminal da empresa e autorize controles sociais menos formais baseados na ideia de regulação responsiva desenvolvida por Braithwaite⁴¹⁹. A inexistência de mecanismos jurídicos e condições institucionais adequadas para a aplicação de um verdadeiro paradoxo regulatório, segundo o qual quanto maior a gravidade da conduta, maior a intensidade e restrição da intervenção estatal, nada mais faz do que revelar o desacoplamento, no qual a postura intimidatória do Estado não traz resultados duradouro. Isso explica porque, mesmo aparecendo nas mais diversas normas e recomendações internacionais contra a criminalidade corporativa, os temas relacionados ao sigilo e à confidencialidade continuam negligenciados pelos estudiosos de ética negocial e compliance⁴²⁰ e sujeitos a todo tipo de jogo do setor privado⁴²¹.

Analisando o cenário norte-americano, Laufer afirma que esse eleitorado está ausente em função de uma ambivalência comum, existente há mais de um século, com controles sociais corporativos que geram externalidades significativas. Essa ambivalência persiste, embora a ameaça da lei criminal seja a motivação mais potente para que empresas levem a sério a ideia de autorregulação regulada e os deveres de comunicação, por exemplo. Sem isso, menciona o autor, os desafios de investigar e em seguida construir casos contra grandes e complexas corporações multinacionais bem assessoradas são assustadores.⁴²² Isso porque se trata, em última análise, de atores sociais com elevado potencial – institucional, financeiro e tecnológico

⁴¹⁸ LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 457.

⁴¹⁹ Por regulação responsiva se entende a estrutura escalonada de condutas e mecanismos institucionais de resposta, cuja base de infrações é submetida a estratégias de desinstitucionalização e desformalização e o topo a mecanismos formais e mais intensivos de controle social. O modelo sugere a formulação de um paradoxo regulatório segundo o qual quanto maior a gravidade da conduta, maior a intensidade e restrição da intervenção estatal. O paradoxo seria garantido pela certeza da sanção: o se soluciona o conflito por meio do diálogo e da persuasão, ou se recorrerá à resposta punitiva. BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, vol. 80, n. 7, June 1982, p. 1466-1507.

⁴²⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁴²¹ LAUFER, William S. The missing account of progressive corporate criminal law. **New York University Journal of Law and Business**, vol. 14, n. 1, 2017.

⁴²² LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 458.

– para proteger o sigilo de suas informações e controlar o fluxo de informações relativo a seu negócio⁴²³.

É exatamente nesse ponto que o ônus da efetividade investigativa e os deveres de conformação constitucional das medidas jurídico-processuais alcançam um grau elevado de tensão ao incidir sobre casos de delitos cometidos no âmbito das organizações. Há aqui a incidência da chamada retórica moralizante do interesse público, que acaba por ocultar relevantes debates de legitimação jurídica e fundamentação ética que perpassam a necessidade de promoção de técnicas realmente eficientes no tocante à melhora da assimetria informal no ambiente negocial. Sabe-se que a expansão dos mercados trouxe consigo demandas pela internacionalização das estratégias de regulação e controle social da atividade empresarial, com ênfase em novas estruturas de governança corporativa e soluções de compliance. Dentre estas últimas, ganha destaque os programas de *whistleblowing*, na medida em que prometer melhorar o nível de articulação entre particulares, empresas e Estado e de informações sobre o exercício abusivo da liberdade de ação empresarial.⁴²⁴

Originalmente, a ideia por de trás dos programas de *whistleblowing* como forma de clarificar o ambiente negocial remonta às políticas regulatórias norte-americanas, que, por sua vez, partem de um mercado caracterizado primordialmente pelas complexas estruturas societárias e com significativa incidência de empresas de capital aberto. O problema, conforme apontam Eduardo Saad-Diniz e Gustavo de Carvalho Marin, é que no Brasil, o modelo de governança está majoritariamente determinado por empresas de capital fechado e até mesmo um certo protagonismo de empresas familiares, o que por si acaba por limitar as práticas de *whistleblowing*, podendo, inclusive, levar mais a distorções do que resultados efetivos em torno da melhoria do ambiente ético empresarial. Na opinião dos autores, não seria irrazoável imaginar que, em função desse contexto e do próprio sistema de justiça criminal brasileiro, os programas de *whistleblowing* podem ser reduzidos à mercancia de informações.⁴²⁵

A estruturação de deveres de comunicação e o referencial valorativo da “confiança” nas informações têm pouco ou nenhum sentido operativo para o sistema de justiça criminal. A

⁴²³ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**, vol. 1, n. 01, 2021, p. 86.

⁴²⁴ Conforme apontam Eduardo Saad-Diniz e Gustavo de Carvalho Marin, por um lado se difunde a ideia de que os programas de *whistleblowing* seriam a saída preferencial para aumentar o nível de detecção de infrações econômicas no âmbito corporativo, viabilizando a internalização de estratégias de obtenção de informações; por outro o que se debate é a possibilidade de os mecanismos de denúncia serem utilizados como estratégia de defesa de regimes democráticos. *Ibid.*, p. 72.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 73-74.

falta de medidas objetivas que conduzam a interpretação do fluxo de informações esvazia os programas de *whistleblowing*, afetando substancialmente a idoneidade dos programas de *compliance*. Alinha-se a isso o fato de que a ausência de evidências sobre a verificação constitucional dos direitos fundamentais no ambiente empresarial acaba por reduzir a cooperação entre particulares, empresas e Estado a estratégias de defesa corporativa: uma vez que a autenticidade da atitude colaborativa é compreendida por autoridades fiscalizadoras como critério orientador da persecução penal, torna-se estratégico que as empresas se adiantem na busca e no manejo de informações de potencial interesse ao sistema de justiça criminal.⁴²⁶

Esse raciocínio, contudo, parece ser desconsiderado pela lei brasileira que caminha ao encontro da ideia de que os informantes devem ser compreendidos como a “primeira linha de defesa” contra desvios organizacionais. Se de um lado empresas passaram a ter o dever de se autoavaliarem a fim de assegurar o cumprimento de obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre sua atividade, de outro não há maiores preocupações legais com o fato de que, uma vez realizada, essa autoavaliação pode resultar em detecção de atividades potencialmente ilícitas, colocando a empresa diante de um verdadeiro dilema: ou revela a informação ao público, aumentando os riscos de persecução criminal e responsabilização, ou, sujeitando-se a uma outra dimensão de riscos econômicos e jurídicos, decide não revelar o que foi descoberto internamente. Isso implica em dizer que o sentimento de aversão ao risco gerado pelo tratamento jurídico do sigilo e do próprio *disclosure* pode conduzir a resultados concretos diversos dos inicialmente pretendidos pelas autoridades.⁴²⁷

No estudo científico da criminalidade corporativa, a maior parte das investigações ainda reproduzem o senso comum dos custos e benefícios da colaboração. Pouco é realmente discutido sobre os propósitos dos prêmios, seus fundamentos éticos e o que se espera com eles alcançar, principalmente em termos coletivos e institucionais. As atuais proposições desconsideram o potencial da irracionalidade e desintegração social contidos em comportamentos desviantes, orientados muitas vezes pelo próprio interesse e, de modo ainda mais questionável, incentivados pelo Estado.⁴²⁸

Assim como observado por William Laufer nos Estados Unidos da América, a história do crime corporativo no Brasil também é episódica e um tanto consistente. Se de um lado

⁴²⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**, vol. 1, n. 01, 2021, p. 74.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 78-79.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 87.

escândalos resultam em reformas, seguidas por períodos de maior escrutínio regulatório, por outro, o poder e as prioridades das agendas mudam, encorajando períodos de maior frouxidão. Essa consistência é significativa o suficiente para ter produzido, também no âmbito nacional, uma ampla colcha de retalhos de reformas e políticas que refletem a tensão perene entre o poder do Estado e o surgimento contínuo do poder corporativo, mas que, pelo menos em teoria, deveria oferecer uma orientação significativa sobre transparência e divulgação para todas as partes interessadas.⁴²⁹

Do quadro normativo apresentado no capítulo quatro, pode-se concluir que duas orientações gerais no tocante ao sigilo emergem do sistema de justiça criminal brasileiro: (1) que organizações empresariais em conformidade com a lei e bem governadas devem ser proativas no estabelecimento de programas e políticas que possam reduzir a probabilidade de ocorrência de um ato antiético e ilegal; e (2) que estas mesmas organizações devem ser apropriadamente reativas quando tais políticas e programas fracassarem. Ambas, juntamente com incentivos distintos para investigar, cooperar, divulgar, aceitar a responsabilidade e trabalhar como “parceiro” do Estado, são projetadas para erradicar o tipo de sigilo e ocultação mencionada nos primeiros capítulos.

O desafio, ao que parece, é como fazer com que essas medidas sejam eficazes sem um eleitorado forte que defenda uma marca de autorregulação e autogoverno respaldada pela ameaça de sanções escalonadas em caso de descumprimento. Na ausência de tal eleitorado, e com preocupações crescentes sobre “criminalização excessiva” e externalidades de controles sociais formais, as perspectivas de qualquer reforma séria são escassas. O otimismo ao redor de uma significativa reforma legislativa e regulamentar sobre a criminalidade corporativa deve ser moderado pela recepção dada aos responsáveis pelo delito corporativo – seja pelos tribunais, pelo legislador ou pela própria comunidade empresarial. Para Willian Laufer, partindo de tal compreensão, não seriam necessárias maiores alterações regulatórias para quebrar os muros erguidos pelas conspirações de sigilo e silêncio.⁴³⁰

⁴²⁹ Os mercados encorajam o comportamento de assumir riscos corporativos e inovar, mas as empresas exigem uma regulamentação vigilante e fiel de conformidade; além disso, o governo deve manter laços estreitos com a comunidade empresarial, mas tais vínculos podem inibir a regulamentação ou tornar problemático o recurso a leis e regulamentações. LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010, p. 458.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 462.

CONCLUSÃO

Apesar do incremento das estratégias de identificação de infrações e quebra dos círculos de silêncio que geralmente envolvem a criminalidade corporativa, a fragilidade das medidas de *law enforcement* e a seletividade no manejo do aparato estatal têm engrandecido antigos desafios, como é o caso do sigilo. A proliferação de megaoperações para detecção de escândalos político-corporativos e a falta de inteligência do ordenamento jurídico, que parece desconsiderar qualquer evidencia científica sobre como as corporações realmente funcionam, nada mais fazem do que impulsionar uma obsessão punitiva que distancia empresas, reguladores, medidas sancionatórias proporcionais e efetividade.

Deficiências de regulação, principalmente no tocante aos institutos tradicionais do direito penal, progressivamente têm exigido investigações científicas precisas que, para além da busca de respostas a conhecidos problemas envolvendo silêncio e segredo, procurem evitar recepções distorcidas sobre governança. Trata-se, portanto, não só de se reconhecer a necessidade de priorização política criminal em torno de temas sensíveis e negligenciados, mas também de compreender o papel das instituições e dos seus regimes em fomentar soluções verdadeiramente efetivas.

Este trabalho buscou compreender como as estruturas de silêncio e segredo atuam no âmbito corporativo favorecendo a prática e a perpetuação de atividades ilícitas, especialmente as de natureza penal, para então analisar se a dinâmica relacionado ao sigilo de fato é subvalorizada por legisladores, reguladores e fiscalizadores brasileiros em detrimento de retóricas repressivas e respostas seletivas.

A partir das informações colhidas ao longo dessas páginas, pode-se observar que o pensamento criminológico já há algum tempo tem se dedicado a compreender aspectos relacionados às infrações ocorridas no mundo negocial. No entanto, as tentativas de explicar os atos criminosos dessa nova concepção de criminalidade parecem ainda serem orientadas pelas teorias e técnicas desenvolvidas para os atos praticados por indivíduos enquanto agentes econômicos. Somente recentemente a criminologia passou a se preocupar de forma sistemática com a etiologia do fenômeno delinquente no ambiente corporativo, conferindo a ele uma nova abordagem.

A dificuldade encontrada para se analisar crime corporativo, conforme explanado no capítulo 1 – “Das ruas aos luxuosos prédios corporativos”, pode ser atribuída a sua própria complexidade. Diferentemente do comportamento de indivíduos, é muito mais difícil atribuir

motivos, qualidades e características relevantes para entes coletivos. A reflexão sobre essa nova realidade – desvio no ambiente corporativo – demanda novas abordagens capazes de trazer ao debate considerações realmente condizentes com o agir empresarial.

Nesse sentido, verificou-se que a investigação das causas para a criminalidade corporativa não pode prescindir da consideração de fatores macro, como a globalização e o ambiente regulatório, de fatores em nível médio, como as características estruturais e culturais das organizações, e de micro fatores, como a interação social entre os indivíduos. Deve-se, ainda, recorrer às teorias criminológicas que explicam particularmente o desvio de natureza econômica no contexto de organizações complexas.

Por este o ângulo, o presente trabalho elencou evidências de que o sigilo é a explicação de alguns dos escândalos corporativos mais notáveis dos últimos anos. Pelo recorte criminológico da oportunidade, compreendeu-se que ofensores corporativos frequentemente tentam tirar vantagem de como os sistemas econômico e jurídico funcionam, não só imitando atividades legítimas, mas também escondendo suas atividades de observadores externos. Neste último, o sigilo (seja ele o bancário, fiscal, de dados e o próprio sigilo corporativo) aparece como um importante instrumento de ocultação e uma grande técnica para aproveitar eventuais oportunidades criminosas que aparecerem no dia-a-dia da atividade empresarial.

Mas não só. O sigilo também acaba sendo a primeira defesa da criminalidade do colarinho branco. Quando seus crimes são descobertos, os criminosos corporativos costumam usar uma série de técnicas para obstruir investigações e processos na justiça. Geralmente, as corporações, e até mesmo as instituições envolvidas, se recusam a fornecer dados e documentos solicitados pelas autoridades alegando o direito fundamental ao sigilo, o que prolonga a batalha jurídica pela obtenção de informações.

O problema é que quando analisamos as diferentes decisões judiciais sobre a tensão existente entre a proteção do direito fundamental à privacidade e flexibilização em prol de investigações criminais, observamos que elas frequentemente seguem orientações decisórias distintas, ora privilegiando interesses privados, ora o interesse público. Isso indica, no mínimo, ausência de discussões mais significativas sobre sigilo e confidencialidade a nível jurisprudencial, que preocupem em compreender não só a instrumentalização do instituto jurídico, mas toda a dinâmica subjacente ao problema.

Quando consideramos a existência de uma dinâmica subjacente ao sigilo, notamos que a questão também se relaciona substancialmente outros elementos como à existência de estruturas de silêncio e segredo no ambiente corporativo, à existência de uma atitude acrítica

quanto a sua relevância e funcionamento, à existência ambiente social silencioso que integra estrutural e relacionalmente a criminalidade corporativa à sociedade, e da constante interseção do tema com a existência agressivo de paraísos fiscais (ou jurídico penais).

Não por menos, os argumentos desenvolvidos no capítulo 2 - “Círculos de silêncio, contexto social facilitador e portos seguros para a criminalidade corporativa: a dinâmica relacionada ao sigilo” – demonstraram que os desafios ao redor do sigilo tornam este tema central para os debates sobre regulação da atividade econômica e para a prevenção das potenciais infrações. Para muitos autores, delitos corporativos e segredo estão tão inextricavelmente conectados que o enfretamento da criminalidade corporativa só pode ser alcançado por meio da mitigação das leis relativas à confidencialidade. As configurações teóricas e os casos explorados nos dois primeiros capítulos acabaram por ratificar a primeira hipótese científica desse trabalho. Observou-se que, de fato, nos recentes escândalos corporativos brasileiros há os mesmos padrões de estruturas de silêncio, segredo e sigilo já verificados em casos estrangeiros e relatados cientificamente pela criminologia corporativa.

O segredo, contudo, não pode ser concebido apenas como um possível canal para infrações penais ou práticas corporativas moralmente questionáveis. Mesmo diante da realidade atual e da necessidade de novas abordagens em face dos crimes corporativos, não se pode desconsiderar as conquistas de direitos fundamentais, sobretudo em relação à tutela da intimidade. Como visto, no ordenamento jurídico brasileiro o sigilo é uma garantia constitucional decorrente da proteção à intimidade e à vida privada, consubstanciada na Constituição Federal. Não obstante o direito nacional assegurar a inexistência de direitos absolutos o acesso às informações permanece como um dos limites à persecução penal, portanto, demanda uma priorização político criminal. Necessária, pois, a justa ponderação a fim de que se garanta a eficiência do sistema preventivo e persecutório e ao mesmo tempo se preserve o direito fundamental do sigilo há tempo consolidado.

Assim sendo, no capítulo 3 – “O outro lado da moeda: os usos legítimos do sigilo no âmbito corporativo”, o presente trabalho apresentou elementos no sentido de que também ser o sigilo essencial para a atividade econômica, de modo que eventuais soluções propostas aos problemas identificados nos capítulos anteriores não podem simplesmente se resumir em erradicação do instituto ou flexibilizações generalizadas.

Isso porque diversos fenômenos que ocorrem diariamente no âmbito das corporações se relacionam a alguma forma de sigilo organizacional, aqui definido como processos sociais formais e informais em curso de intenção para ocultação de informações de atores por atores

em organizações. Entendido dessa forma, o sigilo pode ser explorado teoricamente como algo capaz de moldar mentalmente o comportamento e as interações nas organizações, regulando o que é dito e não dito por quem e para quem. Tal regulação não é apenas resultado e fonte de controle, mas também delinea construções de identidade, ou seja, como os indivíduos, grupos e organizações definem “quem eles são”.

Nesse sentido, verificou-se que, embora existam referências dispersas sobre o aspecto social do sigilo na literatura organizacional, especialmente no estudo organizacional clássico, falta ainda uma análise sistemática do instituto que desenvolva teoricamente em detalhes a natureza social do sigilo em contraste com o foco informacional dominante. Essa nova teorização colocaria o foco no sigilo enquanto processo social ao invés de simplesmente em segredos e seu conteúdo informativo.

No cerne desse processo social do sigilo organizacional estão as formas complexas pelas quais ele pode afetar a identidade, definida aqui como o processo social por meio do qual os atores constroem a si próprios, seus grupos ou organizações. O sigilo também exerce influências no tocante ao controle, entendido como um contexto organizacional que pode ser definido genericamente em termos de capacidade de influenciar direta ou indiretamente o comportamento e as crenças dos atores organizacionais. Tudo isso pode melhor explicar por que as medidas de transparência podem não só serem difíceis de aplicar, como também podem ter como base compreensões ilusórias da dinâmica organizacional.

Foi também mencionado que, já há algum tempo, a criminologia econômica tem dedicado algum esforço para submeter o diálogo entre regulação e sistema de justiça criminal a uma revisão crítica. A insuficiência da regulamentação, principalmente no tocante ao mercado financeiro, impulsionou uma nova forma de controle do Estado em que se verificou a necessidade de distribuir parte do controle de riscos a outros segmentos, inclusive para setores privados, sob a premissa de que as empresas, quando comparadas aos Estados, estariam em uma melhor posição para controlar ou mesmo supervisionar o comportamento de seus membros individuais. Chegou-se então a um novo estágio de regulamentação chamado de “autorregulação regulada”.

Impondo uma pauta mínima de obrigações organizacionais, que deve ser implementada e cumprida pelas empresas para se prevenir a concretização dos riscos de condutas antiéticas ou mesmo criminosos, o Estado passa a exigir que o particular o auxilie na prevenção e repressão de ilícitos. Nesse sentido, a autorregulação regulada caminha em direção à concretização da colaboração entre o Estado e as empresas na persecução de possíveis

condutas, especialmente no tocante às práticas de compartilhamento de informações ou deveres de comunicação. É aqui que a questão do sigilo se torna essencial: como tem sido cada vez mais recorrentes o emprego da verdade como estratégia de negociação no processo penal, deve-se procurar proteger as comunicações colaborativas autênticas e suficientes.

Seria, portanto, razoável esperar que as estratégias que apostam no incremento do intercâmbio de informações estabeleçam certas prioridades, adquirindo conhecimento e especialização para articular o que seria um nível suficiente e idôneo de informações. Ao Judiciário, por ora, caberia a tarefa de reforçar seus mecanismos de proteção do sigilo de informações e redefinir, também no nível de priorização, o que será considerado informação prestada de maneira honesta, porém imperfeita, distinguindo-a da verdadeira omissão de declaração dada a proveniência ilícita.

No capítulo 4 – “Sistema de justiça criminal brasileiro e a relação sigilo- criminalidade corporativa” o tratamento conferido ao sigilo pela lei brasileira de prevenção e persecução da criminalidade corporativa foi examinado. Colecionando-se a forma como o sistema de justiça criminal traz o sigilo nos textos normativos e na jurisprudência recente, o trabalho pode chegar à conclusão de que a história episódica desses escândalos corporativos também gerou períodos de maior escrutínio regulatório no Brasil e o ordenamento jurídico e a política regulatória brasileiros, pelo menos em teoria, também ofereciam uma orientação sobre transparência e simetria informacional que, juntamente com incentivos distintos para cooperar, seriam projetados para erradicar o tipo de ocultação que favorece práticas ilícitas.

Essa previsão estaria focada principalmente em políticas de concessão de benefícios em troca de informações e comunicação de operações suspeitas, desconsiderando as evidências científicas de que a decisão/comportamento corporativo não é assim tão racional, de modo que o tratamento do sigilo seria visto como um “meio para” e não como uma estratégia de política criminal em si e sua dinâmica continuaria subvalorizada no ordenamento jurídico, nas políticas regulatórias e estratégias de *enforcement* brasileiros.

As evidências coletadas nos primeiros capítulos são subestimadas ou simplesmente esquecidas em contas existentes sobre crimes corporativos, onde a reação padrão é sugerir nova legislação. Porém, como o delineado no capítulo 5 – “Priorização político-criminal em torno do sigilo”, simplesmente focar em falhas de supervisão ou na necessidade de se priorizar a simetria informacional na regulação mantêm a conta incompleta. Isso porque, conforme também explanado neste trabalho, (1) nem todas as empresas que se envolvem em desvios utilizam o sigilo como oportunidade e/ou instrumento de resistência; (2) flexibilizar

indiscriminadamente direitos fundamentais ao sigilo em prol de uma “luta contra a criminalidade corporativa” pode ocasionar violações à democracia da mesma ordem que àquelas que supostamente se pretende prevenir ou punir; e (3) a maioria das recentes reformas normativas já reconhece os problemas e desafios colocados pela "natureza privada" das empresas.

Uma resposta ao aparente fracasso dos participantes do mercado em conter ou abster-se de praticar atos criminosos precisa não só influenciar, por meio de políticas de incentivo, os envolvidos e aqueles com informações importantes a quebrarem os círculos de silêncio que permite que esses crimes continuem. Igualmente, não só posicionamentos estatais menos esporádicos podem propiciar uma visibilidade mais constante à criminalidade corporativa, combatendo posturas de inação e contextos sociais favoráveis à inação e a ignorância.

O desafio para a real compreensão da relação existente entre sigilo e criminalidade corporativa, ao que parece, continua sendo a efetivação dessas medidas sem um eleitorado forte que defenda um modelo autorregulação e autogovernança apoiado pela ameaça de sanções crescentes por não conformidade. Sem essa preocupação, qualquer tentativa de clarificar o mundo corporativo será insuficiente e o sigilo continuará sendo a barreira final à governança corporativa. Até então, a ocorrência e o descobrimento de outro grande escândalo é apenas uma questão de tempo.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/12. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARAK, Gregg. **Unchecked corporate power**: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva 2000.

BECKER, Howard. **Evidence**. Chicago: Chicago Press, 2017.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 18, p. 141-161, abr./jun. 1996.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. **White-collar crime**: an opportunity perspective. 3. ed. New York and London: Rotledge - Taylor & Francis Group, 2018.

BELTRÃO, Helio. O maior esquema de pirâmide do século - como Bernie Madoff enganou meio-mundo durante trinta anos. **Instituto Mises Brasil**, São Paulo, 16 de fev. de 2016. Disponível em <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2316>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BONGER, Willem. **Criminality and economic conditions**. Resumido por Austin T. Turk. Bloomington: Indiana University Press, 1969.

BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, vol. 80, n. 7, june 1982, p. 1466-1507.

BRAITHWAITE, John. Criminological theory and organizational crime. **Justice Quarterly**, 6/1989.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame, and reintegration**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. **Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF, 1986.

BRASIL. **Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998.

BRASIL. **Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998.

BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013.** define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe que a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, 1996.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, 1966.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica;

altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

BRASIL. **Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa RFB n.º 1037, de 04 de junho de 2010**. Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Secretária da Receita Federal do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União de 07 de junho de 2010, p. 21.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Instrução Normativa CGU n.º 013, de 08 de agosto de 2019**. Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a serem observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria CGU n.º 909, de 07 de abril de 2015**. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular n.º 3.978, de 23 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução CVM n.º 50, de 31 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP no âmbito do mercado de valores mobiliários e revoga a Instrução CVM nº 617, de 5 de dezembro de 2019 e a Nota Explicativa à Instrução CVM nº 617, de 5 de dezembro de 2019. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.554.986/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MS n.º 21.729-4-DF**. Relator Ministro Francisco Rezek. Data do julgamento: 19/10/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 219.780/PE**. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 10/09/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança n.º 21729-4**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 05/10/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n.º 418.416-8/SC**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 10/05/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n.º 96.056**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 28/06/2011. Publicado em 07/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n.º 535.478/SC**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 28/10/2008. Publicado em 21/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n.º 103.236**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14/06/2010. Publicado em 03/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n.º 84.758**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25/05/2006. Publicado em 16/06/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno **Recurso Extraordinário n.º 389.808/PR**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/12/2010. Publicado em 10/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Mandado de Segurança n.º 33.340/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26/05/2015. Publicado em 03/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.390**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 17/02/015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n.º 2859/DF**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 24/02/2016. Publicado em 21/10/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Repercussão Geral RE n.º 1.055.941/SP**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12.2019. Publicado em DJE nº 274.

CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores**: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

CHAMBERS, Robert. Corporate secrecy: the final barrier to corporate governance. **Int. J. Business governance and ethics**, vol. 2, n. 1/2, 2006.

CHAVKIN, Sasha; DÍAZ-STRUCK, Emilia. **The offshore connections of latin american presidents, ministers and business leaders revealed**. **Internacional Consortium of Investigative Journalists**. Publicado em 21 de novembro de 2017. Disponível em <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/paradise-papers-offshore-connections-latin-american-presidents-ministers-business-leaders-revealed/>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan; JÁPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). **Dimensões contemporâneas da atividade empresarial**. Campinas: Editora FACAMP, 2021

CHRISTENSEN, John. The hidden trillions: secrecy, corruption, and the offshore interface. **Crime, Law and Social Change**, vol. 57, n. 3, April, 2012.

CHRISTENSEN, John; MURPHY, Richard. The social irresponsibility of corporate tax avoidance: taking CSR to the bottom line. **Society for International Development**, vol.47, n. 3, 2004, p. 37-44.

COELHO DA SILVA, Bernardino; TOGNOLLO, Claudio. **Nome aos bois**: a história das falcatruas da JBS. São Paulo: Matrix, 2017.

COLEMAN, James W. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**: a tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

COSTAS, Jana; GREY, Christopher. Bringing secrecy into the open: towards a theorization of the social processes of organizational secrecy. **Organization Studies**, vol. 35, março/2014.

CRESSEY, Donald. The respectable criminal. Why some of our best friends are crooks. **Criminologica**, maio, 1965.

CRESSEY, Donald. **Other people's money**: a study in the social psychology of embezzlement. California: Walsworth, 1971, publicado originalmente em 1953.

COGLIANESE, Cary. **Measuring regulatory performance**: evaluating the impact of regulation and regulatory policy. OCDE: 2012.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001.

CRUZ, José Manuel Neves. A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, vol. 11, 2014.

DARCY, Shane. The elephant in the room: corporate tax avoidance & Business and Human Rights. **Business and Human Rights Journal**, vol. 2, n. 1, Jan./2017.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DE MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa. Paraísos fiscais (2) – bem mais do que uma Suíça. **Jornal da UNICAMP – Edição Web**, Ciência da Política & Vice-Versa, Universidade Estadual de Campinas, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/paraisos-fiscais-2-bem-mais-do-que-uma-suica>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

DE MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa. Paraísos fiscais (4) – a revanche do grande capital. **Jornal da UNICAMP – Edição Web**, Ciência da Política & Vice-Versa, Universidade

Estadual de Campinas, 15 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/paraisos-fiscais-4-revanche-do-grande-capital>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUFRESNE, Ronald L.; OFFSTEIN, Evan H. On the virtues of secrecy in organizations. **Journal of Management Inquiry**, vol. 17, n. 2, junho 2008.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito**: as regras de inferência. Coleção academia livre. São Paulo: Direito GV, 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. O sigilo e a prova criminal. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALCÃO JR, Jayr Viégas. **Sigilo fiscal e bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, n. 14, outubro/dezembro, 2001.

FRIEDRICH, David O. **Trusted criminals**: white-collar crime in contemporary society. 4. ed. California: Wadsworth, 2010.

GARCIA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Peru: Palestra Editores, 2014.

GARRET, Brandon L. *Too big to jail*: how prosecutors compromise with corporations. Cambridge: The Belknap, 2014.

GRASSO, Daniele; HIDALGO PÉREZ, Montse; CAMHAJI, Elías. O que são os ‘Pandora Papers’? A chave para entender a investigação. **El país**, Madri/México, 03 de outubro de 2021. Disponível em <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-10-03/o-que-sao-os-pandora-papers-as-chaves-para-entender-a-investigacao.html>. Acesso em 07 de outubro de 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAGAN, Frank E. **Research methods in criminal justice and criminology**. 9 ed. Mercyhurst University, Person, 2014.

HAGAN, John. **Who are the criminals?** The politics of crime policy from the age of Roosevelt to the age of Reagan. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

HENRY, James S. The price of offshore revisited: new estimates for “missing” global private wealth, income, inequality, and lost taxes. **Tax Justice Network**, July/2012, p. Disponível em https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price_of_Offshore_Revisited_120722.pdf, Acesso em 20 de novembro de 2020.

HINES JR., James R. Treasure islands. **Journal of Economic Perspectives**, v. 24, n. 4, outono 2010, p. 103-136.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 7. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

JASPERS, J.D. Strong by concealment? How secrecy, trust and social embeddedness facilitate corporate crime. **Crime, Law and Social Change**, n. 73, January 2020, p. 55-72.

JOHNS, R.A.; LE MARCHANT, C.M. The british isles finance centre since the abolition of UK exchange controls. **National Westminster Bank Quarterly Review**, May 1993, p. 54.

KRAMER, Ronald C. Is corporate crime serious crime? Criminal justice and corporate crime control. **Journal of Contemporary Criminal Justice**, vol. 2, ed. 3, June 1984.

LANE, Robert E. **The regulation of businessmen**: social conditions of government economic control. New Haven: Yale University Press, 1954.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LAUFER, William S. Secrecy, silence, and corporate crime reforms. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, august 2010.

LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds**: the failure of corporate criminal liability. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 2006.

LAUFER, William S. The missing account of progressive corporate criminal law. **New York University Journal of Law and Business**, vol. 14, n. 1, 2017.

LAUFER, William S.; CAULFIELD, Matthew. Wall Street and progressivism. **Yale Journal on Regulation Bulletin**, vol. 37, p. 36-51, 2019.

LINS E SILVA, Técio; LIMA, Marcela Lima. Apontamentos sobre o sigilo bancário. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, RBCCrim 28/215, maio/junho, 2004.

MCCANN, Hilton. **Offshore finance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MCCRUM, Dan; PALMA, Stefania. Wirecard: inside an accounting scandal. **Financial Times**, Londres, 7 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d51a012e-1d6f-11e9-b126-46fc3ad87c65>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

MICHALOWSKI, Raymond J. What is crime? **Critical Criminology**. vol. 24, ed. 2, June 2016.

MICHALOWSKI, Raymond; KRAMER, Ronald. Beyond Enron: toward economic democracy and new ethic of inclusion. **Risk Management: An International Journal**, vol. 5, April 2003.

MINKES, John. Silent or invisible: governments and corporate financial crimes. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010.

MURPHY, Richard. **Dirty secrets**: how tax havens destroy the economy. Londres: Verso, 2017.

NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? **Revista Penal**, Valência, n. 19, pp. 120-136, jan. 2007.

NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50.

ODAR, Reynaldo Mario T. El alcance de las investigaciones jurídicas. **Derecho y cambio social**. Ano 12, n. 41, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456857>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax havens**: how globalization really works. New York: Cornell University Press, 2010.

PICARD, Pierre M.; PIERETTI, Patrice. Bank secrecy, illicit Money and offshore financial centers. **Paolo Baffi Centre Research Paper Series**, n. 45, 2009.

POLLMANN, Elizabeth. A corporate right to privacy. **Minnesota Law Review**, vol. 99, n. 1, novembro/2014.

POSSAS, Silvia. Conhecimento e atividade econômica. **Economia e Sociedade**, Campinas, jun. 1997, p. 85-100.

PRADO, Luiz Regis. Tutela jurídico penal do sigilo das operações financeiras. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRICE WATER HOUSE COOPERS. **Tirando a fraude das sombras**: pesquisa global sobre fraudes e crimes econômicos 2018. Disponível em <https://www.pwc.com.br/pt/gecs2018.html>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

RAMONET, Ignacio. O escândalo Parmalat. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Editorial. Acervo online. 1 de fevereiro de 2004. Disponível em <https://diplomatique.org.br/o-escandalo-da-parmalat/>. Acesso em 01 de dezembro de 2020.

RAMOS, Giulia. **A cooperação jurídica internacional na prevenção à lavagem de capitais e o acesso a informações bancárias**. Relatório final de pesquisa de iniciação científica. São Paulo: FAPESP, 2017.

REALE, Miguel. Os direitos da pessoa e o sigilo bancário. In: _____. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-64.

REICHMAN, Nancy. Getting our attention. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010.

ROBERTS, Dorothy. The social and moral cost of mass incarceration in African American communities. **Stanford Law Review**, vol. 56, April 2004.

ROMANTINI, Gerson Luis. **O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a lei 9.613/98**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Economia, Campinas, 2003.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. **Revista dos Tribunais**, vol. 988, ano 107, p. 2553. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. In CUEVAS, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim? **Boletim IBCCRIM**, vol. 23, n. 74, setembro 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, pp.415-441, nov. 2013.

SAAD-DINIZ, Eduardo. RAMOS, Giulia. Tax compliance, crimes tributários e representação fiscal para fins penais. In CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). BRITTO, Lucas Galvão de; JUREIDINI, Karem (Org.). **Compliance no direito tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**, vol. 1, n. 01, 2021.

SAEZ, Emmanuel; ZUCMAN, Gabriel. **The triumph of injustice: how the rich dodge taxes and how to make them pay**. Nova York: W. W. Norton & Company, 2019, Epub.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2015. 327 p. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SCABORA, Filipe Casellato; DOS SANTOS, Flávio Felipe Pereira Vieira. O sigilo fiscal enquanto óbice ao combate da evasão tributária: contradições, ilegalidades e arbitrariedades na aplicação do instituto no Brasil. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, vol. 24, maio-junho, 2020.

SHAXSON, Nicholas. **Treasure islands**: uncovering the damage of offshore banking and tax havens. Londres: Palgrave Macmillan, Epub, 2011.

SHAXSON, Nicholas; CHRISTENSEN, John; MATHIASON, Nick. Inequality: you don't know the half of it (or why inequality is worse than we thought). **Tax Justice Network**. Reino Unido, 19 de julho de 2012. Disponível em https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Inequality_120722_You_dont_know_the_half_of_it.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2020.

SIEGEL, Dina. Secrecy, betrayal and crime. **Utrecht Law Review**, vol. 7, ed. 3, out. 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Buenos Aires: BdeF, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

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

SIMMEL, Georg; WOLFF, Kurt H. **The sociology of Georg Simmel**. Translated, edited and with a introduction by Kurt H. Wolf. Glencoe, Illinois: Fress Press, 1950.

SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, law and social control**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

SNIDER, Lauren. "This time we really mean it": cracking down on stock market fraud. In PONTELL, Henry N.; GEIS, Gilbert Geis (eds.). **International handbook of white-collar and corporate crime**. New York: Springer, 2007.

SOLTES, Eugene. **Why they do it**: inside the mind of the white-collar criminal. New York: PublicAffairs, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público**. Site institucional do Supremo Tribunal Federal. 28 de novembro de 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 1ª reimpressão, setembro de 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of Criminology**. Chicago: J.B. Lippincott, 1947.

TARBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. pp.03-16.

TAX JUSTICE NETWORK. **Financial secrecy index – 2020 results**. Disponível em <https://fsi.taxjustice.net/en/introduction/fsi-results>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

TAX JUSTICE NETWORK. **Ten reasons to defend the corporation tax: how the corporate income tax protects democracy and curbs inequality... and seven myths, busted**. Reino Unido, 15 de março de 2015. Disponível em https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/Ten_Reasons_Full_Report.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2020.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate criminal liability as third track. In BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (Edit.). **Regulating corporate criminal liability**. Cham, Switzerland: Springer International Publishing AG, 2014.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Corruption Perceptions Index 2019**. Disponível em https://images.transparencycdn.org/images/2019_CPI_Report_EN_200331_141425.pdf. Acesso em 04 de dezembro de 2020.

VAN DE BUNT, Henk. Walls of secrecy and silence: the Madoff case and cartels in the construction industry. **Criminology and Public Policy**, vol. 9, n. 3, August 2010.

VIRGOLINI, Julio. **Los delitos de cuello blanco: inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal**. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

WEXLER, Mark. N. Conjectures on the dynamics of secrecy and the secrets business. **Journal of Business Ethics**, v. 6, 1987, p. 469-480.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2015.

ZUCMAN, Gabriel. **La riqueza oculta de las naciones: cómo funcionan los paraísos fiscales y qué hacer con ellos**. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2015.

ZUCMAN, Gabriel. **The hidden wealth of nations: the scourge of tax havens**. Translated by Tereza Lavender Fagan. With a foreword by Thomas Piketty. Chicago: University of Chicago Press, Ebook, 2015.