

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Faculdade de Direito – Campus I

Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu*

Mestrado em Direito

Área de concentração: Novos paradigmas do Direito

Linha de pesquisa: Relações sociais e dimensões do poder

**OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NA REALIDADE DO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Marcelo Gonçalves

Prof. Orientador Doutor Márcio Renan Hamel

Prof. Co-orientador Doutor Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo, 18 de junho de 2020.

Marcelo Gonçalves

OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NA REALIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, campus I, área de concentração novos paradigmas do Direito, linha de pesquisa relações sociais e dimensões do poder, como requisito parcial à titulação como Mestre em Direito.

Prof. Orientador Dr. Márcio Renan Hamel

Prof. Co-orientador Dr. Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo, 18 de junho de 2020.

CIP – Catalogação na Publicação

G635p Gonçalves, Marcelo

Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro / Marcelo Gonçalves. – 2020.

198 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Renan Hamel.

Coorientador: Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2020.

1. Direito penal. 2. Compliance. 3. Corrupção.
4. Lavagem de dinheiro. I. Hamel, Márcio Renan, orientador.
II. Divan, Gabriel Antinolfi, coorientador. III. Título.

CDU: 343.53

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA REALIDADE DO
DIREITO PENAL BRASILEIRO”**

Elaborada por

MARCELO GONÇALVES

Como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Aprovada em: 18/06/2020

Pela Comissão Examinadora

Dr. Marcio Renan Hamel
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito

Dr. Gabriel Antinolfi Divan
Coorientador

Me. Edmar Viane Marques Daudt
Diretor Faculdade de Direito

Dr. Rogerio da Silva
Membro externo

Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner
Membro externo

UPF Campus I - BR 285 - KM 292,7 - São José
Passo Fundo - RS - CEP: 99052-900
(54) 3316 8100 - www.upf.br



Ao meu melhor amigo e eterno mestre (*in
memorian*).

AGRADECIMENTOS

Ao se chegar ao final de uma jornada, as pessoas que trilharam o caminho ao seu lado devem ser sempre lembradas. Assim, os agradecimentos vão a Deus, que na sua magnitude, possibilitou que tudo acontecesse.

Ao Professor Orientador Dr. Márcio Renan Hamel, um amigo, que aceitou o desafio de orientar uma pesquisa distante de sua área de conhecimento.

Ao Professor Co-orientador Dr. Gabriel Antinolfi Divan, que sempre estava pedindo “algo diferente” na conclusão, pois acreditava no potencial da pesquisa, e queria que fosse a melhor possível.

Ao programa de pós-graduação em Direito, *stricto sensu* da UPF, professores e colegas, pois todos de alguma forma contribuíram para essa pesquisa.

Aos meus sócios do Escritório de Advocacia, que compreenderam e ajudaram nas minhas ausências, entendendo a importância do Mestrado.

À minha família, que me estimulou a sempre continuar estudando e aprendendo, foi vendo minha mãe estudar para concurso, e em sua graduação, que criei o carinho pela pesquisa, aquela foi a semente, que gerou esse trabalho, e sempre serei grato por isso.

Por fim, à minha companheira Andressa, minha amiga, meu amor, que compreendeu os momentos de ausência, de extrema ansiedade e *stress*, e nunca deixou de apoiar e incentivar o meu trabalho.

A todos, o meu agradecimento especial.

“Há uma categoria de homens e mulheres jovens e fortes que querem dar a própria vida por algo. A propaganda faz essas pessoas irem atrás de carros e roupas de que elas não precisam. Gerações têm trabalhado em empregos que odeiam para poder comprar coisas de que realmente não precisam. – Não temos uma grande guerra em nossa geração ou uma grande depressão, mas na verdade temos, sim, é uma grande guerra de espírito. Temos uma grande revolução contra a cultura. A grande depressão é a nossa vida. Temos uma depressão espiritual.” (Tyler Durden, *Clube de Luta*, Chuck Palahniuk – p. 186).

“Estabilidade – disse o Administrador – Estabilidade. Não há civilização sem estabilidade social. Não há estabilidade social sem estabilidade individual.” (Aldous Huxley, *Admirável Mundo Novo* – p. 63).

“[...] Não aprovo isso de jeito nenhum. Olho por olho, é o que eu digo. Se alguém bate em você, você revida certo? Então porque o Estado, já severamente espancado por vocês, vândalos brutais, por que ele não revida? Mas a nova visão diz que não. A nova visão diz que transformemos o mau em bom. O que me parece tremendamente injusto.” (Anthony Burgess, *Laranja Mecânica* – p. 95).

RESUMO

O direito penal sofreu com muitas mudanças pela influência da sociedade de risco. Mais uma vez foi provado que a legislação criminal não estava pronta para atender algumas demandas da contemporaneidade, dentro delas, a pela prevenção de riscos. A proposta da pesquisa, portanto, é identificar se os programas de *compliance* são um instrumento de prevenção do direito penal de sociedade de risco, e para que (ou a quem) serve. A ideia de *compliance* ganhou muita força nos últimos anos, diante dos recentes escândalos financeiros, desde o caso *Enron* até a “Operação Lava-jato”, sendo importante o estudo teórico do instituto. A temática está encaixada na linha de pesquisa “Relações Sociais e Dimensões do Poder”, na questão vinculada aos estudos da democracia no paradigma do Estado Constitucional contemporâneo, com ênfase nas respectivas garantias negativas e positivas em termos de políticas criminais. O método de pesquisa utilizado foi o fenomenológico, no qual será realizada a identificação de um fenômeno, no caso as mudanças da contemporaneidade pela aceção da sociedade de risco, e seus reflexos no direito penal e na criminalidade dos poderosos. O método de abordagem é o bibliográfico, com o uso de obras, jurisprudência, notícias e artigos publicados em periódicos, vinculados à temática. No primeiro capítulo, na esteira de Beck, Giddens e Bauman, será realizada uma tentativa de leitura da contemporaneidade, através de 05 (cinco) elementos: o medo, a velocidade, o consumo, a globalização e o risco; após, serão analisados os reflexos da noção de risco no Estado nação soberano contemporâneo, e sua crise. No segundo capítulo, o estudo se voltará para a análise do mercado e da empresa, a criminalidade dos poderosos, uma marca do direito penal da sociedade de risco, e a noção de Estado Regulador e Autorregulação Regulada. Por fim, no terceiro capítulo, os reflexos da sociedade de risco no direito penal serão objetos de reflexão, tentando compreender como a noção de risco pode legitimar um discurso hegemônico de dominação, gerando um paradoxo na lógica liberal de mercado. Após, diante de um processo de internacionalização do direito penal, será feito um estudo de marcos legais, nacionais e estrangeiros, sobre lavagem de capitais, corrupção e *compliance*; para, ao final, analisar-se as estruturas dos programas de integridade dentro das empresas, em seus elementos exigidos pela Lei Federal n. 9.613/1998, pela Lei Federal n. 12.846/2013 e pelo Decreto n. 8.420/2015. Considerando os programas de integridade não estão inseridos em uma legislação penal, pelo simples fato que, embora a lei utilize de conceitos criminais, não criam tipos penais, o *compliance* no Brasil não pode ser considerado como um instrumento de prevenção criminal, podendo ser considerado como mais uma engrenagem de manutenção de um *status a quo*, e não necessariamente uma mudança de paradigma.

Palavras-chave: *Compliance*. Corrupção. Lavagem de capitais. Penal. Risco.

ABSTRACT

The criminal law undergoes many changes due to the influence of the risk society. Once again it was proved that criminal legislation was not ready to meet some contemporary demands within them for risk prevention. The research proposal, therefore, is to identify whether compliance programs are an instrument for preventing risk society criminal law and for whom (or who) it serves. An idea of compliance has gained a lot of strength in recent years, given the latest financial scandals, from the Enron case to the "Carwash Operation", being an important theoretical study of the institute. The theme is integrated in the research line "Social Relations and Dimensions of Power", in the issue linked to studies of democracy without paradigm of the Contemporary Constitutional State, with emphasis on negative and positive guarantees in terms of criminal policies. The research method used was phenomenological, it will be executed as identification of a phenomenon, in case of alteration of contemporaneity by the acceptance of risk society, and its consequences in the criminal law and criminality of users. The method of approach is the bibliographic, with the use of books, jurisprudence, news and articles published in journals, linked to the theme. In the first chapter, in the wake of Beck, Giddens and Bauman, an attempt will be made to read the contemporary, through 05 (five) elements: fear, speed, consumption, globalization and risk; then, the reflexes of the notion of risk in the contemporary sovereign national State and its crisis will be analyzed. In the second chapter, the study focuses on market and company analysis, the criminality of powers, a mark of the criminal law of the risk society, and the notion of Regulatory State and Regulated Self-Regulation. Finally, in the third chapter, the reflections of the risk society in criminal law will be object of reflection, trying to understand how the notion of risk can legitimize a hegemonic discourse of domination, generating a paradox in the liberal logic of the market. Following a process of internationalization of criminal law, a study will be made of national and foreign legal frameworks on money laundering, corruption and compliance; finally, to analyze the structures of integrity programs within companies, in their elements required by Federal Law no. 9,613/1998, by Federal Law no. 12,846/2013 and by Decree no. 8,420/2015. Considering that integrity programs are not part of a criminal law, for the simple fact that, although the law uses criminal concepts, they do not create criminal types, compliance in Brazil cannot be considered as an instrument of criminal prevention and can be considered as more a gear of maintaining a *status a quo*, not necessarily a paradigm shift.

Key-words: Compliance. Corruption. Money Laundering. Punishment. Risk.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1) O risco como elemento da sociedade contemporânea	15
1.1.) Novos conceitos da sociedade contemporânea	15
1.2.) O paradigma do risco	33
1.3.) As influências do conceito de risco no Estado contemporâneo	46
2) A empresa como centro da atividade econômica	61
2.1.) A liberdade de mercado e a empresa	61
2.2.) A criminalidade empresarial	76
2.3.) A autorregulação da empresa	97
3) Compliance e o risco criminal	108
3.1.) Risco e Direito Penal: os fundamentos do criminal compliance.....	109
3.2.) A expansão da legislação penal na sociedade de risco	133
3.3.) Os programas de <i>compliance</i> nas empresas	150
CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS	176

INTRODUÇÃO

A realidade contemporânea é difícil de ser compreendida. Está-se vivendo em uma época complexa, com anseios e necessidades novas. Muitos autores propõem muitas leituras, tentando entender o momento atual.

A humanidade nunca esteve tão livre, com tanta fartura, acesso a conhecimento e potencial de comunicação. Todavia, pessoas passam fome, são presas injustamente, e vivem numa bolha de ignorância, que não é criada por elas. Chegam as eleições, e ditos liberais defendem mais Estado punitivista, e menos Estado interventor na economia, restando o paradoxo sobre qual futuro está sendo criado.

O medo é um grande catalisador de energia, para manipulação de massas, e tendências globais. O medo é um produto de consumo, que vai gerar ansiedade, e demandas a serem supridas. Infelizmente, o Estado não consegue atender essas necessidades, e o medo passa a ser explorado pelo mercado, em sua lógica de busca incessante pelo lucro.

Na esteira de Ulrich Beck (1944-2015), a proposta dessa pesquisa é identificar um pano de fundo, do qual exsurge o direito penal da sociedade de risco, que vai criar o ambiente necessário para a origem dos denominados programas de *compliance*. A tentativa de teorização da pesquisa, não é identificar elementos, características, ou realizar a retomada histórica dos programas de integridade (denominação brasileira para o *compliance*), mas compreender de qual realidade a ideia de autorregulação veio, e a que (ou a quem, talvez) serve.

O *compliance* é uma das bases para a confiança da população no sistema econômico de um país, pois dele decorre obrigações de agir conforme a Lei, mesmo que essas já existam em qualquer regime legalista. O *compliance* cria obrigações de fiscalização e denúncia, delegando ao privado, um papel que o Estado não pode mais cumprir. Isso porque, existe uma cifra da criminologia, a criminalidade dos poderosos, que o direito penal possui muitas dificuldades de alcançar.

Além disso, pode ser situado como um instrumento da noção de Estado regulador, como um paradigma contemporâneo de intervenção estatal na economia. Ao mesmo tempo em que pode ser utilizado como uma forma de acobertamento de ilícitos, gerando incertezas.

A ideia de *compliance* ganha força no Brasil pela repercussão da “Operação Lava-jato”, cuja crise institucional da estatal de petróleo brasileiro, poderia ter sido evitada (em tese) por um eficiente sistema de *compliance*, o qual, notoriamente, não existia na prática. Ainda, a ausência de sistemas de controle interno contra a corrupção, nas empreiteiras envolvidas, também, é perceptível pelos noticiários.

Do caso *Enron* (maior escândalo de corrupção privada dos Estados Unidos da América), à “Operação Lava-jato”, a importância dos sistemas de *compliance* para a confiança das empresas no sistema econômico é *in re ipsa*. O que deve ser somado, ainda, às respostas legislativas em países estrangeiros, de economias mais desenvolvidas, com destaque para o *FCPA - Foreign Corrupt Practices Act* (legislação dos Estados Unidos da América do Norte), cujas rígidas regras de controles internos são aplicadas para todos (estrangeiros e nacionais) que negociam capital estadunidense; e o *UK Bribery Act*, que é a Lei de *compliance* do Reino Unido.

O Brasil, acompanhando a tendência internacional, enrijeceu a legislação antilavagem de dinheiro com as alterações da Lei nº 12.683/2012, que modificou os artigos 9º, 10º, e 11, da Lei nº 9.613/1998, criando obrigações de *compliance* para vários setores propensos à lavagem de dinheiro.

A Lei 12.846/2013, que foi apelidada de “Lei Anticorrupção” e seu respectivo decreto regulamentador nº 8.420/2015, também são reações legislativas que visam a instituição da cultura de *compliance* no Brasil, bem como o controle de risco da corrupção e de lavagem de capitais, por meio do direito penal preventor.

Ademais, dentro da “Agenda 2030”, da ONU (Organização das Nações Unidas), um dos “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável” é a redução da corrupção em todas as suas formas, de maneira a “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Por fim, não se pode olvidar que o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública elencou, como prioridade do atual governo, o combate à corrupção e a lavagem de dinheiro. Isso denota, portanto, que o tema ganha especial importância nos rumos das políticas de segurança públicas que serão adotadas a nível nacional.

A temática está encaixada na linha de pesquisa “Relações Sociais e Dimensões do Poder”, na questão vinculada aos estudos da democracia no paradigma do Estado Constitucional contemporâneo, com ênfase nas respectivas

garantias negativas e positivas em termos de políticas criminais, o papel dos novos sujeitos sociais que se inserem nessa nova forma de Estado e de Constituição, entre outros aspectos.

O método de pesquisa utilizado é o fenomenológico, no qual será realizada a identificação de um fenômeno, no caso as mudanças da contemporaneidade pela aceção da sociedade de risco, e seus reflexos no direito penal e na criminalidade dos poderosos. O método de abordagem é o bibliográfico, com o uso de obras, jurisprudência, notícias e artigos publicados em periódicos, vinculados à temática.

Através do diálogo entre Ulrich Beck, Anthony Giddens (1938-) e Zygmunt Bauman (1925–2017), será feito no primeiro capítulo, uma tentativa de leitura da contemporaneidade, tendo como um paradigma a sociedade de risco, conforme proposto por Beck. Nesse aspecto, serão elencados 05 (cinco) elementos da atualidade: medo, velocidade, consumo, globalização e risco.

O medo é algo antigo, que acompanha a humanidade desde seus primórdios. A velocidade é a pressa do momento atual, tudo deve ser instantâneo e descartável, nada pode demandar tempo e dedicação. O consumo é a inversão do modelo capitalista de produção e trabalho: antes o mundo era focado no processo produtivo, com as grandes indústrias como provedoras de longos empregos, que garantiram a estabilidade de uma geração por toda a vida; atualmente, o consumo rápido e instantâneo, inverteu a lógica de mercado. Agora, ao invés do emprego longo e estável, é o caos que é lucrativo: todo mês deve haver uma nova tendência, que força o indivíduo a comprar, sob pena de ser inadequado, e ninguém quer estar fora da comunidade. Essa lógica do consumo veloz, com o estímulo através do medo da exclusão, é uma das características que regem a contemporaneidade.

A globalização é um dos movimentos sócio-políticos mais complexos dos últimos tempos, influenciou o mercado, a cultura, a forma como as pessoas encaram o mundo. Hoje não é difícil comprar um produto importado, ou ter acesso a alguma obra de entretenimento estrangeira. No aspecto político, a globalização rompeu com a ideia de divisa e fronteira, que acabou abalando o poder soberano dos Estados Nação, que, sedentos por empregos aos eleitores das lideranças, submeteram-se as vontades da megacorporações multinacionais. A consequência é um ambiente de extrema troca e circulação de capital, que quanto mais descontrolado, mais beneficia as grandes corporações, prejudicando o Estado Nação soberano, que se vê

obrigado a ceder, sob pena da debanda das empresas que são geradoras de emprego e renda.

Por fim, o risco, que é uma combinação, e também uma consequência, dos elementos acima elencados. O risco deve ser olhado por uma ótica inversa, que é a busca pela estabilidade. Com efeito, o mundo está situado em uma época com muitos riscos, geradores de incerteza e inconstância, e o Estado e o direito penal são demandados como um instrumento mantenedor de certezas, sendo aqui que entram os programas de *compliance*.

O segundo capítulo voltar-se-á ao estudo da liberdade de mercado e a empresa, avançando pela responsabilidade penal da pessoa jurídica e culminando em um conceito denominado autorregulação regulada.

O capitalismo melhor se mantém no liberalismo, que é um modelo econômico de ampla liberdade, e baixa intervenção estatal. Contudo, a contemporaneidade fica em meio a um paradoxo, pois possui dificuldades em lidar com o risco gerado pelas liberdades, mas não quer a intervenção Estatal extrema. Por isso, que é importante o estudo da liberdade de mercado, para a compreensão sobre como o Estado pode intervir na economia, sem macular o liberalismo.

Sutherland (1883–1950) contribuiu muito para o estudo, pois é dele que vem a expressão “criminosos de colarinho branco”. Esses criminosos pertenceriam a uma cifra esquecida da criminologia, pois ele não é o criminoso tradicional, vinculado à desigualdade social. Na realidade, esses são os criminosos que não precisam do crime para viver, pois pertencem a um estrato social mais abastado, geralmente vinculados a grandes corporações, mas que mesmo assim cometem crimes, geralmente através de pessoas jurídicas.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma questão tormentosa na doutrina brasileira, e estrangeira. Seja pela dificuldade de aferição do dolo da conduta, seja por uma questão essencial do direito penal, que é a pena privativa de liberdade, absolutamente inaplicável às empresas, pois são entes ideais, de existência abstrata. No entanto, existem algumas teorias, que buscam sanar algumas controvérsias, embasando o estudo.

Por derradeiro, a compreensão da ideia de Estado Regulador, conforme proposto por Bresser-Pereira (1934), em que o Estado saberia exatamente o seu lugar. Nessa proposta, o Poder Público ficaria distante da economia, e somente

interveria no mercado, em extrema necessidade, e em pontos indispensáveis, mantendo a liberdade, ao mesmo tempo em que regula o controle.

Existem algumas divergências se os programas de *compliance* são um instrumento de direito penal, ou do direito administrativo sancionador, como um instrumento de regulação de mercado. Assim sendo, é necessário compreender como o direito penal mudou pela influência de alguns elementos que estão presentes na sociedade de risco, conforme proposto por Beck.

O objeto do terceiro capítulo, portanto, é entender como o direito penal reage quando vilipendiado em suas arrogâncias, sendo a maior delas, imaginar que terá as respostas e as soluções para todos os crimes. A sociedade de risco pressiona o direito penal a ser mais rápido e eficiente, em desprezo das garantias constitucionais. Afora isso, usa do medo, como um instrumento de desconfiança, como se as instituições de controle apenas estivessem esperando o indivíduo cometer um erro, que pode ocasionar um crime, mas puni-lo de imediato, para evitar o resultado.

A pesquisa, nesse ponto, utiliza da ideia de “feridas narcisísticas”, conforme proposto por Salo de Carvalho, a fim de identificar que Sutherland propôs a despatologização do criminoso, quando provou a existência de “crimes de colarinho branco”. Diante disso, foi possível constatar que há uma parte de criminosos poderosos, que não são punidos, não importando o rigor do direito penal, uma cifra sempre fica de fora das instituições punitivas. Essa situação gera um cenário de hegemonia de uma classe, que manipula a economia mundial, sendo um vetor de desigualdade social e opressão.

Assim, através do proposto por Vincenzo Ruggiero (1950-), são analisadas algumas características dos criminosos poderosos, na tentativa de criar um padrão teórico, para desenvolvimento da pesquisa. Após, são utilizadas as contribuições de Rigakos (1960-) sobre a formação de instituições de segurança privada, as denominadas “parapolícia”, que seria uma estrutura paraestatal de segurança. É impossível não perceber a proximidade entre os programas de *compliance* e a noção de “parapolícia”. Rigakos, também, irá referir sobre a criação de uma realidade hegemônica, através dos ditames da sociedade de risco. Na tentativa de criar um estado pacífico, de absoluto controle, as instituições podem ser transformadas em instrumentos de repressão.

A circulação de riquezas, a nível mundial, é um marco da globalização e da contemporaneidade, e o controle dos fluxos financeiros é uma necessidade decorrente da sociedade de risco. O direito penal contemporâneo é internacional, e as políticas antilavagem de dinheiro também são. Então, é feito o estudo de marcos legislativos, nacionais e internacionais, sobre crimes vinculados a circulação de riquezas, e manipulação do poder público (lavagem de dinheiro e corrupção, principalmente).

Por fim, resta o estudo dos programas de *compliance* nas empresas, objeto derradeiro do terceiro capítulo. As estruturas dos programas de integridade são baseadas em um paradigma ético de adoção de boa conduta, haja vista que a Lei Federal n. 12.846/2013, e o Decreto 8.420/2015, não versam sobre direito penal, mas não deixam de pegar conceitos criminais, e permitir que pessoas respondam criminalmente por conduta nela elencadas.

Por outro lado, os programas de *compliance* confiam nas empresas a sua funcionalidade. Isso inserido numa realidade de poder outorgado às grandes corporações pode transformar os programas de integridade em mais uma engrenagem de manutenção do *status a quo*, de absoluto poder do privado sobre o público.

1) O risco como um paradigma da sociedade contemporânea

O risco é um fato da contemporaneidade. A sociedade atual é extremamente complexa e preocupada com o futuro, o que eleva a temática do risco a um nível superior, ao considerado em tempos passados. Assim, o risco pode ser concebido como um paradigma de leitura da contemporaneidade.

Logo, será preciso analisar quatro elementos de compreensão da contemporaneidade: medo, velocidade, consumo e globalização; visto que são caracteres do momento atual da humanidade. Um quinto elemento, também, será estudado, em alguns momentos como uma combinação dos primeiros quatro elementos, e, em outras oportunidades, como uma característica autônoma da contemporaneidade, que é o risco.

Uma vez assentada uma possível interpretação da contemporaneidade, através do estudo do risco, será discutido como esse paradigma influencia no papel do Estado, na sociedade hodierna. Isso porque, é vislumbrável uma fragilização da soberania dos Estados-Nação, que deve ser devidamente estudada, para fixar os conceitos basilares dessa pesquisa.

A proposta não é recriar ou revisitar o conceito de Estado e sociedade. Contudo, é incontroverso que o mundo mudou, e um dos elementos atuais é o risco, que é mais palpável quando visualizado sob o vértice da estabilidade. Um mundo estável é um mundo sem riscos, e é esse aspecto que será estudado.

1.1.) Novos elementos da sociedade contemporânea

A sociedade contemporânea não é a mesma que a do século passado. A revolução tecnológica, a quebra de velhos paradigmas, a mudança das relações familiares e individuais, a concepção dos direitos humanos; tudo trouxe novos elementos de compreensão da sociedade atual.

A modernidade não admite uma conceituação única, o que existe são leituras de certos elementos da contemporaneidade, que permitem sejam extraídas conclusões, sobre determinado ponto. Nessa perspectiva, talvez, a única conclusão admissível é que a contemporaneidade é complexa. A partir da assunção dessa ideia de complexidade, é possível a apreensão não reducionista da atualidade.

A sociedade contemporânea vive uma sensação geral de insegurança¹. A insegurança contemporânea é caracterizada pelo medo da criminalidade, visto a dificuldade de confiar no outro e o aumento das suspeitas sociais². Segundo Divan³, o cenário atual é de um embate entre o controle e o imprevisto, entre a capacidade de previsão e a incerteza, entre o risco e a estabilidade.

Para Divan⁴, esse confronto de dúvida e certeza leva a uma nova forma de utilização dos “espaços públicos”. Antes um ambiente comunitário e de encontro, os espaços públicos tornaram-se um universo austero e rígido, amplamente vigiados, alterando a sua função. Assim, rotinas sociais são modificadas e reduzem o papel “publicista” desses espaços, gerando um ambiente “privatista”, baseado no absoluto controle.

O esvaziamento desses espaços públicos vai transformando a sociedade em vários aspectos, que esterilizam a vida em comunidade e estimulam o individualismo, criando uma realidade “cercada” e excludente⁵. Segundo Divan, a nova estratégia de controle da esfera pública alcança vários setores da vida política:

Em todos os aspectos da vida *política* se verificam traços dessa “nova” estratégia de lidar com a “publicidade”: o encastelamento, o encapsular das relações, dos interesses e dos *medos* em um ambiente de proteção análogo a uma *redoma* que visa afastar a *surpresa*, o *incerto* e lega para a “esfera” pública um vazio e/ou um desdém⁶.

A realidade contemporânea, sob a ótica do risco/medo, é do encarceramento, para fuga dos riscos, deixando a dúvida e a incerteza para o lado de fora, caso contrário, o futuro poderá ser prejudicado. Segundo Pascal Bruckner⁷, a humanidade, após o renascimento, foi marcada pelo individualismo, situação que

¹ TAMBORLIN, Fábio Augusto. SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de Risco e a Democratização da Gestão de Riscos. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015. P. 15.

² BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. P. 16.

³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre, RS: Elegância Juris, 2015.

⁴ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**.

⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. P. 402.

⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. P. 403.

⁷ BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. *In*. MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *et. al.* **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo**. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Pyaget, 1996.

gera uma sensação de insegurança. A liberdade é um fardo muito pesado a ser carregado, o que leva às demandas para o controle, visto que a sociedade individualista, segundo o autor, está sempre buscando formas de não assumir a responsabilidade pelas consequências de seus atos.

Bruckner⁸ refere que: “[...] o homem moderno está submetido, durante toda a sua vida, ao tribunal permanente constituído pelos outros. O problema é que este tribunal é flutuante, muda constantemente. [...]”, ou seja, o homem é constantemente julgado por tribunais diferentes. Acontece que, de fato, a modernidade é líquida⁹, metáfora que é utilizada para definir a contemporaneidade. Em apertada síntese, a modernidade é fluída, e pode mudar de forma a todo o tempo, mantendo a mesma matéria. Essa analogia é, sob uma perspectiva, muito ampla, porém, ao ser feito o processo de decantação da ideia, serão localizados os elementos que influenciam uma possível leitura da contemporaneidade.

Dentre vários elementos que podem ser considerados para a compreensão da contemporaneidade, cinco serão relevantes para esse estudo: o medo como marca da contemporaneidade; velocidade, consumo e globalização; por fim o risco (o qual decorre do medo, e será dedicado um subcapítulo próprio para a análise do tema).

O medo é um elemento presente na humanidade desde os primórdios de sua existência. O medo existia em várias formas, começando pelo do escuro (da noite), fogo, tempestades, todos na sua forma mais rústica. Diante disso, a segurança se torna a base de formação da sociedade humana, como bem assenta Jean Delumeau¹⁰: “[...] A necessidade de segurança é, portanto, fundamental; está na base da afetividade e da moral humanas. A insegurança é símbolo de morte, e a segurança é símbolo de vida. [...]”.

O medo, ainda conforme Jean Delumeau¹¹ é uma questão basilar na humanidade, pois o processo de formação de comunidades foi com o objetivo de uns aos outros se protegerem, contra ameaças externas. Acontece que, ao mesmo

⁸ BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. *In*. MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *et. al. A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo*. P. 52/53.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

¹⁰ DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada**. Tradução de Maria Lucia Machado; As notas traduzidas por Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. P. 23.

¹¹ DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada**.

tempo em que a contemporaneidade abandonou velhos medos, com ela veio muitos outros, que são ainda piores. Uma catástrofe ambiental é muito mais temida do que em tempos antigos, o medo constante de uma nova “Chernobyl”, o temor de uma crise econômica, desemprego, guerra, terrorismo, pobreza. Segundo Zygmunt Bauman:

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrado em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la para ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance¹².

A contemporaneidade passa a ser marcada pela contenção dos medos que ela mesma criou. As promessas não cumpridas da modernidade geram uma sensação de insucesso no ser humano. Os tempos atuais, às vezes, são considerados fracassados, porque a humanidade ainda enfrenta problemas primários como a fome, a falta de acesso à água e instalações sanitárias, condições de vida minimamente adequadas, entre outras deficiências que marcam uma era de progresso tecnológico constante, e desenvolvimento econômico nunca antes testemunhado.

Bauman¹³ refere que um dos mais sinistros e doloridos problemas contemporâneos pode ser sintetizado pela expressão alemã *Unsicherheit*, que funde a trinca dos medos atuais: incerteza, insegurança e falta de garantia. Cada vértice representa um ponto que permeia o medo e o risco.

O *Sicherheit* representa, portanto, segurança, certeza e garantia. A segurança é vinculada a uma ideia de confiança, configurada pela manutenção de que o que você possui, será mantido em seu poder. A certeza é ter discernimento entre o razoável e o tolo, ou seja, ter conhecimento o suficiente para tomar as decisões corretas. Por fim, a garantia é no sentido de que se a conduta for de certa maneira, o resultado está salvaguardado, como uma certeza matemática¹⁴.

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. P. 8.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. P. 13.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. P. 25.

Esses três elementos geram autoconfiança difusa na comunidade, e a ausência, ou carência, de um deles, dissipa essa autoconfiança e faz com que a sociedade busque bodes expiatórios, como o terrorismo ou a violência urbana¹⁵. O *Unsicherheit* gera uma vida insegura, visto que todos os indivíduos compartilham anseios e angústias¹⁶, hoje não é um indivíduo que possui medo e insegurança, todos estão na mesma situação.

O individualismo é potencializado nesse cenário. Os muros que outrora eram construídos em torno das cidades, passam a fazer parte dos núcleos individuais e são construídas barreiras internas:

Os medos contemporâneos, os “medos urbanos” típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se os “inimigos interiores”. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade da fortaleza da cidade como um todo – com propriedade coletiva e garante coletivo da segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guardas bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar o concidadão indesejado [...]¹⁷.

O medo, na modernidade líquida também é líquido. Ou seja, existe, e sua origem é determinável, porém sua forma é incerta. A incerteza e a insegurança passam a dominar a contemporaneidade, porém, das duas, a pior é a incerteza. Isso porque, as pessoas passam a conviver constantemente com medo, o que gera uma sensação de total impotência:

[...] A insegurança e a incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: não parecemos mais estar no controle, seja sozinho, em grupo ou coletivamente, dos assuntos de nossas comunidades, da mesma forma que não estamos no controle dos assuntos do planeta – e nos tornamos cada vez mais conscientes de que não é provável que nos livremos da primeira desvantagem enquanto permitimos que a segunda persista. Para piorar ainda mais nossa situação, carecemos das ferramentas que poderiam permitir que nossa política se elevasse ao nível em que o poder já se estabeleceu, possibilitando-nos, assim recapturar e recuperar o controle sobre as forças que moldam nossas opções assim como traçar os limites de

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. P. 25.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. P. 31.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. P. 55.

nossa liberdade de escolha: o tipo de controle que atualmente escapou – ou foi tirado – de nossas mãos¹⁸.

O descontrole é absoluto. Surge assim uma angústia individual de conter os seus próprios medos, que contaminará o coletivo. A mentalidade coletiva é constantemente afetada por uma sensação geral de insegurança, em que todos possuem medo de todos, e começam a ser criados mecanismos de controle.

As pessoas levam seus filhos a *shopping centers* onde haverá a garantia de que as crianças estarão constantemente vigiadas, seja por seguranças do estabelecimento, ou por câmeras. Várias cidades do mundo estão instalando, ou já instalaram, complexos sistemas de vigilância perenes para coibir a ocorrência de crimes. Os cidadãos entregam parcelas de sua liberdade, em nome da segurança.

Outra forma é o isolamento. A partir do momento que surgem critérios de seguro e inseguro, surgem pessoas que representam riscos (o delinquente, o negro, o morador da favela, entre outros), estereótipos discriminatórios, estabelecidos por critérios absurdos e sem embasamento algum, mas existentes. Disto decorre a preocupação de se manter na parcela segura da sociedade, e jamais ser confundido com a parcela perigosa da comunidade:

É por essa dupla razão - proteger-nos dos perigos e de sermos classificados como um perigo - que temos investido numa densa rede de medidas de vigilância, seleção, segregação e exclusão. Todos nós devemos identificar os inimigos da segurança para *não sermos incluídos entre eles*. Precisamos acusar para sermos absolvidos, excluir para evitarmos a exclusão. Precisamos confiar na eficácia dos dispositivos de vigilância para termos o conforto de acreditar que nós, criaturas decentes que somos, escaparemos ilesos das emboscadas armadas por esses dispositivos - e que assim seremos reinvestidos e reconfirmados em nossa decência e na adequação de nossos métodos. [...]¹⁹.

Contudo, o medo na esfera individual é compreensível e passível de contenção. Basta construir muros, colocar cercas elétricas e contratar a empresa de segurança mais cara, que estará protegido dentro de sua casa. O medo, na contemporaneidade, portanto, é um elemento de consumo²⁰, porquanto a mídia, os mercados, alimentam os medos, como estratégias para garantir os consumidores. O

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. P. 157.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. P. 73.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a. P. 79.

próprio Bauman²¹, em outra obra, refere que o medo faz parte da cultura popular. O Estado assume um papel nesse cenário de total incerteza, como desenvolve o sociólogo polonês:

Desde o início, o Estado moderno teve de enfrentar a tarefa desencorajada de administrar o medo. Foi obrigado a tecer de novo a rede de proteção que a revolução moderna havia destruído, e repará-la repetidas vezes, à medida que a modernização, promovida por ele mesmo, só a deformava e a desgastava. Ao contrário do que se é levado a pensar, no coração do “Estado Social” – êxito inevitável da evolução do Estado moderno – havia mais *proteção* (garantia coletiva contra as desventuras individuais) que *redistribuição de riqueza*. Para as pessoas desprovidas de recursos econômicos, culturais ou sociais (de todos os recursos, exceto da capacidade de realizar trabalhos manuais), “a proteção só pode ser coletiva”²².

O Estado é demandado, portanto, a entender os anseios de segurança de toda a coletividade, e dos indivíduos que não possuem condições de adquirir a própria segurança. O Estado contemporâneo deixa de ser o mesmo, visto que ele deve respeitar as liberdades individuais, porém deve poder interferir na esfera privada para conter um risco. Ao mesmo tempo, lida com a submissão a globalização, e aos novos poderes de dominação, sobrecarregando o Estado:

[...] A desregulamentação das forças de mercado e a submissão do Estado à globalização “negativa” unilateral (ou seja, globalização dos negócios, do crime ou do terrorismo, mas não das instituições políticas e jurídicas capazes de controlá-los) precisam ser pagas, e *diariamente*, na moeda de ruptura e devastação social: da fragilidade sem precedentes dos vínculos humanos, transitoriedade das lealdades comunitárias e debilidade e revogabilidade de compromissos e solidariedades – cujas consequências sobrecarregam os governos dos Estados com um fardo que não é menor que o das tarefas relacionadas ao estabelecimento, à manutenção e à operação diária do Estado social. É a *normalidade* permanente, e não as ocasionais falhas dos mercados desregulamentados e da globalização negativa, que estimula o crescimento, a um ritmo cada vez maior, das contas sociais que os governos se veem obrigados a pagar²³.

O Estado infla para atender demandas que não são totalmente suas. Medos que não são criados por ele, mas os governos são obrigados a eliminar, ou, ao menos mitigar. O temor aqui, não pode ser visto sob a perspectiva individual, ou seja, medo de ser assaltado, medo de morrer; o pavor é do desemprego, de não ter

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Leonidas Donskis. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2014. P. 117.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. P. 17.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. P. 175/176.

sua própria casa, de uma crise econômica, de um atentado terrorista, da ascensão de um regime de governo opressor. O medo que o Estado deve conter é o medo dele mesmo.

Bauman²⁴ esclarece que os mecanismos por trás da fabricação de incertezas e insegurança são altamente globalizados, e indiscerníveis. Os governos não podem garantir certeza, para o futuro, mas pode lançar mão de efeitos simbólicos, e se esforçar ao máximo para combater os inimigos visíveis e concretos, como o delinquente ou o imigrante que vem tomar os empregos do nacional, levando a cabo guerras e confrontos.

François Ost²⁵, em sua obra “O tempo do Direito”, afirma que a contemporaneidade é um momento crítico, no qual tudo está submetido ao questionamento, ou melhor, ao requestionamento. Esse ponto, que será aprofundado na análise do risco, é relevante porque o questionamento acentua o grau de incerteza, e é exatamente o medo que leva a tantas indagações, é essa celeuma entre ordem e caos que marca o contemporâneo.

O medo é o combustível da contemporaneidade. O anseio pela redução do incerto, e o aumento da segurança é o que estabelece quase todas as medidas adotadas pelos governos. Os programas sociais devem existir com o objetivo de reduzir a pobreza e a desigualdade, para que as consequências dessa mazela social, não continuem a prejudicar a humanidade; o desenvolvimento deve ser sustentável para garantir a existência de um planeta em se viver, e assim por diante.

Bauman parafrasea Freud, na obra “O mal-estar na pós-modernidade”, nesse sentido, o mal-estar da pós-modernidade estaria na troca de liberdade pela segurança coletiva²⁶. Bauman irá identificar que o anseio maior da modernidade é a constância:

[...] As utopias modernas diferiam em muitas de suas pormenorizadas prescrições, mas todas elas concordavam em que o “mundo perfeito” seria um que permanecesse sempre idêntico a si mesmo, um mundo em que a sabedoria hoje aprendida permaneceria sábia amanhã e depois de amanhã, e em que as habilidades adquiridas pela vida conservariam sua utilidade para sempre. O mundo retratado nas utopias era também, pelo que se esperava, um mundo transparente – em que nada de obscuro ou

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. P. 57/58.

²⁵ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Éditions Odile Jacob, 1999.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. P. 10.

impenetrável se colocava no caminho do olhar; um mundo estragasse a harmonia; nada “fora do lugar”; um mundo sem “sujeira”; um mundo sem estranhos²⁷.

A busca pela pureza passa a ser uma marca da “pós-modernidade” de Bauman. O autor²⁸ afirma que a sociedade contemporânea busca constantemente se livrar de elementos impuros, que tragam caos a constância da ordem, demandando, inclusive, do Estado para a pureza.

A sociedade deve ser livre de tudo que pode trazer a incerteza e a insegurança. O diferente se torna errado, o novo, se não vier para facilitar, não será bem-vindo. As engrenagens da sociedade devem estar permanentemente lubrificadas e funcionando. O poder punitivo do Estado passa a ser a expressão diária da meta pureza:

A busca da pureza moderna expressou-se diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas; a busca da pureza pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos indolentes. Em ambos os casos, a “impureza” no centro da ação punitiva é a extremidade da forma incentivada como pura; a extensão até os limites do que devia ter sido, mas não podia ser, conservou-se em região fronteira; o produto-refugio, não mais do que uma mutação desqualificada do produto, passou como se fosse ao encontro dos modelos²⁹.

O ponto de vista social é o aspecto mais evidente da busca por pureza com os mecanismos estigmatizadores excludentes que existem na contemporaneidade. A sociedade pura é a livre de incerteza, e das formas de caos na ordem. Assim, tudo que afetar a normalidade é repudiado, e deve ser contido de qualquer forma, especialmente, pelo Estado, mesmo que isso custe um pouco da liberdade.

Dentro desse cenário, é passível de constatação de um novo mecanismo de exclusão social que é o consumo. Na modernidade sólida, para seguir na metáfora de Bauman³⁰, a sociedade era de produtores, cuja maior satisfação residia na segurança e planejamento em longo prazo; a certeza de uma aposentadoria estável e sem dívidas, com os filhos prontos para encarar o mundo, devidamente graduados e com empregos igualmente seguros.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. P. 21.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. P. 26.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. P. 43.

O ambiente líquido-moderno não permite o longo prazo, tudo deve ser instantâneo, consumido na hora. Segundo Bauman:

Na sociedade de produtores, a advertência que provavelmente mais se ouvia depois de um falso começo ou uma tentativa fracassada era “tente outra vez, mas agora de modo mais árduo, com mais destreza e dedicação” – mas não na sociedade de consumidores. Aqui, as ferramentas falharam devem ser abandonadas, e não afiadas para serem utilizadas de novo, agora com mais habilidade, dedicação e, portanto, com melhor efeito. Assim, quando os objetos dos desejos de ontem e os antigos investimentos da esperança quebram a promessa e deixam de proporcionar a esperada satisfação instantânea e completa, eles devem ser abandonados – junto com os relacionamentos que proporcionaram um “bang” não tão “big” quanto se esperava. A pressa deve ser mais intensa quando se está correndo de um momento (fracassado, por fracassar ou suspeito de fracasso) para outro (ainda não testado). [...] ³¹.

O consumo e a velocidade serão analisados em conjunto, pois são dois conceitos que estão ligados. A marca da sociedade pós-revolução industrial era a produção. A indústria trouxe um novo modelo de trabalho baseado na criação (esse conceito será aprofundado no estudo da sociedade de risco). A “sociedade de consumidores”, por outro lado, reforça um estilo de vida baseado na insatisfação, vinculando o consumo a um estilo de vida ³².

O foco no consumo também reflete e é o reflexo do medo; segundo Bauman:

[...] O medo de não conseguir conformar-se foi posto de lado pelo medo da inadequação, mas nem por isso se tornou menos apavorante. Os mercados de consumo são ávidos por tirar vantagem desse medo, e as empresas que produzem bens de consumo competem pelo status de guia e auxiliar mais confiável no esforço interminável de seus clientes para enfrentar esse desafio. [...] ³³.

O consumo assume uma dimensão de reconhecimento ³⁴, no qual os bens que se possui definem quem você é. Esse consumo tem que ser veloz, caso contrário não se é compatível, e surge uma nova forma de exclusão social: a inadequação. Acaso o cidadão não possa vestir a última moda, ou ter o celular mais recente, não será bem visto, ou até bem vindo.

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. P. 51.

³² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. P. 70.

³³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. P. 79.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. P. 43.

Medo, velocidade e consumo, são alguns paradigmas da contemporaneidade que alteram toda a sua forma de leitura. O Estado cedendo para o capital, se torna um dos protagonistas em transformar os cidadãos em consumidores, os governos eleitos democraticamente estimulam a criação desse mercado de consumidores, na qual o cidadão ideal é o cliente satisfeito, sem reclamações³⁵. Assim, o Estado assume o papel de fomentador do mercado de consumo, para manter o capital funcionando, voltando o seu foco para a garantia de uma boa renda *per capita* capaz de criar cidadãos “compradores”.

Dessa maneira, a própria instituição do Estado é posta em dúvida, pondo fim a era da confiança no Poder Estatal, que dá lugar para um período de ausência institucional e de suspeita popular da capacidade de ação dos governos.³⁶. Isso porque:

[...] os Estados como um todo tendem a capitalizar o fornecimento de medo que já foi pré-fabricado e armazenado por outras forças, em essência apolíticas, sem precisar de uma política institucionalizada para tomar parte ativa em sua produção; ou, mais precisamente, por intermédio das agências de política “atividades pela sua inatividade”, “interferindo pela recusa ou negligência em interferir”. Com a exceção evidente dos regimes ditatoriais e totalitários, os Estados modernos capitalizaram sobretudo os medos que emanam na insegurança existencial, endêmica e, em suas origens, apolítica – ajudados e incentivados, como são esses medos, por inúmeras certezas decorrentes da instabilidade, dos caprichos e das extravagâncias inerentes aos mercados de capitais e de trabalho, ambos político³⁷.

O medo, portanto, reassume o papel central na sociedade contemporânea. Ele é o centro de preocupação da maioria das comunidades, que cedem parte de sua liberdade à vigilância, em nome de uma distopia atual de segurança. O homem consumidor se alimenta da sensação de insegurança, para justificar a necessidade de compras constantes. Os medos não podem ser vistos somente como um fenômeno social e objetivo, mas também um fenômeno subjetivo, pois cada indivíduo lidará com suas ansiedades à sua maneira, e isso irá influenciar no contexto geral.

Outro elemento fundamental da compreensão da contemporaneidade é o fenômeno da globalização. Antes vista como uma benção trazida pelo progresso,

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citladi Roviroso-Madrado**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. P. 79.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. P. 220.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citladi Roviroso-Madrado**. P. 170.

atualmente é visto de forma mais reservada, diante das mazelas que trouxe consigo, como os movimentos migratórios e a abertura dos mercados nacionais.

Todavia, a globalização, admirada ou odiada, não pode ser ignorada. Os conceitos de fronteiras, Estado-nação, soberania, foram alterados pelo advento da globalização. Segundo Ianni:

[...] o globo não é mais exclusivamente um conglomerado de nações, sociedades nacionais, Estados-nações, em suas relações de interdependência, dependência, colonialismo, imperialismo, bilateralismo, multilateralismo. Ao mesmo tempo, o centro do mundo não é mais voltado só ao indivíduo, tomado singular e coletivamente como povo, classe, grupo, minoria, maioria, opinião pública. Ainda que a nação e o indivíduo continuem a ser muito reais, inquestionáveis e presentes todo o tempo, em todo lugar, povoando a reflexão e a imaginação, ainda assim já não são “hegemônicos”. Foram subsumidos, real ou formalmente, pela sociedade global, pelas configurações e movimentos da globalização. A Terra mundializou-se de tal maneira que o globo deixou de ser uma figura astronômica para adquirir mais plenamente sua significação histórica³⁸.

O grande trunfo da globalização foi mudar a ideia de fronteira enquanto linha divisória, e torná-la flexível, por interesses, na maior parte, econômicos. A globalização pode ser entendida como uma consequência natural da globalização do capitalismo, que sai em busca de novos mercados para explorar, no sentido de alcançar o maior número possível de consumidores.

Anthony Giddens propõe uma compreensão da globalização, exatamente, no sentido de relaxamento de fronteiras e a redução de distâncias:

[...] pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A *transformação local* é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. [...] ³⁹.

A globalização oferece uma nova carga dinâmica à compreensão da sociedade. Hoje a leitura crítica da contemporaneidade não admite limites regionais. Cada decisão tomada em um lado do mundo gerará consequências no outro

³⁸ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. P. 11.

³⁹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. P. 60.

hemisfério. Assim, Giddens reitera o conceito afirmando que a globalização não somente “puxa para cima”, ou seja, permite alcançar novos mercados e estimular o desenvolvimento econômico, mas também “empurra para baixo” pressionando a autonomia local. Diante disso, embora a globalização simbolize o progresso, ela força uma padronização de culturas, a fim de facilitar a ação do mercado, e isso tolhe sobremaneira a autonomia individual, e contamina a economia e Estados mais frágeis.

Dentro dessa complexidade está situada a sociedade contemporânea. Hoje inexistente a possibilidade da compreensão do singular sem olhar para o todo. Uma marca da modernidade, estigmatizada pela globalização, é a incerteza, “[...] é o caráter indeterminado, indisciplinado de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro [...]”⁴⁰. Nesse sentido, Bauman quer dizer que a globalização cria uma sociedade sem referências certas, ou seja, hoje uma pessoa compra um produto desenvolvido nos Estados Unidos da América do Norte, com matéria-prima extraída na África, fabricado na China. A corporação transnacional que vende o produto possui uma sede em cada país, com graus de poder diferenciados, e atribuições distintas, dentro de outro conglomerado, que é controlado por outra grande corporação. Com efeito, é uma verdadeira teia de poder e consumo, cujo centro é quase impossível de localizar.

Assim, é plausível de ser entendido que o papel do Estado é alterado pela globalização, de maneira que ele não tem mais o poder, ou a vontade de manter uma união sólida e inabalável com a nação⁴¹. A contemporaneidade, através da assimilação do fenômeno da globalização reduz as dimensões do espaço e do tempo. Atualmente, o tempo é desprezado, podendo a comunicação ser instantânea; o lugar assume contornos fantasmagóricos, não interessando mais as fronteiras, “[...] isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles.”⁴². Assim, Eugênio Raúl Zaffaroni identifica a principal consequência política da globalização:

La principal consecuencia política de la globalización es la impotencia do poder político nacional frente al económico globalizado. Esto se explica porque los políticos del primer mundo de los años ochenta han cedido su poder, renunciaron a ejercerlo y, con ello, liberaron fuerzas económicas que

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. P. 67.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. P. 34.

⁴² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. P. 22.

al concentrarse supranacionalmente no pueden controlar ni regular. Es decir, que *existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedad global ni tampoco organizaciones internacionales fuertes y menos aún un estado global*. El pensamiento único, al tratar de legitimar esta situación, se convierte – en cierto sentido – en una *ideología anárquica*: como todo anarquismo es, en definitiva, un jusnaturalismo radicalizado. En efecto, el *fundamentalismo de mercado radicaliza el dogma del equilibrio del mercado y do absolutiza hasta hacer innecesario al estado*⁴³.

As nações não estão mais protegidas sob o manto da soberania. O tempo em que a soberania política era a garantia do futuro do Estado foi deixado para trás, com o advento do risco e da globalização. Políticos ainda tentam prometer o futuro, mas a realidade contemporânea não permite⁴⁴.

O Poder Econômico, frente ao Poder Estatal, é a grande mazela trazida pela globalização. O poder do capital perde cada vez mais sua massa palpável, tornando-se cada vez mais abstrato e distante dos menos abastados, visto que a realidade da mobilidade social, e de alcançar a elite global que controla o capital mundial, não passa de uma ilusão criada pelo próprio mercado, para gerar uma sensação de futuro⁴⁵. Em tempos anteriores, o Estado Absoluto é plenipotente, hoje é constantemente coagido pelo Poder Econômico, que acaba por fragilizar as instituições. Silva identifica as consequências da globalização em relação aos Estados, que sofreram com a redução de sua força, até pelo fato da redução das fronteiras, e a exploração, visto que não experimentaram dos frutos do *welfare state*:

Os Estados foram então fragilizados com sua redução, afastando-se do seu dever previdente, sem nunca terem experimentado o *welfare state*, que permitiu certo equilíbrio e justiça social nos países centrais depois da Segunda Guerra. Com menor presença do Estado de seu papel assistencial, nos países em que ocorreu a experiência do *welfare state*, houve enormes fissuras na organização social, fazendo com que a população sentisse o choque e o abandono de modo que esses países assumiram algumas características que pareciam típicas de países periféricos⁴⁶.

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Globalización e las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. In. **Revista Direito e Cidadania**. Ano III, nº 8, 1999-2000. Praia – Cabo Verde. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 08 de agosto de 2018. P. 75.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. P. 47.

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. P. 128.

⁴⁶ SILVA, Denival Francisco da. A pós-modernidade: dos sonhos aos pesadelos a um novo sonhar. In. **Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo**, v. 29, n. 3, p. 443-462, set./dez. 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em 09 de agosto de 2018. P. 453.

O aumento de capital torna-se o elemento central da sociedade globalizada, afetando o Estado-nação pela base, surgindo o desenvolvimento intensivo e extensivo de meios de forças produtivas e relações de produção, em escala global. Diante disso, as organizações multilaterais de Estados soberanos, passam a dividir suas funções com as corporações transnacionais⁴⁷.

O capital criou uma arena global de negócios que não pode ser freada pelos Estados; ou, diferente: os Estados não possuem alternativa, senão ceder às grandes empresas, para não ver os postos de trabalho extintos, a renda da população reduzida, exigindo ainda mais do Estado, pela debanda das empresas⁴⁸. Assim, o Estado perde força, não necessariamente tamanho ou alcance, mas é liquidado pelo cenário de ameaça extrema de riscos, que o capitalismo promete conter e evitar. O Estado, na realidade, adoece e fica à disposição de um poder que não possui forças para combater, quiçá vencer.

Nesse sentido, constata Ianni:

As corporações transnacionais, com frequência apoiadas pelas agências governamentais dos países dominantes, e também beneficiadas pelas diretrizes de organizações multilaterais, tais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, criaram os mais diversos prementes desafios para as economias socialistas. Além de oferecerem negócios, possibilidades de comércio e intercâmbio de tecnologias, também ofereceram mercados, possibilidades de exportação das economias socialistas para as capitalistas. Aos poucos, as economias centralmente planejadas viram-se estimuladas e desafiadas pelas oportunidades de mercado oferecidas. Aos poucos, a industrialização substituída de importações, que predominou em países socialistas, foi acoplada e subordinada à industrializações orientada para a exportações. [...] ⁴⁹.

O consumo assume um papel relevante na expansão globalizante, pois o processo instigou a população mundial ao consumismo desenfreado, o que tornou as pessoas reféns de estereótipos e padrões de mercado, levando ao surgimento de um processo estigmatizante e excludente por razões sociais e econômicas⁵⁰. A crise de valores da sociedade de consumo é evidente, pois o foco voltou-se ao ter, e não

⁴⁷ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. P. 40.

⁴⁸ ORSELI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. *In. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 3, 3º quadrimestre de 2012*. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 08/outubro/2018. P. 2.670.

⁴⁹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. P. 61.

⁵⁰ SILVA, Denival Francisco da. A pós-modernidade: dos sonhos aos pesadelos a um novo sonhar. *In. Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo*. P. 453.

mais ao ser. As empresas, assim, vão assumindo o papel dos Estados no processo globalizante.

O mundo passa, então, a ser submetido a uma nova dinâmica. O mercado deixa de se concentrar nos produtores, e volta-se somente para o consumo. Segundo Bauman⁵¹, a cultura consumista é marcada pela pressão constante de ser algo diferente, todavia, o próprio mercado vai alterando as necessidades de cada época e nicho social, criando uma cultura de intensa reciclagem de produtos que representam a mesma coisa. Assim, o Estado assistencial se volta para a exploração dos consumidores, ao invés da exploração de mão-de-obra:

Se o Estado assistencial hoje vê seus recursos minguarem, cai aos pedaços ou é desmantelado de forma deliberada, é porque as fontes de lucros do capitalismo se deslocaram ou foram deslocadas da exploração de mão de obra operária para a exploração dos consumidores. E também porque os pobres, despojados dos recursos necessários para responder às seduções dos mercados de consumo, precisam de dinheiro – não dos tipos de serviços oferecidos pelo Estado assistencial – para se tornarem úteis segundo a concepção capitalista de “utilidade”⁵².

Assim, o Estado a partir do paradigma Westfaliano⁵³ não mais subsiste. O processo capitalista/globalizante gera uma fragmentação da sociedade e do próprio Estado, que se vê violado e coagido. Os valores da sociedade sofrem com esse fenômeno, visto que o consumo torna tudo instantâneo e irrelevante. O processo de fabricação envolve a doação de tempo e a dedicação de força de trabalho, valorizando os processos, acima dos resultados.

O consumo, por outro lado, foca-se no simples prazer do ter, desprezando-se o processo, retirando uma carga de pessoalidade no produto. Ao adquirir o produto da moda, o cidadão consumidor acaba esquecendo o custo da fabricação daquele bem, as horas de um trabalhador, o seu talento, isso trocado pela satisfação da compra.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. P. 128.

⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citladi Roviroso-Madrado**. P. 39.

⁵³ A expressão “Westfaliano” refere-se ao Tratado de Westfália de 1648, que estabeleceu alguns aspectos principais do sistema estatal internacional moderno, utilizado como um imaginário político que mapeou o mundo como um sistema de Estados territoriais soberanos mutuamente reconhecidos, conforme sugerido por Nancy Fraser (FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. In. **Lua Nova**, n. 77, São Paulo, 2009.).

Nesse cenário, a globalização permeia paradoxos, pois é através da facilitação das fronteiras, que os bens de consumo circulam com mais facilidade, apesar da redução da soberania, e da própria autonomia de determinado Estado-Nação. Nesse sentido, refere Bauman:

Paradoxalmente, na era da economia cosmopolita, a territorialidade da soberania política torna-se ela própria importante fator de facilitação da movimentação livre de capitais e mercadorias. Quanto mais fragmentadas forem as unidades soberanas, quanto mais fraca e de esfera mais estreita for sua influência sobre os respectivos territórios, tanto mais livre será o fluxo global de capital e mercadorias. A *globalização* da economia e da informação e a *fragmentação* (na verdade, uma “reparoquialização” de sortes) da soberania política não são – contrariamente às aparências – tendências opostas e em consequência mutuamente conflitivas e incompatíveis; são antes fatores coevos no contínuo rearranjo de vários aspectos integração sistemática. [...] ⁵⁴.

Existe uma relação conflitiva entre capital e Estado, visto que possuem funções e interesses distintos⁵⁵, enquanto privado e público. Dessa relação, entre capital contra poder político é que surge o paradoxo da globalização. Em uma época em que o Poder Econômico gera influências nefastas na política, é difícil manter o país unido enquanto Estado-Nação, porém aberto economicamente, e capaz de gerar rendas para a manutenção da população.

Para finalizar o presente subcapítulo, é assentado o paradigma de Beck⁵⁶, da modernidade reflexiva, que é caracterizado pela desincorporação e reincorporação das formas sociais e industriais por uma nova e distinta modernidade. Logo, a modernidade reflexiva pode ser compreendida como algo que sempre é representado como consequência de uma antiga compreensão, absorvida por um novo contexto. Segundo Beck, a modernização reflexiva pode ser:

[...] entendida tanto empírica como analiticamente, alude *no* tanto a la *reflexión* (como el adjetivo ‘reflexivo’ parece surgir) sino a la

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997. P. 264.

⁵⁵ Segundo Manuel Castells (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede (Vol. 1 – A era de informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução de Alexandra Lemos e Rita Espanha. 7ª ed.. São Paulo: Paz e Terra. 1999.), o foco do capital é a maximização dos lucros, a todo custo; o foco do Estado é a maximização do poder, reforçando as estruturas militares e políticas da nação.

⁵⁶ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. Tradução de Magda Lopes. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. P. 13.

autoconfrontacion: el tránsito de la época industrial a la del riesgo se realiza anónima conforme al modelo de los *efectos colaterales latentes*. [...] ⁵⁷.

Nesse sentido, a modernidade reflexiva é a segunda modernidade, que sucedeu a primeira modernidade (que não conhecia o risco) e é a complementação da compreensão de sociedade de classes, entendida como uma sociedade industrial e nacional, o embrião da sociedade do risco⁵⁸. Segundo Araújo e Orseli⁵⁹, o sociólogo alemão utiliza da expressão modernidade reflexiva, em razão do risco, de maneira que “[...] a modernidade se transforma em seu próprio tema, no sentido que a própria sociedade se debruça sobre os seus problemas, originários especialmente do progresso tecnológico/científico.”.

Essa constatação é importante, porque Giddens⁶⁰ aprimora o conceito e faz um contraponto. O autor afirma que o período pré-moderno tinha uma compreensão distinta de “fronteira”, encarando como “divisa”, na forma de uma barreira geográfica.

A globalização, o progresso, o capitalismo, influenciaram na formação do contexto em que está inserida a modernidade, inconceituável na sua essência, porém compreensível no seu significado. Beck⁶¹ chega a identificar um processo de autodestruição no progresso da modernidade, mas isso é uma perspectiva mais pessimista, do mundo. A catástrofe prevista por ele é a própria compreensão do risco⁶².

As ideias de autodestruição e catástrofe não podem ser visualizadas como o Juízo final da humanidade, mas pela própria identificação dos perigos trazidos pelo advento do progresso. Na realidade, é exatamente o oposto da confrontação do Juízo final, pois a preocupação é como sobreviver, e não deixar a vida ser extinta.

⁵⁷ BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In. BERIAIN, Jostxo. **Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, Contingencia y riesgo**. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. P. 202.

⁵⁸ ORSELI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. In. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI**. 2.664.

⁵⁹ ORSELI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. In. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI**. P. 2.664.

⁶⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. P. 68.

⁶¹ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. P. 13.

⁶² ORSELI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. In. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI**. P. 2.664.

Logo, a contemporaneidade criou riscos cuja existência era inevitável, pois uma exigência do próprio progresso. Contudo, agora a sociedade deve compreendê-los e enfrentá-los, a fim de não ser consumida pelo *Unsicherheit*.

1.2.) O paradigma do risco

O risco é um quinto elemento de leitura da contemporaneidade, que é a consequência dos outros quatro elementos (medo, velocidade, consumo e globalização). Obviamente o conceito de risco decorre do medo, mas o risco vai além, porque ele é algo gerado pela sociedade a partir de decisões que buscam, ao fim, eliminar os riscos. O paradoxo para compreensão é sedutor no sentido do que o risco exsurge das decisões cuja finalidade é reduzi-los.

Ulrich Beck⁶³ cunhou o conceito de “sociedade de risco”, no sentido de que a contemporaneidade pode ser interpretada como a era do risco, a era das incertezas. Para Beck existe um mito que assombrou a humanidade até o final do século XX:

[...] o mito de que a sociedade industrial desenvolvida, com sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade *inteiramente moderna*, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe que possa sequer ser mencionado. [...] ⁶⁴.

A sociedade industrial não foi o ápice da humanidade. Klaus Schwab⁶⁵, por exemplo, já fala em quarta revolução industrial, ou seja, a humanidade ainda está em movimento. Contudo, a produção social de riqueza está junto da produção social de riscos⁶⁶. Assim sendo, a toda oportunidade que o mundo dá um passo a frente, a humanidade cria novos riscos, que são marcados pela incerteza. Dessa maneira, arremata Paulo Cruz e Zenildo Bodnar:

A sociedade de risco é a consequência ou o resultado do modelo de produção e consumo industrial baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço. Trata-se da consolidação de uma

⁶³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁶⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 14.

⁶⁵ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

⁶⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P.23.

sociedade em situação periclitante de risco pluridimensional, na qual a insegurança e a imprevisibilidade consubstanciam o componente básico e a única certeza decorrente das condutas humanas na atualidade⁶⁷.

O paradigma sociológico do risco não é mais as classes, ou os movimentos sociais, mas a convivência constante com os riscos, tornando-se uma sociedade catastrófica, onde “[...] o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.”⁶⁸. Nesse sentido, Beck⁶⁹, em outra obra, afirma que o risco determina o surgimento de uma civilização que almeja tornar previsíveis consequências imprevisíveis, controlar o incontável, através de instituições apropriadas.

Para Bauman⁷⁰, a aceitação do risco exige que seja estabelecido um estado de normalidade, para que o risco represente um desvio de conduta, que quebre a rotina, a monotonia e a repetição. Dessa maneira, os riscos não se limitam a influenciar algum indivíduo ou grupo, mas toda a comunidade:

[...] For Beck, the appearance of catastrophic environmental dangers implies that the rationalisation of risk as an exogenous entity is no longer a viable option. The experience of contemporary risk is not simply about fear at a distance. Rather, a fleet of risks have seeped through into everyday experiences of work, friendship and the lived environment⁷¹.

A sociedade contemporânea começa a obter uma nova compreensão sobre o risco. O autoconhecimento das gerações ajuda a alimentar o sentimento de medo. Segundo Luciana Carneiro da Silva⁷², enquanto comenta os ensinamentos de Ulrich Beck, a sociedade moderna, após abandonar conceitos da sociedade industrial, marcada pela solidez, começa a reconhecer a existência de riscos e o tema passa a permear o debate público. Segundo Beck:

[...] Sociedade do risco significa: o passado perdeu o seu poder de determinação sobre o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo

⁶⁷ BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas ambientais. *In. Revista de Direito Internacional de Brasília*. V. 8, n. 2, p. 11-132, jul./dez. 2011. P. 113.

⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 96.

⁶⁹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/ Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003. P. 115.

⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. P. 129.

⁷¹ MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society**. London: Pluto Press, 2004. N.P.

⁷² SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Politico-Criminais sob o Paradigma da Sociedade Mundial de Risco. *In. Revista Liberdades, nº 05, setembro-dezembro de 2010*. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. P. 88.

que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre mas que pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco⁷³.

A sociedade de risco é um contraste total com a sociedade industrial, visto que os riscos surgem do progresso e do conhecimento. O risco não é fruto da ignorância, mas da autocompreensão da sociedade contemporânea. A ciência nunca esteve tão evoluída e tão preparada para colonizar o futuro, ou seja, realizar previsões e antecipar riscos e catástrofes⁷⁴. Dessa maneira, também, conclui De Giorgi:

A sociedade moderna é caracterizada pela sua grande capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las, este paradoxo acrescenta a necessidade proteção e de segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura: a necessidade de evitar que o desvio se estabilize. Digamos que é a necessidade de evitar aquela normalidade de grau inferior, que flui por debaixo da normalidade que conhecemos quando a razão está em sintonia com o tempo. Esta normalidade de grau inferior produz insegurança. Naturalmente, na medida em que cresce a certeza de que as indeterminações que entram novamente na esfera desta segunda normalidade podem ser capazes de evitar situações que não se sabe se ocorrerão, consolamo-nos com o recurso à moral, ou mesmo, já que não temos mais, como dizia Marx, as armas da crítica, consolamo-nos com a crítica das armas⁷⁵.

A consideração do risco como um paradigma da contemporaneidade, portanto, é inevitável. Uma marca da humanidade pós-século XXI é a capacidade de autocompreensão. Nunca a comunidade internacional esteve suplantada de um volume enorme de informações, em algumas vezes indiscerníveis. Hoje, a credibilidade da informação é indispensável, pois dela será extraída uma certeza, que poderá ser utilizada para uma decisão que reduzirá o grau de incerteza. O risco é o desaguadouro da sociedade contemporânea, onde ela fatalmente se colocou e agora precisa lidar com essa situação.

⁷³ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização.** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 178.

⁷⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.**

⁷⁵ DE GIORGI, Raffael. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *In. Revista CCJ nº 28, Ano 15, junho de 1994 – p. 45-54.* Disponível em: file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque...Giorgi-O_risco_na_sociedade_contemporanea.html. Acesso em: 21/agosto/2000. P. 04.

A ignorância do risco é o meio de potencializar a sua criação. Beck⁷⁶ menciona duas fases na sociedade de risco: uma primeira fase que nega todo o risco, seguindo o consenso desenvolvimentista, a produção industrial, o pleno emprego e a geração constante de riqueza, e todos os restos são negados; a segunda fase está situada a sociedade do risco, pois a consciência da incerteza abala o consenso desenvolvimentista. Segundo Beck⁷⁷ a sociedade de risco surgiu com as catástrofes nucleares.

Anthony Giddens⁷⁸ afirma que a modernidade é marcada pela cultura do risco, e que o advento do progresso trouxe riscos antes desconhecidos, que alguns Estados e culturas não são capazes de lidar. Giddens fala em dois aspectos do risco:

Os dois aspectos do risco – seus lados negativo e positivo – se manifestam desde os primórdios da sociedade industrial moderna. O risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza. O capitalismo moderno difere de todas as formas anteriores de sistema econômico em suas atitudes em relação ao futuro. Os tipos de empreendimento de mercado anteriores eram irregulares ou parciais. As atividades dos mercadores e negociantes, por exemplo, nunca tiveram um efeito muito profundo na estrutura básica das civilizações tradicionais, que permaneceram amplamente agrícolas e rurais⁷⁹.

O risco, em tese, é uma forma de regulamentar o futuro, ou seja, é um fenômeno sociológico que almeja colonizar o futuro e domar o incerto⁸⁰. Nessa esteira, é pertinente a distinção proposta por Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar⁸¹, no sentido de que risco decorre de um processo de escolha e decisão no presente, que pode gerar consequências imprevisíveis e incalculáveis; ao contrário do perigo, no qual é possível antever e estimar.

⁷⁶ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms.**

⁷⁷ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms.**

⁷⁸ GIDDENS, Anthony. Modernidad y autoidentidade. In. BERIAIN, Josetxo. **Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, Contingencia y riesgo.** Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. P. 35/37.

⁷⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole.** Tradução de Maria Luiza X. da A. Borges. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2007. P. 34.

⁸⁰ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole.** P. 36.

⁸¹ BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas ambientais. In. **Revista de Direito Internacional de Brasília.** P. 113.

De Giorgi⁸² refere que a sociedade contemporânea não mais admite distinções baseadas em segurança, pois não é possível se falar nisso. O risco, por sua vez, seria um vínculo com o futuro, uma forma de determinação das indeterminações. Ainda, o autor faz o vínculo do risco com o direito, visto que, algumas vezes, a certeza da decisão judicial, é uma forma de analisar e conter o risco, dentro da própria instância jurídica.

A incerteza é a irmã do risco. A concepção de risco está dominando a sociedade que está abandonando o passado, e é colocada frente a frente com o futuro, que representa um problema⁸³. A problemática é a dúvida, a angústia de um futuro colonizável, porém que não está sob o absoluto controle da humanidade, gerando medo constante, que é um dos mais sinistros demônios da contemporaneidade⁸⁴.

Bauman⁸⁵ propõe uma compreensão da proposta de Beck, a partir das mudanças que a identificação dos riscos gera. A primeira é que os riscos contemporâneos são invisíveis e incertos, o que demanda um potencial científico maior, para o combate aos novos mecanismos geradores de incerteza. A segunda alteração é a elevação da racionalidade, visto que é através da ciência é possível determinar o risco, medindo-o objetivamente, nascendo a probabilidade. A terceira modificação é a compreensão do caráter reflexivo da modernidade. Segundo De Giorgi⁸⁶, o estudo do risco na sociedade contemporânea pode levar a racionalização do medo, o que fecha a ideia de Bauman, sobre as mudanças trazidas pela sugestão de Beck.

A obsolescência da sociedade industrial leva a emergência da sociedade de risco⁸⁷. Assim, é perceptível uma ideia de superação, ou seja, de transposição de um elemento conceitual para outro, que pressupõe o abandono da sociedade industrial da certeza (primeira modernidade ou modernidade sólida), e a aceitação da sociedade de risco (segunda modernidade ou modernidade líquida).

⁸² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. P. 56/57.

⁸³ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzein. Rio Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002. P. 111.

⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. P. 157.

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**.

⁸⁶ DE GIORGI, Raffael. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *In. Revista CCJ nº 28, Ano 15*. P. 05.

⁸⁷ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. P. 17.

François Ost⁸⁸, ao discorrer sobre o tempo de questionamento, menciona a “epistemologia da incerteza” (lembrando que a incerteza está aliada ao risco), que é o novo paradigma da ciência. A própria democracia é um exemplo do risco, pela incerteza. Porém, a maior contribuição do autor⁸⁹, a esse tema, é identificar as três fases de risco.

A primeira fase, da sociedade liberal do século XIX, o risco é percebido pelo acidente, algo repentino, um simples golpe do destino, que era impossível de se antever. A segunda fase é a etapa da prevenção; ao surgir uma compreensão melhor da realidade, o homem passa a desenvolver uma racionalidade maior para os riscos, criando mecanismos que impeçam os acidentes. A terceira fase é do risco enorme (peste negra; Chernobyl, entre outros desastres), em que a sociedade de risco põe si própria em perigo, a partir de seu próprio progresso. Nesse sentido, Ost⁹⁰, fecha sua ideia citando o próprio Beck, ao afirmar que a sociedade contemporânea tende a transformar o estado de emergência em normalidade.

Assim, é pertinente a conclusão de Agripa Faria Alexandre, entre a distinção da modernidade proposta por Giddens e da sociedade de risco de Beck:

A modernidade de Giddens é reflexiva; a de Beck deve ser reflexiva. A dinâmica da sociedade de risco de Giddens é reflexiva em decorrência da produção de sempre novas informações ou em decorrência da necessidade dessas informações produzidas de virem em socorro às consequências sociais imprevisíveis que são produzidas. A dinâmica da sociedade de risco de Beck deve questionar o cheque em branco que ela deu à Ciência para produzir exatamente os meios para se chegar a produção dessas consequências imprevisíveis⁹¹.

Beck escreveu desenvolveu o conceito de sociedade de risco durante os anos 1990, e como ele mesmo afirma, o mundo mudou muito desde então. Dessa maneira, a própria ideia de sociedade de risco evoluiu junto com a humanidade. A sociedade de risco originalmente concebida foi elevada à sociedade de risco mundial.

⁸⁸ OST, François. **O tempo do direito**.

⁸⁹ OST, François. **O tempo do direito**. P. 343/347.

⁹⁰ OST, François. **O tempo do direito**. P. 347.

⁹¹ ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica da sociedade de risco segundo Anthony Giddens e Ulrich Beck. **Geosul**, Florianópolis, v. 15, n. 30, p. 150-167, jul./dez. 2000. P. 166/167.

Para Beck⁹², o mundo está situado em uma época preocupada com os riscos, o que força a convivência com o futuro de forma constante, o que passa a orientar as ações, transformando-se na força política que move planeta. Existe uma diferença entre riscos (enquanto acontecimento antecipado) e catástrofe (acontecimento real). Isso conduz a outra circunstância, sendo indiferente se está se vivendo objetivamente em um mundo mais seguro, a antecipação dos riscos e catástrofes força o Estado a adotar medidas preventivas⁹³.

Assim, os riscos são analisados, objetivamente, por critérios científicos, através de métodos de probabilidade e estatística. Nesse sentido, ensina Ulrich Beck:

Primeiro, intensifica-se o *cientificização* dos riscos; e segundo – uma coisa leva à outra -, a *comercialização* do risco se intensifica. Erra-se o alvo ao se considerar o assinalamento de ameaças e riscos do desenvolvimento civilizacional como *mera crítica*; ele é *também* – mesmo com toda a *resistividade* e as *acrobacias da demonização* – um *fato de fomento econômico de primeira ordem*. Isto torna-se patente no desenvolvimento dos setores e ramos econômicos correspondentes, assim como no aumento dos gastos públicos do meio ambiente, o combate às enfermidades civilizacionais etc. [...] ⁹⁴.

Através da compreensão científica do risco, é trazida uma carga de racionalidade e análise objetiva dos riscos, criando a possibilidade de aceitabilidade de riscos⁹⁵. Com efeito, com o advento da racionalidade, sobreveio o próprio entendimento dos riscos. Entretanto, junto com essa consciência dos riscos, veio a tentativa de controlá-los, acompanhado com as decisões e a criação de novos riscos, formando um paradoxo de racionalidade dos riscos.

Dessa forma, Beck identifica o dilema da sociedade de risco:

[...] a sociologia do risco, tal como a própria sociedade de risco, enfrentam um dilema: por um lado têm de pensar o impensável, antecipando o ato; por outro, é possível que esta intenção de esclarecimento aponte novos caminhos para possíveis autores de atentados. Portanto, a análise do risco é arriscada porque pensar em perigos até à data impensáveis pode contribuir, involuntariamente, para lhes dar origem. No entanto, um mundo em que, com intenção preventiva, a fantasia civilizacional do perigo se solta da trela dos acidentes e é atçada contra o desencadeamento intencional de

⁹² BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. 1ª ed. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: EDIÇÕES 70, 2016. P. 32.

⁹³ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 35.

⁹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 67.

⁹⁵ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 38.

catástrofes, ameaça eliminar os fundamentos da liberdade e da democracia⁹⁶.

O que gera o risco não é a possibilidade da produção de incertezas, mas o anseio do controle constante. A sociedade de risco de Beck também poderia ser chamada de sociedade do controle, pois é essa a alteração de paradigma promovida pelo autoconhecimento. Quando Beck⁹⁷ afirma que a sociedade era ignorante aos riscos na primeira modernidade, e agora compreende os riscos na segunda modernidade, ele diz que a capacidade de controlar o risco conhecido que é o novo paradigma.

Dessa maneira, segundo Beck, surge uma nova forma de risco:

[...] A diferença decisiva entre os riscos tradicionais e os modernos encontra-se num outro nível: os riscos derivados das tecnologias industriais e das tecnologias de larga escala resultam de decisões conscientes – decisões que são tomadas no âmbito de organizações privadas e/ou públicas, para alcançar vantagens económicas e aproveitar as oportunidades que daí advêm; em segundo lugar, estas decisões são tomadas com base num cálculo no qual os perigos são considerados como o lado negativo do progresso. Portanto, estes perigos associados à industrialização não se transformam numa questão política devido à sua dimensão, mas sim uma característica social: eles não desabam fatalmente sobre nós; pelo contrário, fomos nós próprios que os criámos, eles são produto da mão e da mente humanas, resultantes da associação entre conhecimento técnico e cálculo do benefício económico. Este tipo de riscos também se distingue claramente dos efeitos da guerra, uma vez que nasce por via pacífica, prospera nos centros de racionalidade, ciência e bem-estar e está sob a proteção daquela que têm de velar pela ordem pública⁹⁸.

Uma carga de racionalidade é imposta na sociedade de risco. A compreensão do risco é transformada em uma espécie de imperativo categórico⁹⁹ demarcador da contemporaneidade. A colonização do futuro, pela angústia do controle do incerto, gera a necessidade de que a ética das decisões que abrangem a compreensão dos

⁹⁶ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 41.

⁹⁷ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 47.

⁹⁸ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 59/60.

⁹⁹ O imperativo categórico é o princípio moral Kantiano, e é caracterizado por ser anterior ao conhecimento, que se formará *a priori* em relação à vontade, que é resumido na seguinte máxima: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, Immanuel. **Crítica à razão prática**. 3 ed. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2011.). A relação, feita aqui, é no sentido de que a compreensão do risco, e análise das consequências das decisões, demanda uma carga ética e moral, para não haver desvirtuamentos, e o paradigma do risco pode, em um determinado cenário, ser transformado em uma espécie de imperativo categórico.

riscos seja considerada. Isso porque, segundo Beck¹⁰⁰, o risco é uma constante da sociedade contemporânea. Dessa forma, surge a necessidade de uma nova ética que surgirá da sociedade de risco, através da noção de responsabilidade:

[...] A nova ética, ao sugerir o princípio da precaução como resposta às ameaças da sociedade de risco acumuladas pelo progresso tecnológico, afasta-se ou complementa a velha ética, ao expandir sua capacidade de cuidar não apenas das gerações presentes, mas sobretudo das futuras. Dos questionamentos derivados da sociedade de risco irrompem conceitos que provocam e tornam visíveis tensões quanto ao sentido da existência do ser humano e da sua responsabilidade na construção de um mundo que atenda aos seus próprios anseios e dos outros sistemas vivos¹⁰¹.

O sucesso da ciência, portanto, ampliam o espectro do risco. Quanto maior for a capacidade de determinação do futuro, mais presença os riscos terão na sociedade. As consequências de segundo grau, ou efeitos secundários, assumem o papel de novos riscos, pois os determináveis são controlados, porém, os que surgiram a partir do controle dos primeiros não têm como se saber: “[...] o controle do controle do controle pode tornar-se uma fonte de perigos e efeitos secundários dos perigos, sem fim à vista.”¹⁰²

Um dos elementos citados como essenciais para a leitura da contemporaneidade foi a globalização. Os riscos são efeitos da globalização, e também se tornam globais:

Viver e sobreviver dentro do horizonte do risco global, no entanto segue precisamente a lógica inversa. Torna racional reconhecer o outro enquanto parceiro na cooperação e não enquanto inimigo a ser destruído. A lógica do risco, portanto, redireciona o olhar para a explosão da pluralidade do mundo, o que a perspectiva inimiga renega. A sociedade global do risco abre um espaço moral que poderia (mas não precisamente) gera uma cultura cívica de responsabilidade para além de todas as fronteiras e contradições. Os dois lados dos riscos globais são a experiência traumática da vulnerabilidade de todos e a responsabilidade que daí nasce para outros, até para a própria sobrevivência. Visto assim, o argumento de que a humanidade pode se autoinfligir perigos ganha o sentido colateral de um realismo egoísta. Quem diz “humanidade” quer se salvar a si próprio¹⁰³.

¹⁰⁰ BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. 1ª ed. Tradução de Kristina Michanelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015. P. 28.

¹⁰¹ ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Sociedade de risco e empresas jornalísticas. *In. Rev. Ciênc. Admin.*, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 242-257, jan./jun., 2010. P. 244.

¹⁰² BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 49.

¹⁰³ BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. P. 64.

A sociedade de risco é baseada na autocrítica e no autoconfronto¹⁰⁴, o que é elevado a nível global com a compreensão de que os riscos também passaram a ser transnacionais. Dentro da tipologia dos riscos, Beck¹⁰⁵, inclui as crises ecológicas, crises financeiras globais e ameaças terroristas. As três crises apontadas pelo autor são marcadas pela: difusão, reduzida possibilidade de previsão, não compensabilidade.

As crises ecológicas são marcadas pela difusão, ou não-localidade, no sentido de, inobstante possam ser geralmente previstas, não há como serem medidas as consequências delas; além disso, dificilmente um desastre ecológico permite o reestabelecimento do *status a quo*.

A ameaça terrorista é mais incerta de todas, porquanto envolve a imprevisibilidade de decisões humanas¹⁰⁶. Hoje a ameaça terrorista é global, incerta e não compensável. Qualquer lugar é um alvo em potencial, cujas consequências são completamente imprevisíveis e não são passíveis de compensação, visto que o ponto histórico dificilmente poderá ser reconstruído, e as pessoas mortas não ressurgirão.

Todavia, segundo Ulrich Beck, uma das áreas mais passíveis de risco é a dos fluxos financeiros internacionais:

[...] a área de aplicação talvez mais interessante e influente é a dos riscos dos fluxos financeiros globais. Estamos apenas começando a compreender e a desenvolver uma conceituação para o que acontece. Pois, a meu ver, os fluxos financeiros, mas não todas as relações comerciais e condições de produção na economia, unicamente essas novas transações financeiras digitais, em tempo real, em movimento permanente em todo o globo, que erguem países inteiros para logo tornar a levá-los de roldão, representam uma das dimensões centrais da sociedade mundial do risco. Também aqui se constata a incontrolabilidade¹⁰⁷.

O capital financeiro fica sob o controle de grandes corporações que coagem os Estados para recebê-las com o maior número de incentivos. Isso traz uma perspectiva capitalista para a gestão do risco financeiro. Os demais riscos (ambiental e terrorista) entram junto, porquanto o domínio do poder econômico começa a influenciar nas decisões estatais sobre os rumos da política sobre os

¹⁰⁴ ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Sociedade de risco e empresas jornalísticas. *In. Rev. Ciênc. Admin.* P. 248.

¹⁰⁵ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida.** P. 39.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido.**

¹⁰⁷ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms.** P. 155.

riscos. Além disso, o terrorismo é financiado por fluxos financeiros obscuros, visto que os armamentos e a manutenção de exércitos são feitas com dinheiro, pois o Poder Econômico é quase absoluto.

Dessa forma, surge um modelo de crítica pública:

Na sociedade de risco mundial, as medidas das empresas tornam-se um assunto *político*, uma vez que investimentos elevados pressupõem um consenso duradouro. No entanto, as velhas rotinas da modernização simples deixaram de poder garantir esse consenso, passando até a construir uma ameaça para o mesmo. Aquilo que podia ser executado à porta fechada até a data na forma de “constrangimentos” – por exemplo, a eliminação de resíduos, mas também modos de produção ou planejamento de produtos – está agora potencialmente exposto ao fogo cruzado da crítica pública¹⁰⁸.

As grandes corporações não estão mais imunes à população. Ao mesmo tempo em que são grandes vetores de riqueza, na forma de renda e trabalho, não podem mais ser irresponsáveis nas suas práticas de mercado. A opinião pública, muitas vezes sensacionalista, não economiza no senso crítico quando uma empresa deixa de agir eticamente. Por outro lado, o risco é um elemento central do mercado, como aponta Gabe Mythin:

[...] In modern times, risk remains firmly coupled to the economic world through forms of statistical calculations, stock-market speculation and company acquisitions. Capitalist markets cannot be sustained without risk, which is ingrained in the decisions of fund managers, the speculations of market makers, the borrowing of business managers and the valuations of insurance companies¹⁰⁹.

Diante disso, o risco é algo real e presente, e não pode ser ignorado, sob pena de se voltar contra o indivíduo, empresa ou Estado/povo. Na época atual, a especulação financeira, os investimentos, as empresas de tecnologia sem sede, sem produtos materiais, são os verdadeiros motores do mercado.

Contudo, o risco financeiro é o que mais traz consigo consequências sociais, pelo seu papel central na sociedade de consumo:

Os riscos financeiros, ao contrário dos riscos ambientais e tecnológicos, cujos efeitos físicos “externos” se tornam socialmente relevantes, afetam, além disso, diretamente a estrutura social – a economia ou, mais

¹⁰⁸ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 180.

¹⁰⁹ MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society**. N.P.

precisamente, a garantia de solvência, imprescindível para a mesma. Isto significa, em primeiro lugar, que o impacto de riscos financeiros também é muito mais mediatizado através de outras estruturas sociais do que o impacto dos riscos ecológicos e físicos globais. Por conseguinte, os riscos financeiros são mais facilmente “individualizáveis” e “nacionalizáveis”, gerando grandes diferenças nas diversas percepções de riscos. Afinal, os riscos financeiros globais – sobretudo também na percepção mundial (estatística) – são atribuídos a países ou regiões específicos enquanto riscos *nacionais*. Isto não significa, naturalmente, que os riscos de interdependência econômica fossem menos graves. Uma vez que todos os sistemas parciais da sociedade moderna dependem de outros sistemas parciais, a falha do sistema financeiro seria catastrófica. E nenhum outro sistema funcional teve um papel tão proeminente na Modernidade como a economia. Por isso, a economia mundial é, sem dúvida, uma fonte de risco central na sociedade de risco mundial¹¹⁰.

O sistema financeiro é marcado por especulações, condições de erro e acerto, progresso científico e tecnológico; ou seja, os riscos financeiros são uma realidade contemporânea, e demanda a prevenção deles. Várias marcas da sociedade de risco são perceptíveis na economia. Isso reforça um caráter de democratização dos riscos¹¹¹, no sentido de que os potenciais afetados por uma decisão arriscada não são os mesmos que os decisores. Na realidade, em muitas vezes, os que possuem o dever da decisão não são os mesmos que sofrerão as consequências.

Nesse aspecto, pode ser citado o erro de uma decisão estratégica de uma multinacional, que culmine no fechamento de uma fábrica, e do encerramento de vários postos de trabalho. Inobstante o encerramento das atividades gere consequências aos sócios e investidores da empresa, na forma de prejuízo financeiro determinável, os maiores prejudicados acabam sendo os empregados de menor renda, que dependem do trabalho para sua subsistência.

Assim, a decisão tomada por um Conselho Deliberativo, a quatro paredes, na sede da empresa em alguma superpotência econômica, traz severos prejuízos ao empregado de baixa renda, que vive no terceiro mundo. Nesse sentido, Beck identifica uma alteração na lógica da sociedade industrial para a sociedade de risco:

[...] Não é o modo de lidar com os riscos que diferencia a sociedade de risco da sociedade industrial, tampouco a melhor qualidade ou o maior alcance dos riscos produzidos por novas tecnologias e racionalizações. Decisivo é sobretudo o fato de que as circunstâncias sociais radicalmente alteradas no curso de processos reflexivos de modernização: com a cientificação dos

¹¹⁰ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 365/366.

¹¹¹ TAMBORLIN, Fábio Augusto. SANTANA, Vinícius Cruz. *Sociedade de Risco e a Democratização da Gestão de Riscos*. In. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015. P. 10.

riscos da modernização, seu caráter latendo é cancelado. O triunfo do sistema industrial faz com que as fronteiras entre a natureza e a sociedade se desvançam. Conseqüentemente, mesmo os danos à natureza já não poderão ser descarregados no “meio ambiente”, convertendo-se, ao invés disto, com a universalização da indústria, em contradições sociais, políticas e econômicas e culturais imanentes ao sistema. Os riscos da modernização, tendo-se globalizado em termos sistêmicos e tendo perdido sua latência, não podem mais ser abordados conforme o modelo da sociedade industrial, assentado na suposição implícita da conformidade com as estruturas de desigualdade social; pelo contrário, eles desencadeiam uma dinâmica conflitiva, que se desloca do esquematismo socioindustrial de produção e reprodução, classes, partidos e subsistemas¹¹².

Considerando a necessidade de uma carga de racionalidade sobre o risco, é perceptível que o elemento central da contemporaneidade não é essencialmente o risco, mas o controle. Nessa perspectiva, é de ser reconhecida que, o ponto nerval, não é a ansiedade coletiva, sob uma perspectiva subjetiva, porém a tentativa constante da sociedade industrial (primeira modernidade) em seguir tentando controlar o futuro (sociedade de risco – segunda modernidade), a partir de instrumentos moldados em período anterior, e não preparados para a atualidade.

Sobre a sociedade do risco mundial, arremata Beck:

Resumindo, a sociedade de risco mundial não é uma sociedade de reconhecimento global dos perigos. A globalidade da sociedade de risco mundial não resulta automaticamente da expansão espacial ou social de situações de ameaça. Pelo contrário, a globalidade tem de ser descodificada como um conflito em torno da *definição* (e das *relações* de definição!) da globalidade. Tal implica três conseqüências: primeiro, a globalidade não pode ser *pressuposta* como “comunidade de destino” global. Segundo, a globalidade tem de ser entendida como um laboratório de conflitos e de problemas globais e, portanto, como uma *fábrica de reflexividade global*. Portanto, em terceiro lugar: a teoria da sociedade de risco mundial não pretende determinar nem a direção nem o resultado da mudança global, e ainda menos pressupõe a existência de um sujeito histórico de cosmopolitização de cariz mundial. Pelo contrário, ela proporciona as mais diversas e contraditórias respostas teóricas a problemas e conflitos globais, colocando-os no centro da investigação¹¹³.

Logo, o sentido global do risco não pode ser visualizado, somente, sob a perspectiva de transnacionalização, como superação de fronteiras. O globalismo é um pressuposto para a compreensão da sociedade do risco mundial. Isso no sentido de que os riscos são globais, porque as decisões que o geram e as conseqüências são globais. Não importa como alcança o país ou nação, mas os efeitos sempre

¹¹² BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. P. 232.

¹¹³ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. P. 339/240.

poderão ser sentidos em outros locais do globo, que não aquele onde a palavra final foi dita.

O risco, portanto, é um paradigma da sociedade contemporânea. Pegando os ensinamentos de Beck e Giddens, é possível compreender a atualidade como um momento permeado pela incerteza. Ao mesmo tempo, todas as estruturas institucionalizadas tentam, de alguma maneira, reduzir o grau de incerteza, e o risco da contemporaneidade. Todavia, o risco não é o vilão da segunda modernidade, porém tampouco é o herói. O risco é um fato, que representa um dos centros gravitacionais da sociedade contemporânea.

A economia, por exemplo, gira em torno do risco. A especulação, a expectativa dos investidores, as bolsas de valores, guiam o sistema econômico mundial, na tentativa de prever o futuro. Usar estatística e método científico, para análise de probabilidades, nada mais é que um exercício de adivinhação com carga científica, portanto, mais confiável.

O medo, a velocidade, o consumo e a globalização, se fundem e formam a sociedade de risco. O medo é o ventre no qual é gerado o risco. A busca por segurança e certeza, ou seja, a consciência de que existem fatos impossíveis de serem controlados é o embrião que através do medo, gera o risco.

O risco traz consequências para todos os segmentos da vida em sociedade (família, amigos, trabalho, etc.), criando um cenário de incerteza que é nocivo para todo um sistema devidamente estabelecido. O Estado, como provedor de toda a segurança de uma determinada comunidade, é demandado a intervir como um mitigador, ou, eliminador dos riscos. Assim, a legislação é submetida a todo processo de revisão de conceitos, para poder ser transformada em um instrumento de redução de riscos.

1.3.) As influências do conceito de risco no Estado contemporâneo

A compreensão e aceitação dos riscos desenvolve a imprescindibilidade de intervenção estatal para atender as demandas da sociedade do risco. O convívio em comunidade passa a ser redesenhado pela lógica do risco e do consumo. O mundo, então, é submetido a uma transformação. Esse novo paradigma do risco, a partir da

sociedade industrial e do progresso tecnológico, exige a autorreflexão em relação às bases de coesão social e a análise das convenções e das bases da racionalidade¹¹⁴.

A revolução tecnológica, o processo de autocompreensão da humanidade e o foco no progresso transformam a contemporaneidade em um mar de incertezas, o que faz com que a sociedade seja crítica de seu próprio desenvolvimento¹¹⁵.

Segundo François Ost, nesse cenário há declínio no Estado Providência:

O facto do Estado-providência ser posto em causa e o declínio da sociedade assistencial traduz o regresso em força do mercado e uma reprivatização das relações sociais. Os indivíduos encontram-se novamente expostos às forças descontroladas do mercado, como se a desinstitucionalização das proteções sociais traduzisse a regressão ao estado de natureza económico. São disso prova as múltiplas formas de desregulamentação que à insegurança económica juntam agora uma nova insegurança jurídica. Disso é prova sobretudo o novo isolamento dos indivíduos que cada vez menos encontram na mediação de agentes colectivos, como os sindicatos, os órgãos naturais susceptíveis de os representarem. Os excluídos já não formam uma classe homogénea que poderia ser representada e pesar pelas suas reivindicações nas opções políticas. Em vez de agentes políticos colectivos, a exclusão deixa apenas indivíduos atomizados, expostos sem defesa do risco social. Passa a haver apenas trajectórias individuais específicas que remetem para histórias singulares: desagregação dos lares sobreendividados, isolamento dos desempregados de longa duração, ruptura familiar das mães solteiras. Nestas condições, é impossível identificar uma categoria social estável susceptível de representação e de protecção “abstracta e geral” pela via do direito¹¹⁶.

Em países periféricos, como na América Latina, o discurso do risco foi utilizado de forma paradoxal, a fim de justificar a redução ao Estado Mínimo¹¹⁷, como forma de enfraquecimento dos governos, para entregar a sociedade às forças anárquicas do mercado.

É passível de ser concluído que, em países em que as promessas da modernidade não foram cumpridas, os efeitos dos riscos são mais acentuados. A partir da ideia de Ost¹¹⁸, o declínio do Estado providência eleva a quantidade de

¹¹⁴ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. P. 22.

¹¹⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. P. 31.

¹¹⁶ OST, François. **O tempo do direito**. P. 341.

¹¹⁷ SARAIVA, Bruno Cozza. NETO, Francisco Quintanilha Verás. Sociedade de risco, neoconservadorismo e constitucionalismo socioambiental como paradigmas emergentes de análise do Cenário de globalização neoliberal. *In*. **Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos**. Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013. P. 36.

¹¹⁸ OST, François. **O tempo do direito**.

riscos, surgindo, paradoxalmente, uma demanda de intervenção de estatal, em razão do estímulo à ausência do Estado.

O Estado não pode ser vilipendiado pelo discurso da sociedade de risco, pois cria um cenário de constante violação de direitos sociais, com o aumento da violência urbana e uma sensação total de insegurança¹¹⁹. O ponto nerval é que a discussão não é entre Estado Mínimo e Estado Máximo, mas que o discurso do risco pode gerar um processo de neutralização do Estado, que não cumprirá nenhuma de suas funções, contudo, passará a servir ao processo de globalização, na sua faceta mais perversa¹²⁰.

Nesse sentido, Bauman¹²¹ afirma existir a “economia política da incerteza” caracterizada pela proibição das normas e regulamentos estabelecidos de forma política, e neutralizando as defesas estatais, para facilitar a circulação de capital estrangeiro. Segundo Bauman¹²², o resultado geral é um “estado de permanente e generalizada incerteza”. Segundo o autor:

A economia política da incerteza é boa para os negócios. Ela torna supérfluos os pesados, desajeitados e caros instrumentos de disciplina, substituindo-se não tanto pelo autocontrole de objetos treinados e disciplinados, mas pela incapacidade dos indivíduos privatizados e inerentemente inseguros de agirem de modo concertado; incapacidade que se torna ainda mais profunda pela descrença deles que qualquer ação desse tipo possa ser eficaz e de que as preocupações privadas possam ser refundidas em questões coletivas, quanto mais em projetos comuns de coisa alternativa¹²³.

Com efeito, um traço da sociedade, consequência da modernidade reflexiva, são as contradições entre conquistas e perigos dominantes; a autoconfrontação leva à superação de desafios modernos, como a globalização, a pobreza, a crise

¹¹⁹ SARAIVA, Bruno Cozza. NETO, Francisco Quintanilha Verás. Sociedade de risco, neoconservadorismo e constitucionalismo socioambiental como paradigmas emergentes de análise do Cenário de globalização neoliberal. *In. Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos*. P. 39.

¹²⁰ SARAIVA, Bruno Cozza. NETO, Francisco Quintanilha Verás. Sociedade de risco, neoconservadorismo e constitucionalismo socioambiental como paradigmas emergentes de análise do Cenário de globalização neoliberal. *In. Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos*. P. 39.

¹²¹ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. P. 176.

¹²² BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. P. 176.

¹²³ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. P. 176.

ambiental, os riscos tecnológicos, a turbulência dos mercados financeiros, e o desequilíbrio político internacional¹²⁴.

Assim, a reflexividade do risco demanda atuação de entes privados e público. Essa reflexividade significa mais modernidade¹²⁵, e a tentativa de reduzir o risco vai gerando mais riscos, porquanto suportar o golpe da incerteza poderia ser mais simples, do que tentar impedir o risco. Diante disso, esclarece Zygmunt Bauman:

[...] o pretense curto-circuito entre reflexividade e desarmamento de risco deixa de ver, são os interessados poderosos que, na sociedade de consumo orientada pelo mercado, devem surgir em torno de toda ansiedade, pânico ou medo, capazes de se desenvolverem como “pontos-de-venda” no esforço contínuo de comercializar artigos pensando para o consumo individual. O valor comercial potencial do medo do risco é infinito. Pode-se embarcar em jogo de qualquer tamanho (ou seja, em qualquer volume de venda) em função de pavores, engenhosamente fomentados, perante riscos de saúde. [...] Combater riscos é agora grande negócio altamente lucrativo – e continuamos a ouvir com frequência que também é, como se espera, autopetruador: curas oferecidas a perigos que vemos (ou nos são mostrados, ou somos incitados a imaginar) criam normalmente jogos que não vemos (ou não se nos mostraram, ou nos impediram de imaginar). Como de fato se institucionalizou, a maneira de “lutar” com os “riscos” pode ajudar um produtor conveniente flexível de dispositivos de combater riscos a desbaratar de vez em quando uma ameaça específica – real ou imaginária – e assim estabelecer suas credenciais e armazenar confiança pública para os benefícios de futuros produtos; mas o desaparecimento completo de perigos “feitos pelo homem”, viesse ele a ocorrer, significa tremendo desastre comercial (que, felizmente, não está nos mapas). Para manter bem lubrificadas as rodas do mercado consumidor, é preciso constante suprimento de novos perigos bem propalados. E os perigos, de que se precisa, devem ter capacidade de se traduzir em demanda do consumidor: esses perigos são “feitos na medida” para o combate privatizado de riscos. Pode-se concluir que a maneira como se institucionalizou a administração do risco na sociedade de consumo permite o desdobramento da reflexividade não tanto como instrumento de liberdade individual, de controle do destino, ou de “colonização do futuro”, mas como dispositivo para refundir a ansiedade pública em lucros de corporações, ajudando a desviar os interesses públicos do próprio mecanismo perpetuador do perigo¹²⁶.

O risco é o elemento de consumo, mas as mercadorias são a segurança e a confiança. Oferecer a certeza passa a ser o bem principal da sociedade de risco. Para Giddens¹²⁷, a economia mundial está sujeita a uma crise de confiança, que

¹²⁴ ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Sociedade de risco e empresas jornalísticas. *In. Rev. Ciênc. Admin.* P. 248.

¹²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos: Sobre a ética pós-moderna**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P. 233.

¹²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos: Sobre a ética pós-moderna**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P. 233.

¹²⁷ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. P. 140.

pode abalar as estruturas de qualquer Estado-nação. Os movimentos incertos das bolsas de valores é um exemplo disso.

Pelo exposto, é visível que surge a necessidade criar instrumentos capazes de estabelecer confiança no futuro. Segundo Giddens¹²⁸, a modernidade tende a criar formas de proteção para a administração dos riscos. A tranquilidade da cotidianidade somente pode ser estabelecida através da institucionalização de certezas, e a segurança de um futuro concreto. A colonização do futuro está presente na sociedade, a todo o momento fazendo planos para evitar que o pior aconteça.

Nesse sentido, Bauman refere o surgimento do “espectro da incerteza”, que é destruído por meio da redução do domínio das escolhas do indivíduo:

O espectro da incerteza é, portanto, exorcizado através de dispositivos de controlo. A certeza é reestabelecida por forças exteriores ao indivíduo – a partir de *fora*. Em última análise, o remédio moderno para incerteza consistiu na restrição do domínio da escolha. Não do domínio teórico e abstrato da escolha, que a modernidade continuou a alargar, aumentando assim o volume da angústia e do medo, mas um domínio da escolha prático, pragmático e sensível, um domínio de escolhas “realistas” e de custo não demasiado elevado – domínio que se mostra como o mais provavelmente dos “interesses” daquele que deve escolher e que, por isso, será também provavelmente o escolhido. [...] ¹²⁹.

A incerteza passa a ser dominada pela restrição das opções de escolhas que cada um possui. Isso deve ser observado sobre duas perspectivas. Do ponto de vista individual, a capacidade de cada ser humano realizar suas escolhas e determinar seu futuro. Sob esse ponto, está se falando em liberdade e capacidade de autodeterminação. Cabe ao Estado, somente garantir um ambiente de liberdade e racionalidade, a fim de permitir que cada pessoa faça as escolhas corretas.

Entretanto, o espectro da incerteza a nível transindividual é mais complicado. Não importa a perspectiva, os governos não podem ignorar a sua responsabilidade em administrar os riscos, visto a natureza difusa deles¹³⁰.

A lógica do seguro e o cálculo de risco (meios de prevenção do incerto) assumem uma relação dialética, segundo o próprio Beck:

¹²⁸ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**.

¹²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007.P. 114.

¹³⁰ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. P. 43.

Essa dialética do cálculo de risco e da lógica do seguro é, efetivamente, um instrumento essencial da criação da ordem interna do Estado nacional, a qual, por outro lado, significa a sua delimitação externa. É o Estado que, na qualidade de agente, intermedeia as reivindicações das diversas partes em conflito, fixa-as no sistema jurídico e dele extrai legitimação e, além disso, abranda o enorme potencial de conflito que há em tais riscos. Os cálculos de risco, quando observados em sua funcionalidade política, têm por consequência a despolitização e a retirada da carga moral dos conflitos. [...] ¹³¹.

O Estado providência é superado pela sociedade de risco, conforme afirma Ost. Beck sugere, como conclusão de sua pesquisa, que acontece uma inversão da lógica da sociedade industrial. Anthony Giddens menciona um período de reflexividade, com muitas incertezas. A ordem contemporânea está em profunda mudança e conturbação, restando a indagação sobre como será o futuro.

Nesse sentido, Edson Vieira da Silva Filho contextualiza o processo de mudança da atualidade:

Do que poderíamos chamar de “era da incerteza” passamos à busca de um porto seguro, e com a pretensão de previsibilidade e segurança nas construções científicas ganham força o pensamento positivista que traz no empirismo e na metodologia seu *standard* de confiança, afastando naturalmente tudo aquilo que se lhe afigurava especulativo e de difícil generalização, uma vez que o mundo deveria ser enquadrado em categorias de índole objetivas e impessoais. Do Medieval, além de reconhecer as desigualdades e os interesses estamentais consubstanciados em um direito produzido para legitimar a hierarquia estabelecida entre clero, nobreza e campesinato, passamos ao esgotamento do feudalismo superado pelo capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social ¹³².

O Estado é demandado a intervir na lógica da sociedade de risco, como um fiador do futuro. As distopias catastróficas da literatura não aconteceram até então, permanecendo a dúvida constante sobre o que está por vir.

A preocupação do Estado com devir não é de hoje. Toda vez que a Constituição Federal garante o direito à previdência, eleva os direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais, tutela a economia, o meio ambiente, é o direito se manifestando em defesa do futuro. A própria necessidade de jurisprudência dever

¹³¹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. P. 117.

¹³² SILVA FILHO, Edson Vieira da. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *In. Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo*, v. 24, n. 1, p. 9-60. 2010. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em 16 de agosto de 2018. P. 16.

ser estável, íntegra e coerente¹³³, é um reflexo da sociedade de risco, que também busca segurança jurídica.

Desse cenário, que Beck extrai a conclusão que o mundo está em metamorfose, englobando uma nova forma de criar normas:

Metamorphosis is about a new way of generating critical norms in the age of global risks. Legal scholars and standard sociology think about violation only if there is a norm. But, with global risks, a new global horizon is emerging from the experience of the past and expectation of future catastrophes. The sequence is turned upside down – the violation comes *before* the norm. The norm arises from the public reflection on the horror produced by the victory of modernity¹³⁴.

O risco reflete a complexidade da sociedade contemporânea. A liquidez moderna gera um cenário de extrema incerteza e riscos. Assim, a sociedade é demandada a criar mecanismo de redução de complexidade, trazendo de volta a certeza. Logo, o direito assume o papel de dizer as coisas certas.

A produção da certeza se torna um elemento central da tentativa de controle da sociedade de risco. As instituições voltam-se ao cálculo, retardamento e impedimento dos riscos. Essas circunstâncias geram um sobrecarga do direito, conforme afirma De Giorgi:

[...] O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitabilidade e não, na certeza das próprias expectativas: por isso, os riscos não podem ser transformados em direito, ainda que possam ser monetarizados. O risco sobrecarrega o direito: trata-se, no entanto de estratégias de retardamento do risco [...], não de estratégias que evitam o risco. O sistema mais diretamente interessado é a economia: isto ocorre seja porque os ricos podem ser monetarizados, seja porque as possibilidades de dívida são infinitas¹³⁵.

Obviamente que, quando possível monetarizar o risco, esse é mais fácil de compreendido, contido, ou contingenciado. Isso porque, a economia trabalha com a ideia de crédito, com vários elementos ficando para o futuro. Um financiamento habitacional é voltado para a análise de risco, visto que se trata de longos parcelamentos, que, ao se tratar de Brasil, já teve inúmeras moedas, em períodos curtíssimos de tempo, é um risco absurdo de ser assumido. Porém, na ponderação

¹³³ Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹³⁴ BECK, Ulrich. **The metamorphosis of the world**. London: Polity Press, 2016a. P. 39.

¹³⁵ DE GIORGI, Raffael. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *In. Revista CCJ nº 28, Ano 15, junho de 1994*. P. 07.

de interesses, é mais viável economicamente insistir no crédito, no que temer constantemente o futuro.

O risco reúne uma simbiose entre o futuro e a sociedade, sendo, na realidade, uma construção comunicativa que abre uma alternativa para o arrependimento no futuro, de uma escolha que poderia ser evitada¹³⁶. Com efeito, o risco tem a função de produzir realidade¹³⁷.

A sociedade contemporânea, quando assume a existência do risco, expande o potencial para as decisões, dobra a possibilidade de escolha e racionaliza a incerteza (DE GIORGI, 2006, p. 234). Esse aspecto da racionalidade que é relevante para a assunção do papel do direito e do Estado na sociedade de risco.

A política cria instrumentos para a contenção do incerto, dessa maneira, cabe citar De Giorgi, sobre a relação com o direito:

Também o direito é um vínculo do tempo, uma modalidade de controle do futuro do ponto de vista da diferença lícito/ilícito. O direito, todavia, não pode proibir o risco. De frente ao risco, o direito manifesta seus limites e deve recorrer às estratégias que reduzam o risco do tratamento jurídico do risco. De outro lado, a política é sempre mais a destinatária das prevenções de minimizações do risco, de reduções do risco a níveis toleráveis. Mas as decisões da política assumem a forma jurídica. A política, agora, descarrega, sobre o direito, o risco de suas decisões. Como as possibilidades de tratar o risco tornam-se obsoletas, não se manifestam apenas os riscos derivados do tratamento dos riscos que se queira evitar, mas se estabiliza uma legislação, uma modalidade de produção legislativa do direito que sobrecarrega e deforma conceitualidade jurídica¹³⁸.

O direito é sobrecarregado com a demanda de ser o veículo condutor da verdade (certeza) na sociedade de risco. No Brasil, em que toda em qualquer demanda pode chegar ao Poder Judiciário¹³⁹, essa função é acentuada, do direito como um redutor das incertezas da sociedade.

Todavia, o direito não pode simplesmente proibir o risco. Esse é um ponto relevante, visto que o legislativo não pode impedir toda e qualquer conduta que gere dano ou risco, sob pena de coibir o progresso, ou violar garantias constitucionais de

¹³⁶ DE GIORGI, Raffael. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartter Latin, 2006. P. 232.

¹³⁷ DE GIORGI, Raffael. **Direito, Tempo e Memória**. P. 233.

¹³⁸ DE GIORGI, Raffael. **Direito, Tempo e Memória**. P. 235.

¹³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

liberdade. O Poder Executivo tenta lidar com o risco através de Agências Reguladoras (baseadas em lei) que reduzem o volume de incerteza e criam um cenário de maior segurança.

Todavia, as maiores expectativas de controle de segurança recaem sobre o direito:

O enfraquecimento da função normativa do direito e a temporalização cada vez mais marcada pela validade normativa transformam as expectativas dirigidas ao direito. O direito fornece sempre menos garantias contra as decepções, enquanto o acesso ao direito torna-se um acesso de risco. O problema mais grave que o sistema jurídico deve enfrentar é originado pela dificuldade do sistema jurídico em aceitar suas próprias condições de risco. Em outros termos, o direito não consegue controlar sua própria instabilidade temporal através do recurso à função tradicionalmente desenvolvida pela normatividade, isto é, através da validade: fornecer a certeza que será, igualmente, um direito. A certeza de que haverá um direito independentemente do resultado do conflito, de qual seja a expectativa, a resistência ou decepção¹⁴⁰.

Ao Estado é relegado o papel de contenção dos riscos. O Poder Judiciário é sobrecarregado com as demandas de criação da certeza. Assim, a maior influência do risco na sociedade contemporânea é a demanda por verdade e certeza.

Logo, a problemática dos riscos globais é diretamente vinculada à questão da problemática da invisibilidade (já foi dito que, na contemporaneidade, os medos – riscos – são marcados pela difusão e incompreensão), e essa problemática da invisibilidade é diretamente ligada a questão do poder¹⁴¹. O poder de dizer a certeza e determinar o futuro, por critérios, obviamente, puramente científicos.

A retórica do poder é uma base de toda a compreensão de Estado e Sociedade, no sentido que afirma Bauman:

A noção de verdade pertence à retórica do poder. Ela não tem sentido a não ser no contexto da oposição – adquire personalidade própria somente na situação de desacordo, quando diferentes pessoas se apegam a diferentes opiniões, e quando se torna o objeto da disputa de *quem está certo e quem está errado* – e, quando, por determinadas razões, é importante para alguns ou todos os adversários demonstrar ou insinuar que é *o outro lado* que está errado. Sempre que a veracidade de uma crença é asseverada é porque a aceitação dessa crença é contestada, ou se prevê que seja contestável. A disputa acerca da veracidade ou falsidade de determinadas crenças é sempre simultaneamente o debate acerca do direito de alguns de *falar com a autoridade* que alguns outros deveriam *obedecer*; a disputa é acerca do

¹⁴⁰ DE GIORGI, Raffael. **Direito, Tempo e Memória**. P. 237.

¹⁴¹ BECK, Ulrich. **The metamorphosis of the world**. P. 99.

estabelecimento ou reafirmação das relações de superioridade e inferioridade, de dominação e submissão, entre os detentores de crenças¹⁴².

Nesse aspecto, o papel da verdade assume um novo relevo na sociedade contemporânea. Quando mais criteriosa for a previsão, mais credibilidade ela receberá. A verdade sempre carrega em si uma pesada suspeita, por sua pretensão absoluta e universal¹⁴³.

A verdade passa a noção de segurança, e a concessão de segurança de seu povo é um dos elementos de legitimação do próprio Estado¹⁴⁴. Portanto, a racionalidade da incerteza assume o papel de legitimação do Estado, porque as normas são submetidas a um procedimento de validação racional¹⁴⁵, as decisões emanadas com base nessa norma, por consequência, deve abarcar os riscos que advêm dessa decisão, logo, o indivíduo pode presumir que o que Estado disser é não arriscado¹⁴⁶. Todavia, como já afirmado, essa certeza não virá, porque conceitualmente impossível.

Sobre a verdade na sociedade moderna, é importante mencionar Castor Ruiz:

A verdade das sociedades modernas fabrica-se legitimada pelos critérios da racionalidade. Algo é verdadeiro se é racional. Enquanto nas sociedades tradicionais os modos da verdade estavam embalados nas crenças religiosas, nas sociedades modernas, a verdade se efetiva nos discursos da racionalidade. São discursos que incorporam a racionalidade como elemento estruturador da verdade. A racionalidade moderna usa a argumentação científica e a prova empírica como métodos de fundamentação última de sua verdade. O método empírico se apresenta como o método verdadeiro por excelência, ainda mais como o único método que legitima o estatuto de verdadeiro a qualquer discurso ou saber. As outras perspectivas de verdade que não se pautam pelo método empírico-científico aparecem como falsas¹⁴⁷.

O Poder Judiciário já vem discutindo a sociedade de risco¹⁴⁸, e trazendo esse paradigma para o debate. Mas o direito, em si, não deveria servir como um

¹⁴² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. P. 143.

¹⁴³ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004. P. 243.

¹⁴⁴ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. P. 122.

¹⁴⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. P. 76.

¹⁴⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. P. 77.

¹⁴⁷ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. P. 254.

¹⁴⁸ O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 601.414, julgado em 24 de fevereiro de 2016, sob a relatoria do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, que fixou as teses do Tema 225, de

garantidor contra os riscos da sociedade contemporânea. Isso porque, o Judiciário não pode intervir de ofício (Princípio da Inércia da Jurisdição), sendo que as políticas públicas deveriam ser utilizadas como instrumento redutor da insegurança.

O advento da modernidade trouxe com ele riscos não criados na contemporaneidade (exemplo prático são as usinas nucleares, que não foram construídas nesse século, mas representam um risco na atualidade). Os sistemas econômicos, os modelos de mercado, quase tudo foi criado na realidade na sólida da primeira modernidade. A segunda modernidade, líquida e consciente dos riscos, passa a assimilar perigos que não representam o sucesso dela própria, mas de gerações que não mais vivem.

O poder político coloca o direito no centro dessas demandas de incerteza, como refere De Giorgi:

[...] A política trata o direito como um lugar da sociedade que testa soluções postas à prova. O público substitui a velha certeza de que existirá um direito pela nova certeza de que, no futuro, poderá haver outro direito que forneça reconhecimento às possibilidades de agir atualmente excluídas. O próprio direito reage à indeterminação de tarefas que lhe são confiadas pela política, por meio da acentuação da dimensão temporal. O sistema jurídico orienta-se sempre mais à causalidade e não, como inicialmente ocorria, à casuística; atua crescentemente de modo não sistemático, é cada vez mais sensível a um ambiente em que demonstra poder aprender a ser indiferente. Generaliza-se, assim, uma forma de ilegalidade fixada, aceita, uma difusa mediação de ilegalidade pactuada. É como se a violação do direito constituísse mais o resultado de um agir normalizado no direito, e menos um aspecto estrutural das operações dos sistemas sociais. Não é o resultado de uma negação do direito. Uma ilegalidade estrutural que não é somente tolerada, mas é claramente estruturada¹⁴⁹.

A modernidade reflexiva (conforme proposto por Beck e Giddens) leva a compreensão de um cenário de muitas incertezas. Para todos os lados há espelhos que refletem uma realidade distinta, que geram consequências diversas.

O risco passa a ser um horizonte, quanto mais se anda em direção a ele, mais longe ele se encontra. Quanto mais a incerteza tenta ser controlada, mais descontrolado surge. Toda vez que o grupo detentor do poder busca mitigar um risco, acaba gerando mais riscos. Essa situação eleva muito a carga de racionalidade das decisões na contemporaneidade. Já foi dito aqui, mais de uma vez, que o paradoxo

repercussão geral, quando dirimiu o conflito entre o direito constitucional ao sigilo bancário e as disposições da Lei Complementar nº 105/2001, discorreu sobre relevantes conceitos da sociedade contemporânea, dentre eles o de sociedade de risco.

¹⁴⁹ DE GIORGI, Raffael. **Direito, Tempo e Memória**. P. 238.

do risco é que as decisões que tentam por fim a ele, ou seja, gerar certeza, criam às vezes mais riscos do que reduziram. A questão que remanesce é como a sociedade lida com essa contradição constante. Viver em sociedade é transformado em um aporismo.

A percepção do risco varia a partir da perspectiva de análise. O medo é um elemento mais subjetivo da pessoa humana, parte de um receio que algo ruim aconteça. A sociedade criou um padrão de normalidade que abrange vários fatores de uma vida plena: família estruturada; emprego estável; possibilidade de lazer; segurança das instituições; confiança na sociedade (não há ladrões, corruptos, falsários, etc.); liberdade plena, exercida e respeitada; desejos íntimos de autorrealização atendidos; dentro outros elementos que são indispensáveis para a felicidade.

Ao nível individual, as pessoas muram suas casas e ficam longe dos criminosos. Os pais colocam seus filhos em escolas privadas, com garantia de ensino de qualidade (o que garantirá um futuro estável), e num ambiente no qual haverá o controle de com quais pessoas aquela criança em formação não irá se relacionar. O lazer infantil é exercido em locais com ampla vigilância e controle e, se possível, com possibilidade de responsabilizar legalmente o estabelecimento, caso ocorra algum acidente com a criança.

Em sendo assim, na percepção individual, o risco é relacionado a uma angústia de medo constante de que algo ruim aconteça, além de ser uma luta constante de ter certeza que o futuro será de sucesso, igual ou maior que o da geração anterior. A questão é que a sociedade contemporânea não trabalha mais com padrões. A família tradicional e estável não é mais a mesma. A violência é uma realidade dos grandes centros urbanos, e surge assim uma sensação geral de insegurança, e a colonização do futuro, assume dimensão difusa.

Sob a perspectiva global, o risco é ainda mais angustiante, embora o indivíduo não sinta essa ansiedade, da mesma forma. A cada eleição (e a democracia é uma forma de incerteza, conforme Ost¹⁵⁰), advém a preocupação generalizada sobre qual será o futuro do país. Ainda mais, que a sociedade atual não quer sofrer com uma nova Guerra Mundial, uma nova Chernobyl, uma nova Crise de 29. A humanidade não tolera mais tanta angústia, tanto desespero. Os

¹⁵⁰ OST, François. **O tempo do direito.**

Estados são demandados a agir com força e destemor, e trazer certezas de que nada acontecerá de novo.

O governo reage de algumas formas. São promulgadas legislações que trabalham exatamente com ideias de risco, proibindo certos produtos, porque podem causar doenças, ou são muito perigosos; legislações antiterrorismos, para evitar que o fundamentalismo religioso contamine a nação; legislações antilavagem de dinheiro; legislações contra narcóticos, entre outras. A forma como Gabe Mythien identifica a compreensão de Beck sobre o desenvolvimento do *welfare system* é pertinente nesse ponto:

[...] Beck contends that the gradual development of welfare systems within nation states was based upon two common goals. First, welfare systems acted as an antidote to the inevitable problems produced by rapid technological, economic and social change. Second, the formal welfare state provide citizens with a vehicle for processing various safety and security needs. In response to citizenship demands, organised systems were developed in health and welfare, the economy, law and insurance. [...] ¹⁵¹.

Logo, o Estado cria estruturas de contenção de riscos, na forma do Estado do bem-estar social, aumentando (ou, ao menos, deveria aumentar) o volume de investimento em áreas como saúde, previdência, educação e segurança pública. A Lei, como base da maioria das democracias é utilizada como elemento legitimador e assegurado da busca pelo bem-estar pleno, e a certeza utópica.

A sociedade de risco é mundial ¹⁵², e a globalização, ao flexibilizar as fronteiras, e todo o conceito de linha divisória, também força a mundialização das instituições e legislações. A cada dia surgem estruturas de poder estatal, a nível mundial, como a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, e outras, como a ONU – Organização das Nações Unidas, OEA – Organização dos Estados Americanos, e assim por diante. Nesse sentido, a lição de Octavio Ianni:

Na época da globalização, mundializam-se as instituições mais típicas e sedimentadas das sociedades capitalistas dominantes. Os princípios envolvidos no mercado e no contrato generalizam-se, tornando-se padrões para os mais diversos povos, as mais diversas formas de organização social da vida e do trabalho, independentemente das culturas e civilizações. Princípios que se tornam progressivamente patrimônio de uns e outros, em

¹⁵¹ MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society**. N.P.

¹⁵² BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**.

ilhas, arquipélagos e continentes; mercado, livre empresa, produtividade, desempenho, consumismo, lucratividade, tecnificação, automação, robotização, flexibilização, informática, telecomunicações, redes, técnicas de produção de realidades virtuais. Esse é o contexto em que as coisas, as gentes e as ideias passam a ser atravessadas pela desterritorialização, isto é, por outras modalidades de territorialização¹⁵³.

O sucesso da contenção dos riscos globais depende, obviamente, do sucesso das relações internacionais entre Estados soberanos, através de instrumentos de direito internacional público, para a criação de instrumentos legais e sociais de mitigação, redução e extinção de riscos¹⁵⁴. Isso porque, os países isoladamente, em um mundo altamente globalizado, não podem solucionar problemas sozinhos, ou, pior, não podem seguir cometendo os mesmos erros de sempre, porque decidiu não aderir a Tratados Internacionais.

Exemplo disso é a postura dos Estados Unidos da América¹⁵⁵ e da China, as duas maiores economias do mundo, e os maiores poluidores do mundo, ao não aderir aos Tratados Internacionais de Proteção ao Meio Ambiente. A nível internacional, ficam esvaziadas as tentativas de redução do risco de catástrofes ambientais, quando os principais responsáveis pela degradação ambiental não se empenham da mesma forma. Isso também prejudica a atuação de países menores, que não são tão poluentes, que veem suas medidas serem inócuas frente aos novos riscos globais.

Outro risco relevante é o risco financeiro. As economias globais não podem ser frágeis, e ficarem à disposição de decisões de um chefe executivo, ou do conselho de uma grande companhia. Economias nacionais não podem ser vitimizadas por atos como os desvendados pela “Operação Lava Jato”, que gerou uma crise financeira em todas as grandes empreiteiras que atuavam no Brasil, que num efeito dominó liquidou com todo o setor de óleo e gás, levando a falência inúmeros fornecedores¹⁵⁶. A importância da “Operação Lava Jato” enquanto medida anticorrupção é inquestionável, mas as consequências dela estão sendo

¹⁵³ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. P. 102.

¹⁵⁴ MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society**. N.P.

¹⁵⁵ Os Estados Unidos da América, por exemplo, assinou o Protocolo de Kyoto, mas não o ratificou.

¹⁵⁶ Segundo Eduardo Maretti, as consequências da Lava-Jato podem ser piores que de uma recessão econômica, visto que o escândalo de corrupção gerou o fechamento de empresas, que não voltarão a existir. Somente o setor de óleo e gás perdeu quase três milhões de empregos. Na época em que a lava jato iniciou, em março de 2014, o IBGE apontava taxa de desemprego no Brasil de 7,1% no trimestre encerrado naquele mês. Eram sete milhões de desempregados. Hoje, a taxa no período encerrado em junho/2018, chega a 13%, com 13,5 milhões de pessoas sem emprego.

extremamente danosas, sendo indispensável que sejam criados instrumentos capazes de impedir que isso se repita.

Assentado o paradigma do risco, como uma possível leitura da contemporaneidade, o próximo capítulo será dedicado a análise da empresa, sua relevância para a atividade econômica, como é a criminalidade empresarial, e se existe alguma possibilidade de responsabilização penal de pessoa jurídica, além do fenômeno da “autorregulação regulada”.

2) A empresa como centro da atividade econômica

O risco, portanto, assumiu um relevante papel na contemporaneidade. O futuro, atualmente, é galgado na busca pela certeza, da garantia de um horizonte próspero. Dentro da sociedade da sociedade de risco, está incluída a criminalidade empresarial, inobstante não seja uma relação direta feita por Beck, na sociedade interpretada por ele está incluído o direito, e conseqüentemente o direito penal.

A atividade empresarial está diretamente vinculada à economia. Diante disso, o objetivo passa a ser compreender a empresa dentro de uma economia liberal, ou que tenta ser liberal, e o papel do Estado nesse contexto.

Uma vez compreendido o papel da empresa, conseqüentemente deve ser analisado como funciona a criminalidade empresarial, na essência, completamente distinta da criminalidade tradicional. Isso porque, o empresário criminoso não pratica o delito, por razões sociais (pobreza, opressão), visto que geralmente está inserido em estratos sociais mais abastados, o motivo é outro.

Um dos modelos de responsabilização da pessoa jurídica proposto é através da “autorregulação regulada”. A autorregulação empresarial é um princípio do *compliance*, que é o objeto de estudo dessa pesquisa.

2.1.) A liberdade de mercado e a empresa

A economia é um elemento central da sociedade contemporânea, com raízes na antiguidade, alcançando o tempo atual. Alimentando infinitos debates sobre desigualdade social, distribuição de riquezas, acesso à educação, saúde, segurança, além de ser um elemento central das políticas públicas, a economia é quase o coração de uma comunidade. Está-se em uma época em que os movimentos da Bolsa de Valores de Tóquio influenciam diretamente no poder de compra no Brasil, graças à globalização, além de um ambiente de muita especulação, trazendo risco para a atividade econômica.

A empresa é um elemento vivo da sociedade civil. O conceito jurídico de empresa está altamente vinculado à finalidade econômica da pessoa jurídica¹, inobstante a concepção econômica de empresa não esteja positivada no sistema

¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 138.

legal vigente, a “[...] noção ideal de empresa advém da economia, ligada à ideia central da organização dos fatores da produção (capital, trabalho, natureza), para a realização de uma atividade econômica”².

Fábio Coelho³, por sua vez, reitera o conceito jurídico de empresa atrelada a sua finalidade econômica de obtenção de lucros, mediante a organização dos fatores de produção. Rubens Requião⁴, por outro lado, vincula a ideia da empresa a organização dos fatores de produção, exercida pela pessoa do empresário (que pode ser tanto física, quanto jurídica).

O Código Civil em vigência adota o conceito ligado à organização da atividade econômica, em busca do lucro⁵. Vale ressaltar que a figura do empresário não é o sócio. O empresário é a pessoa física ou jurídica que exerce uma atividade econômica, dentro do conceito abstrato de empresa, logo, essas figuras e as figuras do sócio e do empresário são inconfundíveis.

Disso exsurge, portanto, a noção de autonomia da empresa, frente a figura do sócio, tornando-a uma abstração, não uma ficção. A empresa existe no mundo real, pratica atividades, contrai direitos e cumpre obrigações, assim, não pode ser tratada como uma figura ficta, simplesmente porque não depende de uma existência material⁶.

A distinção entre empresa e sócio é um conceito jurídico destinado a manter os interesses relacionados à finalidade econômica da pessoa jurídica. Isso porque, um dos elementos principais da disciplina econômica contemporânea é a preservação da empresa⁷, e o distanciamento entre o sócio e a pessoa física que a integra. Com efeito, a pessoa jurídica é uma verdadeira blindagem da pessoa física que é sócia, pois forma uma barreira de proteção entre o patrimônio da pessoa jurídica e da pessoa natural.

² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1**. 6 ed. São Paulo, Atlas, 2014. P. 36.

³ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 18.

⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 60.

⁵ Código Civil Brasileiro. Art. 966 Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. P. 19.

⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. P. 19.

A pessoa jurídica, em si (distinta das pessoas físicas que a compõe), não encontra restrições para a busca de sua finalidade primordial, qual seja, a busca de lucro. As únicas limitações seriam as estabelecidas em Lei, ou, as impostas por força do próprio ato constitutivo⁸.

Ao passo da maioria da doutrina, a empresa enquanto ente é o responsável pela organização dos meios de produção de riqueza, almejando lucro. Stewart Jr., reconhecendo essa finalidade, afirma que o principal papel da empresa é desbravar terrenos desconhecidos:

[...] A atividade empresarial pura é um processo de descobertas; o papel do empresário puro é estar alerta para perceber oportunidades que até então passavam despercebidas. Descobrir oportunidades inexploradas exige um estado de alerta (*alertness*). A economização e a otimização, por si mesmas, não são capazes de gerar essa descoberta. A atividade economizadora só pode “deduzir” melhoramentos que estão implícitos no conhecimento existente, mas não lhe é possível “descobrir” porque, por definição, a descoberta não está implícita no conhecimento existente⁹.

Por consequência, a pessoa jurídica empresarial (diferente das demais pessoas jurídicas – fundações e associações) passa a ser um elemento indispensável da vida em sociedade. O progresso da humanidade passa pelo investimento privado em pesquisa e inovação, ou seja, é da ousadia dos empresários que o mundo é feito. Não pode ser olvidado, em hipótese alguma, que é a empresa que gera emprego e renda, e é capaz de produzir as riquezas que vão compor o Produto Interno Bruto de um país.

O pensamento econômico é marcado por um tensionamento entre liberdade e controle, e o papel do Estado frente ao mercado. Alguns ideais defendem um forte intervencionismo na economia, outros defendem que o mercado deve ser totalmente livre. Assim, foram se formando escolas de economia, tendo como um possível marco inicial as ideias de Adam Smith, que são sintetizadas por Heilbroner, no sentido de que:

O mercado — essa maravilhosa máquina social — tomaria conta das necessidades da sociedade *desde que fosse deixado em paz consigo mesmo*, e as leis da evolução se encarregariam de levar a sociedade até a

⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. P. 9.

⁹ STEWART JR., Donald. **O que é o liberalismo**. 5 ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P. 51.

prometida recompensa. Smith não era contra o trabalho e nem contra o capital; se tomava algum partido era a favor do consumidor. “O consumo é a única finalidade e o único propósito de toda produção”, escreveu ele, e passou à crítica severa dos sistemas que colocam o interesse do produtor acima do interesse do público consumidor¹⁰.

O liberalismo defende, portanto, uma economia totalmente livre, não sendo admissíveis interferências externas. Logo, não há anomalia que possa ser tolerada, porque o mercado trataria de manter o equilíbrio por conta própria; ou seja: quanto mais livre o mercado fosse, melhor ele funcionaria.

Na mesma esteira, aparecem os pensamentos de Donald Stewart Jr.¹¹, para quem o liberalismo é uma linha de pensamento que exige a liberdade de contratação, e que todas as transações sejam realizadas por interesses recíprocos. O autor é contra qualquer tipo de intervenção, como encargos sociais e outras medidas, inclusive, de incentivos, visto que tudo pode gerar desequilíbrio concorrencial.

Como elucida Heilbroner¹² Adam Smith algumas vezes é injustiçado, porquanto na época em que escrevia não viu a sociedade evoluir como aconteceu. Adam Smith não previu o incrível aumento da população que ocorreu nos anos pós-revolução industrial, do acúmulo de pessoas nos grandes centros urbanos, muito menos, que o mercado poderia ser maculado por interesses antiéticos e deturpados, que não buscam manter a economia saudável, visto que a “mão invisível” seria capaz de manter tudo em ordem¹³.

O mundo mudou muito desde o princípio das concepções de Adam Smith. Surgiram as chamadas “falhas de mercado”¹⁴, que são situações que geram desequilíbrio entre o efetivo custo do produto e a avaliação do consumidor, que vai refletir na compra de determinado bem, afetando toda a cadeia de produção/consumo; esse se tornou um dos principais argumentos para a intervenção do Estado na economia. Outro elemento são as chamadas “externalidades”, que é o “[...] efeito produzido por um agente econômico que

¹⁰ HEILBRONER, Robert L. **A história do pensamento econômico**. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvia Deutsch. São Paulo: Editora Nova Cultural LTDA., 1996. P. 67.

¹¹ STEWART JR., Donald. **O que é o liberalismo**. P. 73/75.

¹² HEILBRONER, Robert L. **A história do pensamento econômico**. P. 70.

¹³ SILVA, César Augusto da Silva da. **O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 71.

¹⁴ SILVA, César Augusto da Silva da. **O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente**. P. 78.

repercuta positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, sem a correspondente compensação. [...]”¹⁵. Ou seja, toda vez que surge um prejuízo gerado no mercado, por exemplo, a exigência de uma nova certificação de qualidade, que não representa um incremento no custo do produto, ou um novo tributo, que não reflete na melhora da prestação dos serviços públicos, ocorre uma externalidade.

Diante do surgimento dessas situações de desequilíbrio, a economia foi obrigada a deixar de ser um território sem regras, e o capitalismo teve de ceder à figura do Estado, conforme ensina Heilbroner:

Porém, a mudança no cenário social do capitalismo moderno acabou com isso. Para ser efetiva, a economia teve de se tornar um instrumento de interferência ativa no curso das coisas. Sua função não é mais a de prever ou prognosticar, *porque isto não é mais possível*. A nova função da economia — aliás, a única deixada para ela pelo crescente aumento da indeterminação de comportamento — é a de controlar o sistema econômico. Por controle, Lowe não quer dizer um planejamento central autoritário. Em vez disso, ele vê como tarefa do controle econômico guiar o sistema para um objetivo socialmente desejado através de um correto comportamento do mercado. Pode-se fazer com que o comportamento se torne adequado através de políticas muito brandas, tais como inclusão de impostos, ou pode ser dirigido por ações governamentais mais duras que afetem diretamente a oferta e a procura. Com políticas brandas ou não, a tarefa da economia não pode mais ser o que era. A velha economia era, por assim dizer, uma economia filosófica. A nova economia terá de ser uma economia *política* — uma disciplina que precisa encontrar os meios econômicos de alcançar as finalidades determinadas de maneira política¹⁶.

Com efeito, a economia precisou ser colocada em regras, não podia mais ser um território onde tudo pode acontecer. Leandro Sarcedo¹⁷ identifica essa situação pegando como marco inicial a crise de 1929, quando houve a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, e o mundo entrou em um período chamado de a “Grande Depressão”. A maior economia no mundo, arrastada em uma catástrofe econômica, que gerou consequências nunca antes previstas.

O liberalismo reconheceu, portanto, o papel do Estado, embora não goste da intervenção dele no mercado. O Estado de Direito, na concepção liberal, é o Estado regido pelas Leis, e com o reconhecimento de direitos fundamentais. Assim, surgiu a doutrina do Estado de direito no sentido forte “[...] que é aquele próprio da doutrina

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. P. 33.

¹⁶ HEILBRONER, Robert L. **A história do pensamento econômico**. P. 295.

¹⁷ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. [...]”¹⁸.

Eros Grau¹⁹ considera evidente que o capitalismo liberal não seria viável, assim, o Estado que já detinha o monopólio da emissão da moeda, amplia a sua esfera de atuação. Segundo o autor²⁰, após com o exercício do poder de polícia, e, adiante, nas codificações e na prestação de serviços públicos, o Estado assumiu um papel nitidamente regulador.

O ideário Keynesianista²¹ trouxe uma nova concepção do papel do Estado na economia, pondo um fim no *laissez-faire* absoluto, e pregando um papel regulador do governo, frente ao mercado. Assim, três mudanças macroeconômicas aconteceram na economia dos Estados Unidos da América: o conceito clássico de *laissez-faire* foi revisto; a concordância de que somente a livre atuação do mercado não seria suficiente para alcançar os quatro primordiais objetivos macroeconômicos, quais sejam, a expansão do Produto Interno Bruto, estabilidade dos preços, o equilíbrio do setor externo e a satisfatória distribuição de renda e riqueza²². Os ideais norte-americanos foram absorvidos por vários outros países, que passaram a assumir um papel mais interventor nas suas economias.

Os Estados Unidos da América do Norte entrou em um modelo de regulamentação do mercado, almejando evitar que uma nova quebra na Bolsa de Valores acontecesse. Outros eventos aconteceram, como o caso *Watergate*, que culminou na renúncia do Presidente Nixon, e outros momentos, inclusive, da história recente, com o Caso *Enron*²³, o escândalo do Banco HSBC²⁴, que foi acusado de lavar dinheiro do tráfico de drogas da região norte do México, eventos mais recentes. São esses alguns exemplos de falhas de mercado vinculados ao

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. P. 19,

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 13 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 23/24.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 24.

²¹ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. P. 18.

²² SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. P. 18.

²³ Sobre o Caso *Eron*, é recomendado assistir ao documentário “Os mais espertos da sala”, disponível no *Youtube*.

²⁴ Sobre o escândalo do HSBC, é recomendado assistir ao documentário “Na Rota do Dinheiro Sujo” (*Dirty money*), episódio 4, “O banco dos Cartéis”, disponível na plataforma de *streaming* NETFLIX.

compliance anticorrupção. Existem outros exemplos de falhas de mercado, que uma regulação forte deve conter como a garantia da livre concorrência, com a inibição da formação de monopólios e cartéis, controle de tecnologias que liquidam determinado setor, entre outros.

Uma conclusão foi certa: a economia não poderia ser totalmente livre. Segundo Silva²⁵, a desregulamentação do mercado significa menor proteção a direitos, em especial, do consumidor e do trabalhador, logo, é indispensável que o Estado intervenha na economia, de alguma forma, como instrumento de recomposição de desequilíbrios e falhas de mercado.

Interessante notar que antes mesmo da quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, o Estados Unidos da América do Norte já tinha colocado um freio no mercado com o *Sherman Act de 1890*, que é a Lei Antitruste norte-americana, visando por fim aos monopólios existentes à época, principalmente nos setores petroleiro e ferroviário.

Outras legislações como o *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que é a Lei estadunidense anticorrupção, a *Sarbanes-Oxley* (apelada de SOX), de 2002, que criou complexas estruturas auditorias e governança corporativa, como uma consequência dos danos causados pelo Caso *Enron*, podem ser citadas na forma de exemplos. Essas medidas legislativas criaram instrumentos de controle da atividade empresarial. Outros exemplos podem ser dados, como o controle de qualidade de produtos, através de certificações governamentais, os direitos do consumidor, a legislação ambiental. É possível, portanto, perceber que todos os modelos buscam corrigir falhas de mercado, ou seja, situações cujo custo social é maior que o benefício econômico do determinado produto ou serviço.

Dentro do paradigma regulador, o Estado assume um novo papel na economia, como ensina Leandro Sarcedo:

O Estado-Nação – tão vilipendiado pela visão neoliberal do capitalismo, na qual estava fadado à completa inércia para não atrapalhar o pretense e ilimitado sucesso que seria alcançado pela livre circulação de capitais – passou a ser a redenção para os problemas criados pelo livre mercado, aos quais seus próprios operadores e defensores não tinham qualquer resposta ou capacidade de enfrentamento. Para salvar os chamados mercados da enrascada em que se meteram em razão da sandice que representavam os ganhos exorbitantes, os Estados-Nações acabaram intervindo no tenebroso

²⁵ SILVA, César Augusto da Silva da. **O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente**. P. 122.

quadro criado e, numa lógica também inversa, socializando esses prejuízos²⁶.

Dessa forma, o Estado avoca para si o papel de controlar a economia. Contudo, o Estado, muitas vezes, não dispõe dos instrumentos e dos recursos necessários para cumprir esse papel. Com essa prevalência do Estado Fiscal, na contemporaneidade, o custeio da regulamentação é transferido diretamente aos contribuintes, onerando a máquina pública e a sociedade como um todo.

Para Eros Grau²⁷, o direito posto pelo Estado foi capaz de trazer a calculabilidade e previsibilidade indispensáveis ao mercado. Em resumo, o autor²⁸ afirma que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica, e nela o direito age como um medidor necessário das relações de produção; essas relações não se estabeleceriam, nem poderiam reproduzir-se, sem o direito posto pelo Estado; por fim, esse direito imposto pelo Estado disciplina os mercados, de maneira a permitir a circulação de riquezas e domesticar determinismos econômicos.

Eros Grau conclui que: “[...] o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração”²⁹.

Portanto, é vislumbrável, mais uma vez, a questão do risco como um elemento de compreensão da contemporaneidade. De fato, um dos vértices do *Unsicherheit* é a falta de garantia, ou seja, a falta de que determinada conduta gerará, com certeza, aquela consequência prevista. A economia, por sua vez, trabalha muito com essas noções de análise de risco.

Atualmente, outro fenômeno influencia no livre mercado, trazendo alguns desequilíbrios: a globalização. Já desenvolvido o conceito no primeiro capítulo, basta lembrar que o fenômeno inverteu as lógicas do mercado e trouxe uma nova dinâmica na relação capital, trabalho, consumo e produção.

²⁶ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. P. 26.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 30.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 30.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 30.

As empresas assumem um novo papel no mercado liberal, regulado e globalizado. Atualmente, a pessoa jurídica empresarial não pode ser vista como um mero instrumento de aferição de lucros. A Constituição da República de 1988³⁰ reafirmou a importância da empresa, destacando os fundamentos da ordem econômica, colocando a livre iniciativa como princípio basilar, e definindo fins sociais na economia, como o pleno emprego e a redução da desigualdade social.

Assim, a empresa não pode se limitar ao papel da busca incessante de lucros, e deve atentar para sua função social. Na legislação nacional, deve ter destaque o artigo 47, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências³¹, que destacou os objetivos da função social da empresa: a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, e o estímulo da atividade econômica.

O paradigma liberal contemporâneo, portanto, não é mais o da empresa buscando lucros infinitos, sem qualquer outra preocupação. As grandes corporações e conglomerados empresariais devem estar cada vez mais preocupados com a segurança de um mercado livre, mas com regras justas, que mantenham o equilíbrio da concorrência, e as falhas de mercado e externalidades longe. Além disso, como assumem uma dimensão maior que alguns Estados, acabam liderando políticas essencialmente públicas, como de estímulo ao desenvolvimento e de preservação ambiental.

Segundo Schnapper a noção de uma empresa “cidadã” a considera “[...] uma instituição da sociedade democrática, é ela que assegura, pelo enriquecimento que traz à coletividade, que os cidadãos efetivamente exerçam o seus direitos [...]”³². A

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³¹ Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

³² SCHNAPPER, Dominique. Os limites da expressão “empresa cidadã”. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *et. al. A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o*

essa noção de empresa que está sendo referida, algo maior que uma simples ficção jurídica, mas um instrumento de realização do indivíduo.

O mercado começou a demandar um Estado mais distante de seu funcionamento, porém atuante no manter o equilíbrio da atividade econômica. Assim, passou a ser o Estado o responsável por ditar as regras, todavia, não poderia fazer mais do que isso, sem tolher a liberdade dos grandes responsáveis pelo funcionamento da economia, ou seja, as empresas. Calatayud, nesse aspecto, menciona o fenômeno de um novo Estado regulador, a partir de uma nova teoria geral da regulação, que é concebido como:

[...] un modelo de intervención que reconosca y repete la autonomía política de los nuevos focos privados de poder social, que permita que éstos manejen de manera más eficaz de los asuntos internos y autorregulan los externos, y que promueva una cierta idea de democracia neocorporativa o sectorial. Es así como surge la idea del <nuevo Estado regulador>, un nuevo Estado que busca superar tanto el modelo clásico liberal como el modelo keynesiano de regulación, adaptándose a buen parte de los dogmas del pensamiento neoliberal. En este nuevo Estado, donde la <mayoría de la policía es policía privada, donde muchas cárceles son cárceles privadas, reguladas por el Estado> no rige el proyecto hayekiano de privatización y la deregulación, sino un instituto de privatización y crecimiento regulatorio. Para los partidarios de la teoría del nuevo Estado regulador, las entidades privadas pueden interactuar dentro de un marco regulatorio para alcanzar fines públicos, pero no en base a criterios estrictamente tecnocráticos, sino por una pluralidad de factores entre los que se incluyen los tres que hasta ahora hemos reseñado. [...] ³³.

Dessa maneira, o modelo de produção capitalista elege como fundamento racional do ordenamento político o lucro, colocando o direito a seu serviço. Assim, o direito contemporâneo existe fundamentalmente para permitir a circulação de riquezas, e tentar domesticar os determinismos econômicos, criando um paradoxo na tentativa de dominar a realidade: “[...] o capitalismo [leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia] necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la.”³⁴.

Cepticismo e o Dogmatismo. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. por Lisboa: Instituto Pyaget, 1996. P. 100.

³³ CALATAYUD, Manuel Maroto. §4 Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. *In.* JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones.** Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. P. 90/91.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica).** P. 34.

Trazendo a compreensão para a realidade mais próxima à brasileira, o estudo pode ser iniciado pela leitura de que a América Latina assumiu uma proposta de Estado nacional-desenvolvimentista, como movimento contrário ao liberalismo, no qual a proposta é que Estado intervenha diretamente na economia³⁵. Segundo Bresser-Pereira e Theuer³⁶ esse modelo de Estado é extremamente nacionalista, pois estimula um movimento contra o imperialismo liberal, com os países desenvolvimentistas justificando sua forte intervenção na economia, no paradigma Keynesianista.

Nos anos 1980, quase toda a América Latina entrou em severa crise financeira, pela adesão a esse Estado desenvolvimentista, e movimentos liberais ressurgiram. Como proposta de solução, Bresser-Pereira e Theuer³⁷, falam em Estado novo-desenvolvimentista, que seria o mesmo Estado desenvolvimentista, porém enriquecidos com conceitos avançados de macroeconomia, colocando o Estado em uma posição estratégica, ditando políticas públicas para o crescimento da economia:

O Estado novo-desenvolvimentista é uma forma de Estado adaptado ao capitalismo global, a um estágio de capitalismo onde a competição econômica entre as nações é fundamental. O papel do Estado, nesse caso, é criar oportunidades de investimento, investir ele mesmo quando necessário e regular os mercados, os financeiros em particular, para assegurar o crescimento com estabilidades de preços e a estabilidade financeira. O desenvolvimento para os novos-desenvolvimentistas é visto não só como crescimento econômico e da industrialização, mas também como a redução das desigualdades sociais e melhoria no padrão de vida da população³⁸.

Em resumo, segundo Bresser-Pereira³⁹, o Brasil passou por vários cenários de crise. Desde a era Getúlio Vargas, que foi logo após a grande crise de 1929, o país passou uma grave crise nos final dos anos 70 e inícios dos anos 80,

³⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; THEUER, Daniela. Um Estado novo-desenvolvimentista na América Latina?. In. *Econ. soc. [online]*. 2012, vol.21, n.spe, pp.811-829. ISSN 0104-0618. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-06182012000400005>. Acesso em: 11/janeiro/2018. P. 813.

³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; THEUER, Daniela. Um Estado novo-desenvolvimentista na América Latina?. In. *Econ. soc. [online]*. 2012, vol.21. P. 813.

³⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; THEUER, Daniela. Um Estado novo-desenvolvimentista na América Latina?. In. *Econ. soc. [online]*. 2012, vol.21. P. 814.

³⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; THEUER, Daniela. Um Estado novo-desenvolvimentista na América Latina?. In. *Econ. soc. [online]*. 2012, vol.21. P. 823.

³⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In. *Revista de Serviço Público. Ano 47, Volume 120, Número 1, P. 7-40*. Jan-Abr. 1996.

desencadeado pela própria crise de petróleo, que teve consequências a nível mundial. No Brasil, os anos 90 não foram mais felizes, a começar pelo *impeachment* do Presidente Collor, e o cenário de superinflação, que somente veio a ser atenuado com o Plano Real, proposto pelo Ministro da Economia Fernando Henrique Cardoso, que veio a ser Presidente da República posteriormente.

Bresser-Pereira⁴⁰, em breve retomada histórica, afirma que nos principais países europeus foi adotada a administração burocrática clássica, como resposta à administração pública patrimonialista, identidade das monarquias absolutistas. Todavia, esse modelo de administração é contraditório ao modelo de capitalismo industrial, que exige uma clara separação entre o mercado e o Estado. Segundo Bresser-Pereira:

À nova administração pública não basta ser efetiva em evitar o nepotismo e a corrupção: ela tem de ser eficiente ao prover bens públicos e semi-públicos que cabe ao Estado diretamente produzir ou, indiretamente financia. Se, nos países desenvolvidos, os direitos civis e sociais estavam razoavelmente protegidos, os direitos públicos não estavam: a *res publica* estava exposta a todo tipo de ameaças. O nepotismo e a corrupção mais visíveis foram controlados, mas surgiram novas modalidades de apropriação privada de uma fatia maior do patrimônio público. Empresários continuavam a obter subsídios desnecessários e isenção de impostos; a classe média assegurou para si benefícios especiais, muito maiores do que está disposto a reconhecer; os funcionários públicos eram muitas vezes ineficientes no trabalho, ou simplesmente não trabalhavam – quando ocorre excesso de quadros – mas, se mantinham protegidos por leis ou costumes que lhes garantem a estabilidade no emprego⁴¹.

O Brasil, na Constituição da República de 1988, adotou inicialmente um regime de administração burocrática clássica racional-legal⁴². Esse modelo de administração é marcado pela lentidão e o peso da máquina administrativa, o que agravou a crise que assolava o Brasil no início dos anos 1990. Isso gerou uma crítica enorme ao modelo administração burocrática:

A reforma gerencial foi uma resposta a essa crítica e uma maneira de tornar os serviços sociais mais eficientes do que já são por natureza – porque o consumo coletivo é mais eficiente do que o consumo privado, não obstante

⁴⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In. Revista de Serviço Público. Ano 47, Volume 120, Número 1.*

⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; e SPINK, Peter. Reforma do Estado e administração pública gerencial.* Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. P. 21-38. P. 27.

⁴² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In. Revista de Serviço Público. Ano 47, Volume 120, Número 1.*

as ineficiências que sempre existem no fornecimento do consumo público. Ela é, historicamente, a segunda reforma administrativa do Estado moderno. A primeira reforma foi a reforma burocrática, a reforma que Max Weber analisou de maneira definitiva. Foi a reforma que rejeitou a administração patrimonialista e a tornou profissional. Ela foi inevitável, porque o Estado liberal era incompatível com a administração patrimonialista. A reforma gerencial é igualmente inevitável; é uma decorrência necessária do estado social, como este foi decorrência lógica da transição dos países ricos para democracia e o aumento de poder para o povo que isso significou⁴³.

O Brasil, em 1995, foi submetido à chamada “reforma gerencial”, como o reflexo da crise que acometeu todos os Estados desenvolvimentistas nos anos 1980, que não pode ser considerada como limitada a criação de agências reguladoras, mas no reposicionamento do Estado como responsável pela capacitação da competitividade das empresas privadas⁴⁴.

Bresser-Pereira⁴⁵ foi acusado de ser neoliberal, o que ele nega. Segundo o autor a reforma gerencial é adequada tanto à esquerda, quanto à direita, porquanto seu fim primordial é fazer o Estado funcionar melhor, seja no aspecto social, seja no aspecto de desenvolvimento econômico. Vale lembrar, por oportuno, que o Estado novo-desenvolvimentista busca a redução da desigualdade social e o aumento da qualidade de vida dos cidadãos.

A reforma gerencial, segundo o próprio autor⁴⁶ tem como objetivo a redução da desigualdade social, e o aumento da segurança dos cidadãos e suas famílias, tendo quatro características:

[...] (1) tornar os gerentes dos serviços responsáveis por resultados, ao invés de obrigados a seguir regulamentos rígidos; (2) premia os servidores por bons resultados e os pune pelos maus. (3) realiza serviços que envolvem poder do Estado por meio de agências executivas e reguladoras; e – o que é mais importante – (4) mantém gratuito os grandes serviços de consumo coletivo, mas transfere sua oferta para organizações sociais, ou seja, para provedores públicos não estatais que recebem recursos do Estado e são controlados por meio de contrato de gestão [...]⁴⁷.

⁴³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. In. **Revista de Administração Pública**. 51(1): 147-156. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan/fev 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761216376>. Acesso em 06/janeiro/2019. P. 152.

⁴⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial de 1995. In. **Revista de Administração Pública**. 34(4): 7-26. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul/ago 2000. P. 9.

⁴⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. In. **Revista de Administração Pública**.

⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. In. **Revista de Administração Pública**. P. 153.

⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. In. **Revista de Administração Pública**. P. 153.

Segundo Bresser-Pereira, a reforma do aparelho do Estado parte da existência de quatro setores: “[...] (1) núcleo estratégico do Estado, (2) as atividades exclusiva do Estado, (3) os serviços não exclusivos competitivos, e (4) a produção de bens e serviços para o mercado.”⁴⁸. Em resumo, no núcleo estratégico do Estado, estariam definidas as leis e políticas públicas do governo, para a regulação do mercado; as atividades exclusivas do Estado são aquelas em que os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) atuam diretamente, e é impossível delegar; nos serviços não exclusivos competitivos são os que, não possuem envolvimento do Estado, porém pela alta relevância e falta de interesse privado, são exercidos pelo Poder Público; por fim, os da produção de bens e serviços que será feita através de sociedades de economia mista, que atuam em setores estratégicos da economia⁴⁹.

Assim, a proposta de Bresser-Pereira se adequa à concepção de Estado regulador, a partir da ideia da criação de Agências Reguladoras e contratos de gestão. Portanto, inobstante a proposta não seja neoliberal, e agrade à esquerda e à direita, é visível em um caráter liberal no conceito, porque prega o afastamento do Estado, de setores em que ele não seja indispensável. Bresser-Pereira sintetiza a sua proposta nos seguintes termos:

A reforma é gerencial porque busca inspiração na administração das empresas privadas e porque visa a dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência as agências públicas. É democrática porque pressupõe a existência de um regime democrático, porque deixa claro o caráter específico, político, da administração pública e, principalmente, porque nela os mecanismos de controle, de caráter democrático, são essenciais para que possa haver delegação de autoridade e controle *a posteriori* dos resultados. É social democrática porque afirma o papel do Estado de garantir os direitos sociais e lhe fornece os instrumentos gerenciais para fazê-lo, de forma não apenas mais democrática, mais eficiente do que faria o setor privado. É social-liberal porque acredita no mercado como um ótimo, embora imperfeito alocador de recurso, buscando limitar a ação do Estado às áreas em que o mercado está ausente ou realiza mal sua tarefa coordenadora⁵⁰.

⁴⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In. Revista de Serviço Público. Ano 47, Volume 120, Número 1*. P. 24.

⁴⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In. Revista de Serviço Público. Ano 47, Volume 120, Número 1*. P. 25.

⁵⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial de 1995. *In. Revista de Administração Pública. 34(4): 7-26*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul/ago 2000. P. 24.

O Estado regulador é um Estado mais magro, e mais eficiente, que confia no mercado para fazer a economia funcionar, sem descuidar das garantias e direitos sociais. Ao mesmo tempo, tem consciência que o mercado, várias vezes, não está pronto para lidar com as externalidades e suas falhas, sendo o papel do Estado, equilibrar as desigualdades, e garantir um ambiente competitivo para as empresas atuarem. O Estado regulador é um Estado deveria ser sempre “cirúrgico”, que sabe a hora a intervir, e a hora de deixar livre, tendo como base o Princípio da Legalidade e o respeito à liberdade, dentro da concepção liberal de Estado de direito.

Dessa forma, segundo Eros Grau⁵¹, o direito promove um processo de racionalização do mercado. Segundo o autor⁵², a ordem econômica da Constituição Federal de 1988, consagra um regime de mercado organizado. O artigo 174, da Constituição Federal de 1988⁵³, é um claro exemplo dessa constatação, segundo o autor:

Trata-se de *normação* e *regulação* que, como já anotei neste ensaio, reclamam *fiscalização*. Essa atividade, de *fiscalização*, é desenvolvida, evidentemente, em torno de um objeto. Fiscalizar significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer-se com que ocorra – ou não ocorra. Assim, *fiscalizar*, no contexto deste art. 174, significa prover eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, isso é evidente [...], não de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Por isso não de, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configurar *intervenção sobre o domínio econômico*⁵⁴.

O direito, através da regulação, impõe a racionalidade no mercado, porque permite a instalação de um horizonte previsibilidade e calculabilidade, em relação aos comportamentos humanos no mercado, o que não seria possível se fosse baseado em critérios subjetivos do Príncipe⁵⁵. A empresa é fundamental, nessa

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 190.

⁵³ Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. [...].

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 303.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 35.

concepção de Estado regulador, diante do afastamento do Poder Público, e a conferência de um elevado grau de autonomia às pessoas jurídicas, pelo fato que vão ser consideradas instâncias de microrracionalidade, dentro da economia de mercado⁵⁶. Inclusive, o quarto setor da reforma gerencial é exclusivo das empresas, por critério de exclusão, pois é o único setor que não teria a presença direta do governo.

A relevância da empresa leva a uma nova compreensão do próprio instituto jurídico, e dentro do escopo desse trabalho, é importante desenvolver a compreensão de como surgiu e evoluiu a criminalidade empresarial.

2.2.) A criminalidade empresarial

O crime é um conceito clássico, inicialmente desenvolvido para a determinação da responsabilização penal de uma pessoa humana. Na essência, o delito utiliza de conceitos religiosos, como dolo, culpa, arrependimento, confissão, entre outros. O que demonstra que a sua origem é muito anterior à concepção moderna de Estado e garantias.

A Teoria do Crime busca conceituar o que se entende por ilícito penal. Sem adentrar em discussões mais profundas, o crime, pela concepção de Aníbal Bruno:

[...] é essencialmente uma ação, isto é, uma manifestação da vontade humana no mundo exterior, mas uma ação antijurídica, isto é, contrária ao Direito, uma ação que contrasta com a proibição ou o comando de uma ordem jurídica, e ainda uma ação típica, uma ação que realiza um das descrições do fato punível que se encontra na lei, uma ação que se ajusta a um tipo legal, e finalmente uma ação culpável, isto é, uma ação pela qual deve pesar sobre o seu autor a reprovação da ordem jurídica⁵⁷.

Esse é o conceito analítico de crime, o qual a doutrina moderna denomina de tripartite, em que o crime é o fato típico, ilícito e culpável; alguns doutrinadores sugerem que o crime é fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade pressuposto da pena, inaugurando o conceito bipartite de crime, que, todavia, não recebe muito

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. P. 47.

⁵⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral, Tomo 1º**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Rio, 1967. P. 288.

acolhida⁵⁸. Segundo Noronha⁵⁹, o fato típico é aquele que se adequa a sua previsão legal, ou seja, é a conduta humana ao que a Lei atribui como fato criminoso; a antijuridicidade é a violação ao preceito jurídico, que na ciência penal é analisada por critério exclusão, isto é, se não existe nenhuma causa excludente da ilicitude (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e estado necessidade) a conduta é antijurídica⁶⁰; por fim, a culpabilidade é o elemento subjetivo da conduta, pois o autor do crime sempre agirá sob dolo ou culpa, visto que a responsabilidade penal jamais deverá ser objetiva.

O Princípio da Legalidade é um requisito da própria Teoria do Crime, sob o vértice da tipicidade, além de, segundo Nelson Hungria⁶¹, ser um princípio político, que representa uma proteção da liberdade individual frente ao poder-dever de punir do Estado.

Dessa forma, o Princípio da Legalidade Estrita é um marco da legislação penal brasileira. Está previsto tanto constitucionalmente⁶², quanto no próprio Código Penal⁶³. Sobre esse Princípio, Luigi Ferrajoli o considera um marco divisor entre Estados Totalitários e verdadeiras Democracias:

[...] Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos a que elas se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos Estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo. [...]⁶⁴.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 289.

⁵⁹ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal [por] E. Magalhães Noronha**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1977-78. P. 107/113.

⁶⁰ Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal Brasileiro. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

⁶¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Vol. 1, Tomo 1º**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1955. P. 12.

⁶² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. [...]XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...].

⁶³ Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal. Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; e Luiz Flávio Gomes. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 349.

O Princípio da Legalidade, na forma da tipicidade, é o ponto identificador do modelo constitucional de direito penal. É através dele que exsurge a garantia de um processo democrático da formação das condutas juridicamente reprováveis que justificam a violação de um dos direitos mais caros a todo o ser humano.

Como já explicado nesse estudo, a globalização, o risco, o consumismo, trouxeram novos paradigmas de compreensão da contemporaneidade. Obviamente, a criminalidade não ficou para trás, evoluiu junto com a sociedade, e hoje o crime não pode ser mais analisado a partir do espectro individual, limitado à pessoa física.

Segundo Eduardo Saad-Diniz⁶⁵, o crime não é mais restrito ao comportamento do homem delinquente, é um fato social e não deve ser interpretado fora da dinâmica da sociedade; ou seja, o crime não pode ser retirado do seu ambiente, e avaliado como um fenômeno isolado, em condições artificiais; por ser um fato social, cometido por um ser humano, todos os elementos que circundam o crime devem ser considerados. Assim, surgiu um novo modelo de criminalidade, distinto do modelo tradicional de crime individual, atrelado a cenários de pobreza e falta de acesso a serviços público – os crimes de colarinho branco. Tyler identifica dois elementos que diferenciam o crime de colarinho branco, do crime tradicional:

What is white-collar crime and how does it differ from other types of crime? There are two principal distinctions. The first is who commits the crime. Whitecollar criminals are typically better educated, employed, middle class and, at least historically, white and male. They are central members of society, not marginal individuals. Second, the crimes they commit tend to be nonviolent and to focus on money. The crimes involved are not emotionally driven, such as assault or rape, nor are they crimes involving physical harm. Instead, they are efforts by individuals to achieve economic gains outside the rules⁶⁶.

Edwin Sutherland⁶⁷, foi um precursor da compreensão dos crimes de “colarinho branco” (*white collar crimes*), que desenvolveu uma pesquisa empírica em 70 (setenta) corporações, buscando estatísticas que demonstrassem como

⁶⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 167-191. P. 170.

⁶⁶ TYLER, Tom R. Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice. In: SIMPSON, Sally. WEISBURD. **The criminology of white-collar crime**. Nova York: Springes+Bussines Media, LLC, 2009. P. 195/196.

⁶⁷ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

acontecem crimes em estratos sociais mais abastados, afastados do paradigma corriqueiro, de crime vinculado à pobreza e falta de acesso a necessidades básicas de sobrevivência.

O delinquente de colarinho branco é uma pessoa com conhecimentos técnicos avançados, com destaque dentro da estrutura empresarial, geralmente bem vestido, com bom vocabulário, que passa impressão que jamais seria capaz de cometer um crime. Sua posição social lhe garantiria uma aura de inocente, com uma bússola moral bem definida.

Segundo Sutherland⁶⁸, a criminalidade de colarinho branco possui pontos de distinção e convergência com a criminalidade tradicional. O ponto da reincidência é uma convergência entre ambas as criminalidades, o criminoso de colarinho branco, também, possui uma tendência a repetir a conduta penalmente tipificada; segundo, a conduta criminosa é muito mais abrangente do que a acusação é capaz de apontar. Conforme a pesquisa desenvolvida por Sutherland, quase todas as corporações investigadas, esconderam mais crimes do que os descobertos, quase que em uma conduta de acobertamento de condutas ilícitas.

Ainda em Sutherland⁶⁹, um terceiro ponto, agora de distinção, é que os executivos que cometem crimes dificilmente perdem seu *status* junto com os demais associados. Com efeito, raramente um executivo é demitido, ou ao menos afastado, pelo cometimento de alguma conduta criminosa, até são beneficiados dentro da estrutura empresarial, com alguma medida paliativa, na forma de um convite para aposentadoria, por exemplo, ou premiados pelos altos lucros alcançados, mesmo que o preço seja a violação de uma regra ética. Por fim, o crime de colarinho branco é um crime organizado, que se aproveita da estrutura empresarial, para cometer ilícitos, assumindo uma dimensão coletiva, o que separa do paradigma tradicional de criminalidade individual.

O delinquente de colarinho branco não se identifica como um criminoso, porque, para o senso comum ele não é, visto que não lhe é aplicada a lei da mesma forma, e suas relações sociais não se aproximam da delinquência tradicional, baseada na pobreza e violência⁷⁰. Ainda, Sutherland⁷¹ reconhece a proximidade que os criminosos de colarinho branco possuem com o governo, e o potencial que detêm

⁶⁸ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.**

⁶⁹ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.**

⁷⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.**

⁷¹ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.**

de mudar posições e decisões de cunho político em seu favor, o que também, é uma característica dos criminosos de colarinho branco.

O crime de colarinho branco é muito relacionado a quem o pratica, ou seja, pessoas de estratos sociais mais altos que, em tese, não dependeriam do crime para sobreviver, e pouco hábeis a sofrer a persecução penal, cujas vítimas dos crimes são grupos sociais mais vulneráveis, como trabalhadores e moradores de alguma comunidade⁷². Todavia, esse conceito não é suficiente, porque se um executivo, de uma grande corporação, cometer um homicídio de trânsito, conduzido seu veículo embriagado, esse não será um crime de colarinho branco. A finalidade do crime deve ser a busca de lucro, pela violação de uma conduta comercial, como sonegação de tributos, ou lavagem de dinheiro, não bastando a figura do autor do fato.

Sutherland⁷³, quando reconhece o caráter associativo da criminalidade de colarinho branco, desenvolve a “teoria da associação diferencial”, que é a tendência que é vislumbrada quando uma empresa identifica um meio de ampliar sua aferição de lucros, e outra empresa passa a imitá-la, mesmo que seja ilícita. Sob o ponto de vista da sociedade, Sutherland desenvolve a “teoria da desorganização social”:

La desorganización social puede ser de dos tipos: *anomia*, es decir, la falta de standards que dirigen una conducta de los miembros de una sociedad en general; o bien sobre zonas específicas de conducta, es decir, la organización dentro de una sociedad de grupos están en conflicto respecto a prácticas específicas. Dicho brevemente, la desorganización social puede aparecer bajo la forma de la falta de standards o conflicto de standards⁷⁴.

Em sendo assim, as empresas passam a delinquir para se manter no mercado, se associando de forma diferente, ou diferencial. Por sua vez, a sociedade não está suficientemente organizada para coibir esses tipos de conduta, e acaba fomentando a prática de crimes.

⁷² SILVEIRA, Alexandre Marques. DIAS, Felipe da Veiga. Sociedade de risco e a (in) sustentabilidade social: um olhar a partir da criminologia crítica. In. PAFFARINI, Jacopo. **Direito, Democracia e Sustentabilidade: o humano entre a austeridade e o pluralismo jurídico**. Jacopo Paffarini, Leandro Caletti - Erechim: Deviant, 2018. P. 22.

⁷³ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. P. 284.

⁷⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. P. 295.

Diante disso, surge uma nova compreensão da conduta delitiva, através da sua análise econômica. Segundo Talia Fisher⁷⁵, a análise econômica da criminalidade leva ao estudo das razões econômicas das leis penais e das instituições. As razões econômicas são fundamentadas na racionalização da busca máxima por lucros, ou seja “[...] the economic approach to criminal law assumes that offenders are rational agents who seek to maximize their utilities the criminal context. [...]”⁷⁶.

A análise econômica do direito penal é vinculada à relação custo benefício do crime, como conclui Fisher:

The economic model of criminal law focuses not only on the choice of individuals, in their capacities as potential offenders, but also another facet of this analysis which relates to the institutions of criminal justice – to the social planner and to the crime-control policies it employs: deterrence and crime prevention do not come cost-free. They are contingent upon the state investing resources in apprehending wrongdoers (the costs of policing and prosecuting) and in imposing punishment upon these offenders (the costs of imprisonment). Just as potential offenders seek to maximize their utilities, subject to the constraints imposed upon them, so the state seeks to maximize its utility. And in light of the costs as directed at minimizing the overall expected costs of crime and crime prevention (at achieving optimal – rather than maximal – deterrence). Put differently, apparatus is not eliminate crime altogether – it is not to completely deter individual from engaging in criminal activity – but, rather, to reach an optimal level of crime and deterrence. Lastly, the economic approach to criminal law focuses on the regulate activities⁷⁷.

É visível, portanto, que a análise econômica do direito penal vislumbra uma relação entre o custo do crime, e o benefício dos resultados. Essa abordagem, inclusive, é transferida para o papel do Estado no controle desses delitos, no sentido que o processo de apuração de crimes de colarinho branco deve ser o mais barato e eficiente possível, também em uma análise custo/benefício.

A globalização criou um cenário muito mais oportuno para a prática de crimes de colarinho branco, do que antes da ocorrência do fenômeno⁷⁸, visto que o modelo organizado de criminalidade, e a possibilidade de crimes transnacionais, fertilizou um

⁷⁵ FISHER, Talia. **The Oxford Handbook of Criminal Law. CHAPTER 3 Economic Analysis of criminal law.** Edited by Markus D. Dubber and Tatjana Hörnie. Print Publication date: nov/2014. Online publication date: mar/2014.

⁷⁶ FISHER, Talia. **The Oxford Handbook of Criminal Law. CHAPTER 3 Economic Analysis of criminal law.** P. 40.

⁷⁷ FISHER, Talia. **The Oxford Handbook of Criminal Law. CHAPTER 3 Economic Analysis of criminal law.** P. 41.

⁷⁸ GRABOSKY, Peter. Globalization and white-collar crime. In: SIMPSON, Sally. WEISBURD. **The criminology of white-collar crime.** Nova York: Springer+Business Media, LLC, 2009. P. 192.

terreno antes desconhecido para a prática de crimes, com benefícios inimagináveis. Atualmente, grandes corporações buscam economias mais frágeis e sensíveis, com regimes jurídicos menos rígidos, para tirar proveito e praticar crimes, ou, ao contrário, buscam paraísos fiscais, para esconder e/ou movimentar dinheiro de origem ilícita, que muitas vezes são situados em países muito ricos e desenvolvidos.

Richard Posner⁷⁹, defende que o principal papel do *criminal law*, em uma sociedade capitalista, é prevenir que pessoas ao transpor o sistema legal, sejam beneficiadas de alguma forma pelo mercado, garantindo a confiabilidade das grandes corporações. Assim sendo, o direito penal econômico assume uma função simbólica, de impedir a prática de crimes que prejudiquem a saúde do mercado.

O direito penal é demandado a assumir um novo papel de prevenção de ilícitos, na seara empresarial, no novo paradigma da globalização.

O direito penal do risco encontra uma de suas raízes na sociedade de risco, sendo caracterizado, segundo Cabrera⁸⁰: “[...] pela substituição do contexto de ações individuais para o contexto de ações coletivas [...]”. O Direito Penal contemporâneo passa a ser concentrado na tutela de bens jurídicos difusos, pois é transmutado em um instrumento de prevenção, e não mais de reação, “em um direito de gestão (punitiva de riscos gerais)”, sendo “administrativizado”⁸¹.

Assim, segundo André Luis Callegari, nessa sociedade de risco:

[...] o Direito Penal assumiu um papel de contenção de ânimos que em momento algum, deveria ter lhe sido conferido. Foi adotada, em grande escala, a imagem de que o Direito Penal é a solução instantânea para o problema da violência social e que, quanto mais ineficácia for demonstrada por esse instrumento de combate, mais fortalecido ele deva ser⁸².

Essa nova tendência, fruto da combinação de todos os elementos acima citados, exige um endurecimento da legislação penal, que ganha um afã muito maior

⁷⁹ POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. *In. Columbia Law Review*. Vol. 85, nº 6, p. 1193-1231. 1985.

⁸⁰ CABRERA, Michelle Gironda. *Compliance* e imputação objetiva: criação do risco proibido. *In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. Compliance e Direito Penal*. São Paulo, Atlas, 2015. P. 134.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 148.

⁸² CALLEGARI, André Luís. A “transmutação” do Direito Penal: reflexos da expansão do Direito Penal. *In. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2013. P. 27.

da sociedade civil. O Direito Penal deixa de ser um instrumento de reação e passa a atuar antes da prática do crime⁸³.

O novo panorama é de quebra do paradigma clássico de crime individual (homicídio; furto; roubo), para uma nova forma de delinquência globalizada,

O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou criança) a delinquência da globalização é delinquência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação “excepcional”, à qual se tende a assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém⁸⁴.

Os crimes de perigo abstrato ganham muito fôlego. Medidas cautelares antecipatórias da pena são utilizadas de maneira desenfreada. Atualmente, não há uma grande operação da Polícia Judiciária, na qual não é requerida a prisão temporária/preventiva dos supostos autores do crime em investigação, bem como, o sequestro dos bens, utilizados, ou adquiridos, por práticas criminosas⁸⁵.

A tutela da ordem econômica, por ser um bem jurídico difuso, exige do direito penal uma amplitude jamais vista. Os meios de investigação devem ser altamente modernizados, as sanções devem ser duras, para garantir a segurança da sociedade. Uma multinacional, que emprega milhares de brasileiros, não pode simplesmente deixar de existir pelo fato que foi utilizada para a prática de crimes.

Assim, as legislações penais, que tutelam o sistema financeiro, rumam para um fenômeno de unificação a nível mundial, com marcas cada vez menos garantistas, no qual o Princípio da Legalidade é cada vez mais relativizado em nome da eficiência da tutela penal do sistema econômico⁸⁶.

Nesse sentido, Carla Nahal Benedetti percebe que: “[...] ao Direito Penal é demandada a tarefa de intervir frente aos novos riscos e problemas sociais,

⁸³ CALLEGARI, André Luís. A “transmutação” do Direito Penal: reflexos da expansão do Direito Penal. *In. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. P. 29.

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. P. 121/122.

⁸⁵ WISNIEWSKI, Renato Mendes. SILVA FILHO, Edson Vieira da. Crime organizado na sociedade de risco: uma perspectiva garantista. *In. Revista Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo*, v. 30, n. 3, p. 442-259, set./dez., 2016. P. 453.

⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. Rento de Mello Jorge Silveira, Eduardo Saad Diniz. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 35.

principalmente aqueles advindos da atividade econômica das grandes empresas e multinacionais”⁸⁷.

Se assim não for, as grandes corporações continuarão a cometer atos ilícitos, pois pensam sair impunes, como identifica Wisniewski e Silva Filho:

Considerando as premissas da sociedade de risco, portanto, é inegável que megacorporações privadas são conduzidas, por força dessas circunstâncias, para uma indesejável atuação no mercado ilícito, no qual suas atividades, potencialmente danosas para a sociedade, passam a figurar como mero fator de cálculo a ser considerado na busca de acumulação de capital. Afinal, a impunidade delinquente e a fragilizada resposta criminal dos Estados passam a ser fatores de extrema relevância nessa utilitarista ponderação das atividades organizacionais, que, sob essa ótica, dinamizados pelos discursos liberais, individuais e capitalistas, tornam-se financeiramente compensadores àqueles que desse modo passem a atuar. Noutras palavras, as empresas privadas deixam de avaliar questões voltadas aos riscos, como a destruição do meio ambiente, aos acidentes nucleares, ao rompimento com os direitos sociais ou direitos fundamentais, para avaliar apenas e tão somente as variáveis econômico-financeiras envolvidas nessas questões. E exatamente aí é que se encontra o fértil campo de atuação das organizações criminosas contemporâneas que, sob uma roupagem aparentemente lícita, assumem segmentos logísticos e operacionais organizados e vinculados a essas megacorporações geradoras de riscos cada vez mais crescentes, apostando nos lucros gerados e na deficiência do sistema criminal como um todo independentemente dos nefastos resultados que essa atividade possa vir a causar em desfavor de si ou de humanidade como um todo⁸⁸.

Os crimes de colarinho branco, portanto, são crimes cometidos por pessoas de estratos sociais mais abastados, que não dependeriam, em tese, do crime para a sobrevivência, fugindo do paradigma corriqueiro, da criminalidade fruto da pobreza. Todavia, o crime de colarinho branco não pode ser visto somente pela perspectiva do agente, mas também, da finalidade do crime: almejam a obtenção de lucros, mesmo que de forma criminosa. Uma característica do delinquente de colarinho branco é não se ver como um criminoso, porém como um astuto empresário, que encontrou uma forma de lucrar mais no mercado.

Isso leva à associação diferencial, ou seja, quando uma pessoa descobre uma forma de aferir mais lucros, e outros executivos aderem. A desorganização social, ou seja, a falta de instrumentos para o combate a crimes dessa natureza fomenta a prática, dificultando o combate.

⁸⁷ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 43.

⁸⁸ WISNIEWSKI, Renato Mendes. SILVA FILHO, Edson Vieira da. Crime organizado na sociedade de risco: uma perspectiva garantista. *In. Revista Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo*, v. 30, n. 3. P. 449.

A globalização é um fenômeno contemporâneo que mudou a forma de leitura da contemporaneidade, tirando a linearidade nas relações entre Estados-nação e a separação público-privado. As grandes corporações atuam de forma transnacional, e muitas vezes tomam dimensões maiores que muitos países. Além disso, são detentoras do poder econômico. Ugo Mattei⁸⁹, lucidamente identifica o papel do Poder Econômico, representado pelas corporações multinacionais, como determinante dos rumos políticos de um país, assumindo a função que deveria pertencer somente, ao Poder Político:

[...] la moderna empresa multinacional concentra una cantidad inmensa de poder económico que es capaz, al mismo tiempo y sin contrapeso alguno, de transformarse en poder político y en poder de producción de derecho (a través de la inversión económica, por ejemplo, en la producción política y judicial del derecho de los Estados Unidos y de entidades supraestatales como la Unión Europea). A falta de mecanismo de separación de poderes y de instancias de democracia participativa, la voluntad jerárquicamente soberana de los consejeros delegados de las grandes multinacionales (CEO, en inglés) es tan absoluta como la del *dominus* romano, paradigma de la propiedad y de la soberanía territorial absolutas⁹⁰.

A dúvida sobre a punição é uma forma de estimular o crime. Acontece que, nos crimes de colarinho branco, a pobreza de algumas legislações, leva a utilização das empresas como forma de acobertar crimes. Segundo Forigo⁹¹, a maior parte da criminalidade econômica é praticada por meio de pessoas jurídicas que criam um ambiente propício para a prática de crimes, seja pela conivência, ou pela criação de mecanismos que obscurecem os ilícitos.

Diante disso, dentro do paradigma da sociedade de risco, não pode mais ser ignorado, ao contrário, torna-se imprescindível e urgente conceber a responsabilização penal de entes coletivos⁹². Muitos desafios cercam a punição criminal da pessoa jurídica, em especial, a questão da identificação do dolo, as

⁸⁹ MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes un manifiesto**. Tradução de Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, 2011.

⁹⁰ MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes un manifiesto**. P. 32/33.

⁹¹ FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In. Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação de Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização de Fernando Martina Maria Sobrinho. Londrina, PR: Thoth, 2017. P. 17-44.

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *In. Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 33/2001. P. 39-65. Jan – mar/2001. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. Vol. 2. P. 269-298. Out/2010. P. 12.

formas de punição, e as consequências que eventualmente recaiam sobre os sócios⁹³.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é algo tormentoso na doutrina. Como já explicitado nesse estudo, a pessoa jurídica está atrelada à atividade econômica, em sendo assim, trata-se de uma abstração jurídica. Todavia, a pessoa jurídica não é uma ficção, porque ela existe, e pratica atos de vontade.

A empresa, contudo, é diferente da pessoa dos sócios, sendo a essência do direito empresarial. Inexistiria sentido na criação de uma pessoa jurídica, se essa pudesse ser confundida a qualquer momento com a figura dos sócios. Assim, a empresa é uma barreira entre as consequências da atividade econômica e a responsabilidade dos sócios. Segundo Medina Osório:

A pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo direito, não possui, naturalmente, vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance da culpabilidade, pessoalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção. Tais princípios resultam ligados a uma específica capacidade humana de obrar, tendo por pressupostos atributos exclusivamente humanos. Somente o homem pode evitar comportamentos proibidos através da consciência e da vontade. As pessoas jurídicas, por seu caráter fictício, atuam sob o domínio dos homens, em geral de uma pluralidade de vontades, sendo que, em si mesmas, não estão dotadas desses atributos humanos. [...] ⁹⁴.

O dolo, concebido como a vontade de praticar o crime, é algo essencialmente anímico, isto é, humano. A vontade dos sócios, embora em muitas oportunidades convirjam, não representam o mesmo que a vontade da empresa. Ainda, o direito penal não aceita responsabilidade objetiva, logo, os conceitos de direito civil, sobre responsabilidade das pessoas jurídicas, não podem ser transferidos para o caso desse estudo.

Gomes-Jara Díez⁹⁵ desenvolveu a ideia “construtivista” de responsabilização penal da pessoa jurídica. A partir desse desenvolvimento, Díez tenta criar uma teoria coerente e fechada de responsabilização penal da pessoa jurídica.

⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 343.

⁹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. Tradução de Cristina Reindolff da Motta, Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey. São Paulo: Atlas, 2015.

O primeiro elemento da noção construtivista da responsabilidade penal da pessoa jurídica é a capacidade de organização da empresa. Esse elemento muito se assemelha a ideia de culpabilidade, porquanto se um indivíduo pode ser punido em razão de sua “capacidade de agir”, a pessoa jurídica pode ser punida pela sua “capacidade de se organizar”⁹⁶. Com efeito, estruturas normativas internas das empresas vão se tornando cada vez mais complexas, que vai gerando uma capacidade quase infinita de condutas dentro de uma estrutura do ente moral.

A imputabilidade empresarial decorre, por consequência, do grau de organização da empresa, como se existissem empresa imputáveis e inimputáveis⁹⁷. Essa concepção é interessante porque aparenta contemplar o Princípio da Individualização da Pena⁹⁸, visto que o direito penal não admite generalizações.

A culpabilidade empresarial surgiria de uma equivalência entre a culpabilidade individual e a culpabilidade do ente moral:

Pois bem, diante desta difícil situação, a forma de abordar a problemática que adota o modelo construtivista é construir um conceito de culpabilidade empresarial que, se bem não é idêntico ao conceito de culpabilidade individual, sim que resulta funcionalmente equivalente. Ou seja, conforme o modelo construtivista, culpabilidade empresarial e culpabilidade individual não são iguais, mas sim funcionalmente equivalentes; ou expressado de outra forma: desde a perspectiva da função da culpabilidade – sc. simbolizar a infração do papel do cidadão (corporativo no caso da empresa) fiel ao Direito, o questionamento da vigência da norma – culpabilidade individual e culpabilidade empresarial são equivalentes. Efetivamente, o conceito construtivista de culpabilidade empresarial tem como base três equivalentes funcionais que correspondem aos três pilares do conceito de culpabilidade individual: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do Direito Penal e, por último, a capacidade de questionar a vigência da norma.⁹⁹

Com efeito, Díez¹⁰⁰ sugere um mecanismo de equivalência entre a pessoa jurídica e a pessoa física, como meio de transferir o conceito de dolo. Refere, o tema a seguir, no sentido da autorregulação da empresa e do cidadão cumpridor de leis,

⁹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. P. 30.

⁹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**.

⁹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...].

⁹⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. P. 38.

¹⁰⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**.

do cidadão capaz de questionar leis e de ter vida pública. A pessoa jurídica poderia ter esses três elementos.

O conceito construtivista de responsabilização penal da pessoa jurídica decorre da criação de um dever de cuidado, por meio de estruturas de autorregulação (*compliance*), e a criação do risco permitido. Assim, a culpabilidade do ente moral estaria “[...] na ausência de um programa efetivo de *compliance* – vez que a omissão na elaboração de tal programa seria o fator primário, primordial, que originaria a imperfeição estrutural existente no interior da pessoa jurídica.”¹⁰¹. Assim, a teoria do defeito na organização é vislumbrada quando constatado um defeito na estrutura empresarial, quando ela seria penalmente responsabilizada.

As críticas a esse modelo são muito grandes. Para Busato e Reinaldet¹⁰², Díez cria um modelo autônomo de culpabilidade da pessoa jurídica, repartindo a compreensão sistêmica. Além disso, a simples existência de um programa de *compliance*, não elide a responsabilização penal da pessoa jurídica, por outro lado, o simples fato da empresa ter a noção de “cidadania empresarial”, não é motivo para que seja penalmente punida. Isso seria violar o Princípio da Culpabilidade, e da responsabilização individual. Esse modelo sim, que seria uma forma de punir os sócios por um defeito na estrutura empresarial, que até poderia ser desconhecido da gerência ou do Conselho Diretor.

Ademais, o sistema de *compliance* seria sobrecarregado com algo que não é capaz de suportar. A pretensão absoluta de estruturas de conformidade, como sendo hábeis a desvendar qualquer ilícito dentro da empresa é um excesso de confiança em um instrumento normativo voltado, especialmente, para conter falhas da organização empresarial. Sem nem mesmo o Estado, soberano e absoluto é capaz de conter, investigar e punir todos os crimes, como será a empresa apta a isso, dentro das limitações da esfera privada? Impossível.

Ainda, a culpabilidade por defeito da organização peca porque não é mantida a coerência temporal entre o ato e a responsabilização penal, visto que a empresa já seria responsável pelo crime desde antes dele acontecer; segundo, a culpabilidade

¹⁰¹ BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015. P. 41.

¹⁰² BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**.

da pessoa jurídica recairia sobre uma conduta alheia das pessoas físicas; terceiro, não existe previsão de excludentes da tipicidade e culpabilidade, gerando uma responsabilização penal objetiva da pessoa jurídica¹⁰³.

Outra corrente existente é a culpabilidade da pessoa jurídica como a violação de um dever de cuidado. Esse modelo tem como característica principal a desconsideração de um dever objetivo de cuidado, na forma de uma omissão voluntária, que resulta em um resultado previsível e lesivo, a um bem jurídico penal¹⁰⁴. Essa concepção depende da criação de crimes específicos, com deveres de cuidado, e da função de garantidor. Além disso, cai na possibilidade de considerar as estruturas de *compliance*, como estruturas de dever, que geram obrigações de cuidado, e sobrecarrega o *compliance officer*, que será, ao fim, a figura do garantidor.

Reinaldet e Busato defendem essa posição, rebatendo as críticas que podem ser feitas. Sobre o dolo, afirmam os autores:

[...] o dolo, mesmo em sua formatação de consciência e vontade, já assumiu um perfil completamente normativo, relacionado com o compromisso para com a produção do resultado, avaliado normativamente através de indicadores objetivos, perfeitamente plausíveis de associação com pessoas jurídicas. Isso porque, para os filiados à corrente significativa da ação, a averiguação do elemento volitivo e cognitivo do tipo subjetivo não se dará por intermédio da análise de dados naturais/psicológicos – os quais são, efetivamente, incompatíveis com a pessoa jurídica; mas ela ocorrerá através de uma perspectiva valorativa, a partir de elementos indicadores objetivos externos – a qual analisa um querer e um conhecer normativos e não ontológicos. Por tal razão, a nova concepção significativa que vem sendo trabalhado a respeito do tipo subjetivo torna o dolo plenamente compatível com o ente moral. [...]¹⁰⁵.

Em outras palavras, Reinaldet e Busato defendem que o dolo é extraído de elementos objetivos, que por meio das provas, pode ser aferido sem a necessidade de análise de elementos psicológicos. Todavia, embora seja respeitável a doutrina,

¹⁰³ BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. P. 50/51.

¹⁰⁴ BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. P. 53.

¹⁰⁵ BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. P. 57.

ainda não resta esclarecido, suficientemente, como a vontade da pessoa jurídica é percebida, dentro do contexto em que a abstração jurídica não tem vontade autônoma. Não existe “dolo”, porque não existe autonomia anímica, logo, não existe o que ser provado.

Outras críticas, como a responsabilidade sem autor pessoa física e da punição baseada em juízos hipotéticos, embora importantes, não ganham muita relevância. Não existiria sentido em criar toda uma teoria de responsabilização penal da pessoa jurídica, acaso fosse obrigatória a responsabilização penal da pessoa física, para sua aplicação, a autonomia da punição é pressuposto da necessidade de desenvolver um meio de sancionamento criminal das pessoas jurídicas.

Sobre a punição por crimes abstratos, os crimes de violação de dever de cuidado são assim na essência, logo a crítica é transferida para outro momento, não necessariamente na formação da culpa da pessoa jurídica. A concepção é baseada no fato que as estruturas de *compliance* criariam um dever de garante dentro da empresa, gerando a possibilidade de responsabilização penal por crime omissivo impróprio, na forma do artigo 13, §2º, ‘b’, do Código Penal¹⁰⁶, não se mostra a mais adequada.

Nesse ponto, é iniciada a análise crítica das estruturas de *compliance* como elemento aferidor da culpabilidade da pessoa jurídica. A primeira questão é que o Direito Penal não pode condenar com base em conjecturas, pela visualização de causalidade hipotética¹⁰⁷. Um dos elementos da conduta criminosa, segundo Bitencourt¹⁰⁸ sempre será o nexo de causalidade, em especial, nos crimes materiais; inobstante, nos crimes formais, exigia-se, via de regra, uma conduta comissiva, o que muda a perspectiva de análise.

Todavia, o importante é que não há como transformar a estrutura de *compliance*, por si só, em um meio de responsabilização objetiva, seja da pessoa jurídica, seja dos sócios ou gerentes, conquanto imprescindível a prova de que

¹⁰⁶ Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal. Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹⁰⁷ BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. P. 59.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. P. 318.

aquela conduta, omissiva ou comissiva, efetivamente, causou o dano. Ou seja, a prova do nexo de causalidade, dentro de *standards* probatórios comuns ao processo penal, é indispensável, sob pena de absolvição em nome do *in dubio pro reo*.

Outra discussão é a responsabilidade penal da figura do garantidor, estabelecida contratualmente dentro das empresas, através do cargo executivo denominado *Compliance Officer*. Embora essa seja uma questão casuística, porque deverá ser analisado contrato por contrato, na hipótese de o *Compliance Officer*, de fato, assumir a função de garantidor da empresa, pode ser presumido que essa atribuição é inerente ao cargo.

Acontece que, segundo Brandão, a conduta omissiva, *non facere*, deve:

[...] ser possível ao homem e os pressupostos dessa capacidade de ação só podem partir da estrutura finalista da ação. Para que exista uma omissão é necessário que o sujeito represente o objetivo da ação omitida, formulando-o na esfera do pensamento, e selecione os meios para a consecução de seus fins. Na omissão, portanto, existe uma finalidade potencial. [...] ¹⁰⁹.

Assim, mesmo que seja a figura do garantidor, a sua conduta omissiva deve ser direcionada à finalidade delituosa, deve haver dolo na omissão, ressalvados nos crimes que se admita culpa.

Por outro lado, é de ser destacado que, inobstante o entendimento exposto acima, não há garantia legal de imunidade do *Compliance Officer*. O Cargo Executivo, bem como os sócios e gerentes, mesmo que descubram e denunciem o ilícito, podem responder criminalmente, conquanto possuam o dever legal de impedir o resultado delitivo, diante do fato que são “garantidores” dentro da estrutura corporativa.

Ainda no ponto da posição de garante do *Compliance Officer*, cabe destacar o entendimento de que o cargo não abrange a função de garantidor:

O *compliance officer* não tem faculdades executivas na empresa, razão pela qual não lhe pode impor o dever de *efetivamente impedir* a ocorrência de um resultado típico, se não o de obter (ativa ou passivamente) um determinado conhecimento a respeito do descumprimento do programa da empresa (ou da lei) e de *comunica-lo* a quem puder trata-lo ¹¹⁰.

¹⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 145/146.

¹¹⁰ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015. P. 193.

A conclusão alcançada é de que o simples fato de ocupar um cargo executivo garantidor do programa de conformidade de determinada empresa, não possui o condão de gerar responsabilidade jurídica. A conduta criminosa, seja omissiva ou comissiva, exigirá o dolo, sempre, e esse deve ser analisado sob o prisma probatório, dentro do caso penal. O estudo da posição do *Compliance Officer* será aprofundado nessa pesquisa.

A punição penal da pessoa jurídica é tão confusa quanto a aferição do dolo. Segundo Díez¹¹¹ a pena aplicada a pessoa jurídica possuiria o mesmo caráter retributivo da pena individual, sendo necessária a criação de um sistema de dosimetria da pena, semelhante ao aplicado na seara da pessoa física. Todavia, a essência do direito penal é a forma de autorizar o Estado a privar a liberdade de um cidadão, algo impossível, para pessoas jurídicas.

Inobstante a isso, o próprio direito penal tradicional cedeu para a aplicação de penas alternativas, como o previsto no artigo 44 e 77, ambos do Código Penal¹¹². Assim, não seria uma verdadeira incoerência imaginar que as pessoas jurídicas seriam punidas penalmente, de forma alternativa à privação da liberdade, diante da

¹¹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas.**

¹¹² Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 1º (VETADO) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão; § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.[...]

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

impossibilidade de essencial da medida (existência de uma figura material, para ser presa).

Por outro lado, as penas alternativas devem ser analisadas com muito cuidado. Uma multa, por exemplo, não importando a gravidade do crime, não poderia causar a falência da empresa, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988¹¹³, veda as penas cruéis e de morte. Da mesma forma, devem ser encaradas as penas de proibição de licitar com o Poder Público, rescisão de contratos, entre outras, que são vistas em algumas legislações¹¹⁴.

Do ponto de vista da crítica do caráter transcendental da pena aplicada à pessoa jurídica, que pode alcançar as pessoas do sócio, violando a individualização da pena, Medina Osório, ao analisar essa questão, da perspectiva do direito administrativo sancionador, rechaça o argumento:

Nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a personalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação, tal como ocorre com as famílias dos acusados, que sofrem a perda daquele que sustenta a economia familiar, quando ocorre a privação da liberdade. Os sócios, no caso das pessoas jurídicas não são diretamente condenados. Isso decorre da própria personalidade jurídica dos “entes morais” e da clara e inequívoca separação entre as figuras da pessoa jurídica e de seus integrantes. Podem os sócios, dentro da lei, constituir outra pessoa jurídica. Se a sanção atinge apenas o ente moral, seus sócios ficam livres para constituição de outra figuram respeitada a ideia de não fraudar a condenação originária¹¹⁵.

Nesse sentido, então, a responsabilidade penal das empresas não pode ser analisada da possibilidade de expansão das penas privativas de liberdade, mas de utilizar o direito penal como fonte de controle social do comportamento dos entes empresariais, que são os grandes protagonistas da realidade socioeconômica contemporânea¹¹⁶. O momento é de ruptura com velhos conceitos penais e

¹¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. [...]. XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

¹¹⁴ O ordenamento jurídico brasileiro prevê, em vários instrumentos legislativos, a possibilidade de sanções administrativas aplicáveis a pessoas jurídicas, como por exemplo: artigo 37, da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); artigos 86 a 88, da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações); artigo 7º, da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão); além da própria Lei nº 12.846/2014 (Lei Anticorrupção).

¹¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. P. 347.

¹¹⁶ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. P. 85.

processuais penais, de forma a utilizar o direito penal como um instrumento de garantia.

A sociedade não tem mais como tolerar tantos crimes cometidos por pessoas no mais alto escalão dos governos, e das multinacionais, maiores que muitos Estados-nação. O direito penal, em sua função simbólica, é um instrumento de controle social, e de aferimento da confiança nas instituições. Outra “Lava-jato” não pode ser tolerada.

O direito estrangeiro já vem enfrentando a questão há mais tempo. Por exemplo, o Código Penal Espanhol já positivou a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, no artigo 31 bis¹¹⁷. Segundo Jesus-María Silva Sánchez, ao comentar a legislação de seu país:

¹¹⁷ Código Penal Español. Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales o ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. (SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**).

[...] el tenor literal de su texto hace responsables penalmente a las personas jurídicas – en primer lugar – de los delitos *cometidos* por personas físicas que ostenten en ellas la posición de representantes legales, administradores de derecho o administradores de hecho. Pero – en segundo lugar – también las hace responsables por los delitos *cometidos* por subordinados de los sujetos anteriores. La condición para tal segunda vía de atribución de responsabilidad es que la *comisión* del delito por los subordinados haya sido posible por no “*haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*”.¹¹⁸

Segundo Silva Sánchez¹¹⁹, o legislador espanhol optou pela responsabilização penal da pessoa jurídica pela atribuição. Pela observação da legislação, é perceptível um misto entre a teoria da dupla imputação (adotada no Brasil até 2013), e da perspectiva da concepção construtivista de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Segundo Nieto Martín¹²⁰ esse modelo é o mais adotado na Europa, enquanto nos Estados Unidos da América, o modelo adotado é mais amplo em que “[...] puede derivarse de la actuación de cualquier persona, sea directivo o no, que actúa para la empresa en el marco de su funciones, com la intención de beneficiarla. [...]”¹²¹.

Nos Estados Unidos da América do Norte é perceptível a presença da teoria dos crimes de colarinho branco, como uma forma de legitimar a responsabilização penal da pessoa jurídica.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou essa matéria¹²², quando analisou a teoria da dupla imputação, na responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria ambiental, oportunidade em que afastou a construção doutrinária, afirmando ser independente a responsabilidade subjetiva do ente ideal.

A Ministra Rosa Weber foi a relatora do caso, chegando a conclusão que não há a necessidade da dupla imputação (pessoa jurídica em concurso com pessoa

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Capítulo 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español. *In. Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Jesús-María Silva Sánchez (Director) e Raquel Montaner Fernández (Coordinadora). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013a. P. 21/22.

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Capítulo 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español. *In. Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*.

¹²⁰ NIETO MARTÍN, Adán. §7 La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo. *In. Autorregulación y sanciones*. Dirección Luis Arroyo Jiménez e Adán Nieto Martín. Segunda Edición. Aranzadi: Thomson Reuters, 2015. P. 167-195.

¹²¹ NIETO MARTÍN, Adán. §7 La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo. *In. Autorregulación y sanciones*. P. 180.

¹²² Supremo Tribunal Federal. RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

física), para a responsabilização de empresa em matéria penal ambiental¹²³, considerando a inexistência de previsão constitucional:

Ao se adotar tal linha de compreensão, condicionando a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física, pois, na vertente ora afastada, por exigência de coerência, não haveria sentido em absolver a pessoa física, dela retirando a responsabilidade pela prática de um delito ambiental, e, ato contínuo, condenar a pessoa jurídica.¹²⁴

O voto Relator reconhece a complexidade e a dificuldade na apuração de crimes cometidos dentro da intrincada estrutura empresarial de corporações multinacionais. Segue o voto:

Daí porque a responsabilidade da pessoa jurídica - a par das razões decorrentes da intenção de impedir que o ente coletivo obtenha lucros e vantagens advindos da prática de fatos ilícitos no seu interesse, e de fomentar que os órgãos técnicos e de direção da empresa atuem para impedir o cometimento de injustos, até como reforço, no caso da norma constitucional brasileira, na preservação dos bens jurídicos ambientais tutelados -, fundamenta-se na extrema dificuldade de obtenção da prova da autoria de ilícitos cometidos no ambiente empresarial e de conglomerados associativos, de intensa e intrincada segmentação na tomada de decisões e na condução técnica e de opções da sociedade, muitas vezes desenvolvidas em etapas sucessivas e complementares¹²⁵.

Conclui o voto no sentido de que a exigência de identificação de uma pessoa física penalmente responsável impõe óbice demasiado oneroso a punição da pessoa jurídica, sem assentamento constitucional, razão pela qual foi rechaçada a teoria da dupla imputação:

Assim, em muitas situações a busca de responsabilização penal da pessoa jurídica, sem que o mesmo fato ilícito tenha sido atribuído a pessoa física precisamente identificada, poderá decorrer de uma quase impossibilidade prática de comprovar a responsabilidade humana no interior da corporação, ante divisão horizontal e vertical de atribuições; ou de uma reconhecida amenização das culpas individuais, em face da complexidade estrutural e orgânica do funcionamento e das deliberações do ente moral, levando a um abrandamento de responsabilidades pessoais a ponto de a colaboração de cada pessoa física tornar-se diluída no processo de imputação. Por esses

¹²³ A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, no Brasil, é prevista somente em matéria ambiental, por expressa previsão constitucional (artigo 225, §3º, da Constituição da República Federativa), cuja disposição é reproduzida na legislação infraconstitucional (Lei de Crimes Ambientais – artigo 3º, da Lei nº 9.605/1988).

¹²⁴ Supremo Tribunal Federal. **RE 548181**. P. 18.

¹²⁵ Supremo Tribunal Federal. **RE 548181**. P. 19.

motivos, a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 3º) permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, se atribua o mesmo fato delituoso à pessoa física, bastando que fique demonstrado que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva¹²⁶.

Acontece que a Corte Suprema não enfrentou a questão mais sensível que é a identificação do dolo. A teoria da dupla imputação tentou suprir essa deficiência pegando emprestado o dolo da pessoa física envolvida na conduta criminosa, para transferir à pessoa jurídica, assemelhado a perspectiva espanhola.

A Ministra Relatora leu acertadamente a Constituição da República, no sentido de que inexistente a obrigatoriedade da imputação do crime à pessoa física, até porque não faria sentido punir a pessoa jurídica, se uma pessoa física tem de ter o mesmo destino, o que abrisse a possibilidade de responsabilização objetiva, como se uma fosse consequência da outra. Todavia, não esclarece de onde o dolo da conduta criminosa deverá ser extraído. Ainda, o julgamento não enfrenta questões processuais, como por exemplo, como será realizado o interrogatório de uma pessoa jurídica, que são outros desafios quando é excluída a obrigatória inclusão de uma pessoa natural na persecução criminal.

Depois de situado o papel da empresa no mercado, restou esclarecido como é a criminalidade empresarial, e quais são algumas possíveis teorias de responsabilização penal de pessoa jurídica. Esses conceitos são indispensáveis para a compreensão do *compliance*, enquanto fenômeno criminal na sociedade de risco.

2.3.) A autorregulação da empresa

A ideia de regulamentação é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio. As Agências Reguladoras¹²⁷ exercem um papel fundamental com a imposição de regras e normas sobre determinado setor econômico sem, necessariamente, intervir

¹²⁶ Supremo Tribunal Federal. **RE 548181**. P. 26.

¹²⁷ São exemplos de Agências Reguladoras: ANATEL: Agência Nacional de Telefonia; ANA: Agência Nacional de Águas; ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar; ANCINE: Agência Nacional de Cinema; ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil; entre outras.

diretamente na empresa, sendo um grande exemplo do modelo. Esse é um modelo adotado no Brasil, após a reforma gerencial dos anos 1990.

A autorregulação da empresa é uma necessária evolução do sistema legal de combate à corrupção e lavagem de dinheiro. Assim, é um fenômeno muito próximo do *compliance*, que será objeto de estudo do último capítulo desse trabalho. Outrossim, é uma consequência lógica da concepção de Estado regulador, dentro da perspectiva de afastamento do governo, e afirmação da autonomia privada da empresa.

Nesse momento, importante referir que Ricardo Villas Bôas Cueva¹²⁸ posiciona o *compliance* como um marco do direito regulador, sendo um instrumento de gestão das falhas de mercado, e está se transformando em um importante mecanismo de regulação da atividade econômica, em uma sociedade cada vez mais complexa. Assim, é feito um pequeno distanciamento do direito penal, que coloca o *compliance* dentro da estrutura do direito administrativo. Segundo o autor:

[...] O direito de *compliance*, por seu turno, consiste em internalizar o direito da regulação nas empresas, sobretudo naquelas que estejam em posição de torná-lo mundialmente efetivo. O regulador converte-se em um espectador dos esforços das empresas. Seu papel evolui: ele não mais faz, assiste fazer, controla o que é feito e recebe provas do que foi feito, do que está sendo feito, permanentemente. O direito de *compliance* permite às autoridades, sobretudo as financeiras com poderes sancionatórios e estruturais, ter uma visão do interior das empresas que exerçam atividade internacional e que possuam contatos com pessoas, ou objetos relacionais com objetivos predeterminados¹²⁹.

Nessa toada, é vislumbrável vários elementos do Estado regulador, em especial o afastamento do Estado e a afirmação da autonomia da empresa. Os regramentos de *compliance* são um voto de confiança outorgado as empresas, para que elas mesmas se disciplinem e cumpram as leis.

Na realidade, acabou se tornando muito difícil a investigação de crimes financeiros, com a complexidade das organizações criminosas e da globalização. dessa forma, o Estado admitiu que não consegue controlar o problema sozinho, resolveu gerar deveres para que os particulares criem mecanismos de inibição da

¹²⁸ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 53-69. P. 55.

¹²⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. P. 54-55.

prática desses crimes, sob a vigilância de órgãos da Administração Pública, vinculados ao sistema financeiro¹³⁰.

Ainda, a globalização fez com que empresas privadas invadam competências puramente públicas, ditando as regras da política econômica¹³¹. Essa situação levou a uma posição de inferioridade técnica do Estado, pois o poder econômico privado passaria a deter a perícia necessária para controlar determinado setor da economia; logo, o Estado, apenas, com muito investimento poderia alcançar a capacidade técnica de se sobrepor as grandes corporações e controlá-las¹³².

Diante de todos esses fatores, surgiu a concepção de autorregulação das empresas. Segundo Coca Vila:

La autorregulación pura hace referencia a aquellos supuestos en los que es la propia empresa que dota de un sistema de regulación interno, absolutamente al margen del poder público, esto es, sin que haya intervención pública alguna dirigida a formatar, imponer o completar – directa o indirectamente – la autorregulación interna. La naturaleza de estos programas de autorregulación es diversa. Pueden consistir en meras catalogaciones de principios o estándares generales de actuación o contener concretos protocolos de actuación ante específicos riesgos propios de cada sector de actividad empresarial. En todo caso, el Estado permanece al margen, no sólo en la elaboración, sino también en la supervisión, y dado el caso, en la sanción¹³³.

Inobstante seja mencionada apenas “autorregulação” é visível que o Estado exerce um papel fundamental na condução dos programas de *compliance*. A autorregulação regulada, portanto, é o conjunto de relações entre o público e o

¹³⁰ OLIVEIRA, José Carlos de. AGAPITO, Leonardo Simões. MIRANDA, Matheus de Alencar e. O modelo de “autorregulação regulada” e teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. *In. Revista Quaestio Iuris, da Universa Estadual do Rio de Janeiro*. Vol. 10, nº 01, Rio de Janeiro, 2017. P. 365-388. P. 367.

¹³¹ CALATAYUD, Manuel Maroto. §4 Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. *In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). Autorregulación e Sanciones*. Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. P. 79.

¹³² CALATAYUD, Manuel Maroto. §4 Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. *In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). Autorregulación e Sanciones*. P. 83.

¹³³ VILA, Ivó Coca. Capítulo 2. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. *In. SILVA SÁNCHEZ, Jesus María; FERNANDEZ, Raquel Montaner. Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. P. 43-76. P. 49.

privado, que não chega a culminar na efetiva intervenção do Poder Público, na esfera privada¹³⁴, mas assume função reguladora.

Logo, embora seja a empresa que sozinha cria e aplica os mecanismos de prevenção de ilícitos, as regras gerais e a eficácia das previsões legais sobre a matéria; o Estado mantém uma função fiscalizadora e legitimadora das estruturas de autorregulação. Nesses termos, arremata Arroyo Jimenez:

La autorregulación regulada alude, en conclusión, a la actividad pública mediante la cual el Estado hace posible la autorregulación, configura las estructuras e establece los procesos a través de los cuales está debe desarrollarse, con la pretensión de que, a través de la misma, puedan llegar a satisfacerse concretos fines o intereses públicos. Se trataría, pues, en todos estos casos, de actividades en las que está presente intereses públicos en sentido propio, puesto que de otro modo caracteraría de sentido que el desarrollo de los órdenes espontáneos en que se concreta la autorregulación social fuera de alguna manera condicionado por los poderes públicos. Lo cual pone de manifiesto que el recurso a la misma no esconde tanto un repliegue del Estado por desaparición de los intereses públicos afectados, sino más bien la instrumentación de esos órdenes al servicio de éstos. [...]¹³⁵.

Assim, a autorregulação não pode ser encarada com um instrumento eminentemente privado, como se a empresa pudesse legislar sobre ela própria. O Estado reorienta a atividade econômica, por meio do intervencionismo à distância, sem invadir, deliberadamente a esfera privada, subordinando a fins concretos ou a interesses pré-estabelecidos pelo Estado¹³⁶; além disso, a autorregulação regulada representa um avanço técnico no controle da criminalidade empresarial, porquanto deixa que cada empresa, perita em seu setor, crie seus próprios mecanismos de *compliance*¹³⁷. Dessa maneira, o Estado não renuncia a tarefa de regular o mercado,

¹³⁴ JIMÉNEZ, Luis Arroyo. §1 Introducción a la autorregulación. In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones**. Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. P. 31.

¹³⁵ JIMÉNEZ, Luis Arroyo. §1 Introducción a la autorregulación. In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones**. P. 32,

¹³⁶ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. P. 55.

¹³⁷ FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In. **Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos**.

nem de impor regras coercitivas aos privados, mas confere a eles maiores responsabilidades na conformação com a regulação estatal¹³⁸.

O nome “autorregulação regulada” é extraído, exatamente, dessa situação: a empresa é dotada de certo grau de autonomia, para regulamentar sua própria atividade, desonerando, obviamente a máquina estatal. Porém, não pode ser esquecido que ao Estado não se faculta ficar inerte diante dessa situação, isso porque, a ele cabe legitimar essa regulação privada da empresa, além de, fiscalizar a real eficiência do programa de controle interno da pessoa jurídica. É um equilíbrio sensível entre confiança e fiscalização, como forma de reduzir o grau de intervencionismo na esfera privada.

Na seção anterior foram analisadas algumas propostas de responsabilização penal da pessoa jurídica. Dentre elas, está a proposta de Díez¹³⁹, na noção construtivista de responsabilização penal da pessoa jurídica. Nela, em breve retomada sintética, a empresa teria um sistema de autorregulação (*compliance*) e, caso esse sistema falhasse, a empresa poderia ser responsabilizada. Essa não é a melhor posição, mas é importante a referência, porquanto é nesse ponto que a noção de autorregulação é tensionada ao máximo.

Todavia, a perspectiva da autorregulação não pode ser analisada sob a ótica da punição, mas da ótica do estímulo. Segundo Tyler, a ênfase da autorregulação é a construção de parâmetros éticos que inibam a prática de ilícitos:

The *self-regulatory model* represents an alternative approach to employee rule following. The model emphasizes the role that employees' ethical values play in motivating rule following, and in particular those ethical values that are related to — and developed in the course of interactions with—their work organization. That is, I focus on those ethical judgments that are linked to employees' specific experiences at their work organizations. This can be contrasted to a focus on individual differences in ethical judgments, i.e., to those aspects of people's personalities that shape their judgments of particular ethical matters. My focus on organizationally based ethical judgments is rooted in an interest in determining the characteristics of work environments—as opposed to individuals—that may shape employee rule following. This emphasis has the potential to be of particular utility to leaders

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 71-104. P. 75.

¹³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**.

and managers in their attempts to design workplaces that foster rule following among employees¹⁴⁰.

Em sendo assim, é uma distopia considerar que um sistema de autorregulação, possa ser considerado um meio de responsabilização/punição penal. A empresa que aderir a uma estrutura de autorresponsabilização, de tamanho peso na análise de culpabilidade estará, na realidade, se sacrificando em favor do mercado. Isso porque, a própria empresa seria obrigada a desvendar seus ilícitos, e denunciá-los e arcar com as consequências.

A autorregulação, por outro lado, pode ser uma ferramenta de estímulo à prevenção de ilícitos, baseado em valores éticos. Essa é outra perspectiva, mais amena. O risco da adesão, no modelo proposto por Díez¹⁴¹, é mais alto, do que assumir o risco que a empresa, e seus prepostos, cometam ilicitudes.

Na realidade, é vislumbrada uma lógica atuarial na adesão a autorregulação, que, segundo Dieter¹⁴², é uma política criminal voltada a conter grupos sociais considerados perigosos, a fim de criar um padrão de conduta, e prevenir crimes. A lógica atuarial está presente quando se presume que a empresa pode ser utilizada para a prática de ilícitos, e assim obriga-a a estabelecer uma estrutura que impeça condutas antijurídicas, para que a própria empresa confesse seus ilícitos e assumam as consequências legais, como um processo canônico de assimilação de culpa, penitência e perdão, que não é exigível das pessoas naturais que cometem crimes.

Todavia, a autorregulação é um fenômeno atrelado à administrativização do direito penal¹⁴³, que é consequência da expansão do direito penal. Segundo o autor espanhol, o direito penal passou por uma inflação diante do novo contexto trazido pela globalização, dessa maneira, o direito penal foi demandado para tutelar bens jurídicos não antes atendidos, como por exemplo, a economia, que é de natureza difusa. Surge assim, a “Terceira Velocidade do Direito Penal”, que é esse direito penal mais rápido, com uso intenso de medidas cautelares, focado numa resposta rápida aos ilícitos criminais.

¹⁴⁰ TYLER, Tom R. Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice. In. SIMPSON, Sally. WEISBURD. **The criminology of white-collar crime**. P. 197.

¹⁴¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**.

¹⁴² DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**.

O direito administrativo sancionador torna-se um meio termo entre a impunidade e a repressão penal. Segundo Medina Osório¹⁴⁴, a sanção administrativa possui quatro elementos básicos: autoridade administrativa; efeito punitivo da sanção, subdividido em privação de direitos e imposição de deveres; finalidade repressora; natureza administrativa do processo de aplicação da sanção.

A natureza, portanto, seria completamente diversa de uma sanção penal. O direito administrativo sancionador é despenalizador, trazendo outras formas de sanção, sem a pena corporal. No ordenamento jurídico brasileiro, a distinção é possível ser feita através da autoridade que conduz o procedimento sancionador: na seara penal, será sempre o Judiciário, acionado pelo Ministério Público; na esfera administrativa, sempre será uma autoridade administrativa. Ainda, no campo do direito administrativo sancionador também está presente o Princípio da Legalidade¹⁴⁵, o que facilita a harmonia entre as esferas, que são consideradas quase que totalmente independentes¹⁴⁶. A vantagem do direito administrativo sancionador é que, nessa seara, seria possível a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, afastando toda a polêmica em torno da aferição do elemento volitivo da empresa.

Sem avançar no objeto de estudo do próximo capítulo, é importante referir que o *compliance*, embora muitos posicionem como uma área atrelada ao direito penal¹⁴⁷, pode ser considerada, no Brasil, como vinculado ao direito administrativo regulador. Inclusive, a própria ementa da Lei nº 12.843/2013 (Lei Anticorrupção – fundamento legal do *compliance* no Brasil) afirma que o instrumento legislativo dispõe sobre a “[...] responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira [...]”. Diante disso, é perceptível que não há a menção da possível responsabilização penal.

¹⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. P. 56.

¹⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

¹⁴⁶ "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, diante da independência das esferas criminal e administrativa, somente haverá repercussão, no processo administrativo, quando a instância penal manifestar-se pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria" (AgRg no REsp 1.280.204/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 09/03/2016).

¹⁴⁷ Nesse sentido ver: FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In. Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*.

Todavía, a relação com o direito penal é evidente, quando a legislação está voltada, principalmente, para a prevenção de crimes, tendo sido apelidada de Lei Anticorrupção.

Então, sobre a autorregulação regulada, arremata Gardella:

La autorregulación regulada se erige así como una estrategia indirecta de regulación que se basa en una particular articulación entre, por un lado, la racionalidad privada y sus fórmulas características de autorregulación y autocontrol y, por otro lado, la racionalidad pública u la persecución de los fines de interés general. Mediante la autorregulación, los sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, dotándose voluntariamente de las normas y controles más adecuados para la consecución de un determinado fin. Mediante la regulación pública de la autorregulación, los poderes públicos supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control del cumplimiento de tales normas con el fin de garantizar que la autorregulación sirva efectivamente al cumplimiento de los concretos fines públicos o de interés general previamente determinados por el legislador¹⁴⁸.

Portanto, a autorregulação regulada é uma estratégia alternativa de controle do mercado, em especial, das empresas. Sem usar, propriamente do direito penal, o Estado cria regulamentos com estímulos (não somente sanções), para que as empresas garantam a saúde financeira e a concorrência dentro de seus mercados.

Forigo¹⁴⁹, afirma existir três variantes da autorregulação regulada. A primeira variante é a “[...] autorregulação delegada ou *delegated self-regulation*, através da qual o poder público delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém a faculdade de revisão, supervisão e sanção. [...]”¹⁵⁰. Nessa o Estado outorga certos poderes ao privado, mas mantém uma posição de controle.

Na segunda modalidade, a autorregulação é “[...] transferida ou *devolved self-regulation*, por meio da qual o poder estatal transfere o poder de regulação, supervisão e sanção, mas mantém a capacidade de revisar as deposições de como

¹⁴⁸ GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta I. §3º La autorregulación regulada en la doctrina anglo-americana y continental europea. In: JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones**. Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. P. 65.

¹⁴⁹ FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In: **Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos**. P. 32.

¹⁵⁰ FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In: **Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos**. P. 32.

se realiza o *enforcement*. [...]”¹⁵¹. Nessa forma, o Estado invade mais a esfera privada, porque poderá conferir as estruturas internas de regulação das empresas.

Por fim, o modelo que mais se aproxima do brasileiro, que é a “[...] co-regulação ou *cooperative self regulation*: em que os agentes do poder público trabalham juntamente com os agentes privados na elaboração de sistemas específicos de regulação. [...]”¹⁵². O Estado age conjuntamente com a empresa, na própria elaboração e aplicação das regulações, como ocorre no Brasil.

É evidente que esse último modelo não pode ser considerado, propriamente, autorregulação, porquanto o Estado intervém com mais afinco. Contudo, é uma forma de cooperação público-privada, com grau de legitimidade conferido por Lei, que desonera a máquina pública, e estimula condutas éticas e lícitas no âmbito empresarial. Não chega a alcançar os requisitos de uma verdadeira regulação, porque o Estado invade muito a esfera privada, capitaneando algumas medidas de prevenção de ilícitos.

Segundo Nieto Martín¹⁵³, existem quatro elementos que devem compor um bom programa de autorregulação: i) a necessidade que as empresas estabeleçam normas de comportamento, como códigos de ética, de conduta, de boa governança, entre outros instrumentos programáticos; ii) a melhora no sistema de trocas de informações entre empresa e poder público (autoridade administrativas com poderes para avaliar e aplicar sanções vinculadas à área de *compliance*), bem como, comunicação com acionistas, entre setores, consumidor, ou seja: adotar transparência na atividade econômica; iii) a atribuição de pessoas e órgãos responsáveis pela organização empresarial, e pela aplicação das regras de *compliance*; iv) a existência de um controle externo, que certifique, avalie e audite a idoneidade da empresa no sistema de autorregulação.

¹⁵¹ FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In. Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. P. 32.

¹⁵² FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In. Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. P. 32.

¹⁵³ NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *In. Polít. Crim., nº 5, 2008, A3-5, p. 1-18*. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf. Acesso em: 01 de janeiro de 2019.

Para Martín¹⁵⁴, a função de um bom governo corporativo é evitar os abusos de poder da administração. Logo, é importante referir que para que o modelo funcione em sua plenitude, é indispensável que a alta administração da empresa adira e respeite o programa de autorregulação.

O primeiro elemento, conforme proposto por Martín, está vinculado à própria ideia de legalidade e clareza, visto que a autorregulação deve impor regras coerentes e coesas, como se fosse uma legislação pública. A transparência é um elemento indispensável em qualquer atividade, em especial, na empresarial, sendo acentuado em sociedades anônimas e na relação com acionistas.

O material humano é indispensável para o funcionamento do programa de autorregulação, visto que é indispensável que tenham pessoas que trabalhem em prol do bom funcionamento dele. Por fim, o controle externo é o que garante que o programa não seja desvirtuado, e que seja, de fato, autorregulação regulada.

Todavia, é inegável que os programas de autorregulação, embora mais próximos do direito administrativo sancionador, trazem consequências à esfera penal, e, segundo Silveira eis: “[...] Aqui, a pedra fundamental da atual preocupação penal: a validade e a legitimidade de estipulação de forma modais de autorregulação empresarial e como estas implicam em efeito cadeia, em efeitos penais, gerando o que denomina-se *criminal compliance*. [...]”¹⁵⁵.

O ponto de tensão acontece quando o *compliance* deixa de ser um instrumento administrativo regulador e é transposto para uma forma de responsabilização penal de pessoas físicas (Teoria do Crime tradicional), e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (em especial, a proposta de Díez¹⁵⁶). Como afirmado, a Lei, na essência, é de responsabilização civil e administrativa, sem considerações penais.

Todavia, os ilícitos contra a administração abrangem crimes, cujo bem jurídico tutelado pela norma é a própria coisa pública, como delitos de corrupção¹⁵⁷ e

¹⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidade social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *In. Polít. Crim., nº 5, 2008, A3-5, p. 1-18.*

¹⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. Rento de Mello Jorge Silveira, Eduardo Saad Diniz. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 62.

¹⁵⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**.

¹⁵⁷ Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal Brasileiro. Existem duas modalidades de corrupção, a corrupção ativa e a corrupção passiva, previstas nos artigos 317 e 333, do Código Penal Brasileiro, respectivamente.

peculato¹⁵⁸, bem como, crimes de lavagem de bens e valores. Além disso, é trazida uma nova dimensão de aplicação do direito penal, como uma forma prevenção de crimes na sociedade risco.

¹⁵⁸ Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal Brasileiro. Artigo 312.

3) *Compliance* e o risco criminal

O direito penal é um fenômeno vivo na sociedade, e não está imune aos novos movimentos da contemporaneidade. Assim, certamente o risco influencia na compreensão do direito penal, e o *compliance* é um instituto inovador de responsabilização de pessoas jurídicas que praticam ilícitos penais, que surge como fruto do enfrentamento de uma nova demanda de política criminal.

Portanto, é imprescindível a análise dos efeitos da concepção do risco no direito penal, como uma das bases do *criminal compliance*. Além disso, é muito presente o fato de que existe um movimento global de enrijecimento de políticas criminais contra corrupção e lavagem de capitais, que influenciou a realidade brasileira, que também demanda o estudo.

O *compliance* surgiu no direito pátrio na forma dos “Programas de Integridade”, que misturam instrumentos de boa governança corporativa, apuração de ilícitos e medidas preventivas à lavagem de capitais. Diante disso, é necessário o estudo sobre os mecanismos de controle previstos na Lei Federal n.º 9.613/1998, na Lei Federal n.º 12.846/2013, e no Decreto n.º 8.420/2015, como consequência lógica do estudo desenvolvido nos dois primeiros capítulos.

A ideia central é fazer o acoplamento conceitual entre o proposto por Beck, retratado nesse trabalho, e o direito penal. A proposta não é a criação de um novo direito penal, mas fazer uma relação tendo como pano de fundo a sociedade de risco. Isso perpassa por analisar a criminalidade dos poderosos, identificando características e padrões, a fim de desenvolver o conceito de *compliance*.

O direito penal sofreu muitos golpes, revelando sua incapacidade de ser um instrumento de controle social, algo que Salo de Carvalho¹ identifica como “feridas narcisísticas”. Nessa toada, o paradigma proposto pela sociedade de risco pode ser considerada uma nova “ferida narcisística”, porquanto o direito penal tem muita dificuldade de assumir o papel preventcionista.

Todavia, o movimento aconteceu, surgiram regulações internacionais, na forma de Tratados, e recomendações expedidas por órgãos globais. A legislação brasileira atendeu a tendência mundial, e trouxe o *compliance* para a realidade nacional. Contudo, foi optado, no Brasil, por um modelo galgado na ética e princípios

¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

morais, sem a força coercitiva do direito penal. É como se a intenção fosse coibir condutas ilegais, dentro de empresas, mas sem punições severas.

Isso levanta um questionamento, se não é possível que os “Programas de Integridade” (programas de *compliance*, conforme denominação brasileira), ser mais um aparato de manutenção de uma realidade hegemônica, capitaneada pelas grandes corporações. Com efeito, a realidade do risco, cria um efeito excludente, pois quem não é capaz de enfrentar os perigos, é derrotado, e a mesma lógica pode ser utilizada pelas grandes corporações, através dos programas de integridade.

3.1.) Risco e Direito Penal: os fundamentos do *criminal compliance*

O *criminal compliance* é focado em uma política de prevenção de prática de ilícitos dentro das empresas². Portanto, para a análise dos fundamentos e conceitos dos programas de integridade, é importante observar a nova relação que surgiu entre risco e direito penal. Um aspecto de utilização do direito penal como um instrumento de prevenção, que não pode ser transformado em um sistema de acobertamento de ilícitos e deve se impedir que seja tratado como um instrumento de repressão.

Para Salo de Carvalho³, o direito penal foi chamado para atender a demandas preventivistas na sociedade de risco. Em razão disso, sofreu uma expansão, a fim de obter instrumentos para tutelar novos de bens jurídicos. O Estado é demandado, portanto, a entender os anseios de segurança de toda a coletividade, e dos indivíduos que não possuem condições de adquirir a própria segurança.

A concepção/racionalidade de uso do direito penal, para a condução, ou a própria governança social das ofensas a bens jurídicos, se mostra histórica, política e socialmente, contestável ao longo da experiência político-criminal, mormente ao longo das últimas décadas em um tipo de Vicência que os pesquisadores já referidos anteriormente trabalham como uma sociedade do risco, calcada em incertezas que não repousam pacíficas sobre os estamentos das concepções modernas – seja em países do antes dito primeiro mundo, seja naqueles sob os

² TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza. RIOS, Marcos Camila da Silva Souza. *Criminal compliance e a mudança no paradigma penal* In. **Direito penal, processo penal e contituição II [Recurso eletrônico on-line]**. Coordenadores: Hertha Urquiza Baracho, Renata Almeida da Costa, Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. P. 181.

quais paira uma modernidade concebida como “tardia”. Várias são as fontes de leitura dos fenômenos atinentes, que vão culminar em – tal e qual várias especulações atingem – uma crise na administração do próprio aparelho punitivo, procurando respostas simultâneas à constatação dessa falibilidade de gerência. Para autores como Salo de Carvalho⁴, há uma imbricação até mesmo de ordem psicanalítica referente à ideia de que uma verdadeira chaga ou ferida se opera na racionalidade punitiva, em comparação com célebre tese do ideário freudiano.

A humanidade sempre tentou ter o controle absoluto de seu meio, mas sempre foi frustrada, por novas descobertas e realizações científicas. Segundo o autor⁵, a humanidade teve três momentos que vilipendiaram sua natureza, as quais chama de “feridas narcisísticas”: a primeira é a transposição do geocentrismo, para o heliocentrismo, ou seja, o humano descobriu que não era o centro do universo; a segunda ferida foi perceber que a pessoa não era imortal, ou divina, sendo a imagem e a semelhança de Deus, visto que Darwin demonstrou que todos pertencem à natureza, considerando a origem humana nos macacos; a terceira ferida narcisística é de natureza psicológica, desvendada pela psicanálise, no sentido da perda da autonomia do indivíduo, pelo vislumbre da consciência⁶.

Esses três momentos, acima elencados, machucaram a humanidade, e trouxeram novas compreensões sobre o indivíduo, o que refletiu diretamente na sociedade. Carvalho⁷, então, transpõe as feridas narcisísticas da humanidade, para o direito penal. Essa alegoria serve, para demonstrar que o direito penal também sofreu com frustrações na sua essência, que de certa maneira maculam a sua finalidade e capacidade.

Segundo o autor⁸, a primeira ofensa ao direito penal, foi a desconstrução do direito penal do controle punitivo do delito e do desvio. A descoberta de que as agências concebidas para exercer o controle penal não eram suficientes, assim, leis e condenações não representaram resultado idôneo da aplicação do Código Penal, descredibilizaram as ciências criminais e macularam o direito penal. Quando a psicanálise denuncia que existe uma parte da consciência humana que não é absolutamente controlável, e que o Estado não seria capaz de por rótulos, e impedir

⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.

⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.

⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. P. 170/173.

⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.

⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. P. 173.

o crime, o direito penal foi atacado na sua maior arrogância, a pretensão de apresentar soluções para todos os problemas. Assim, as “feridas narcisísticas” são uma metáfora que serve para demonstrar que o direito penal sofreu um processo de desmanche, e precisou ser reconstruído, época após época.

Por isso, de acordo Salo de Carvalho⁹, o Estado de Bem-Estar Social começa a ser desconstruído, dentro da sociedade liberal-capitalista, e o direito penal sofre uma hipertrofia, como forma de atender as demandas da sociedade de risco. Nesse sentido, conclui o autor:

Com a redefinição dos fins do direito penal decorrente da assunção das noções de risco, possível verificar dupla falência em sua sistematização dogmática. À ineficácia desnudada pelas ciências sociais do controle penal (criminologia crítica) em relação às demandas envolvendo os direitos individuais é agregada nova produção de inefetividade em relação aos direitos transindividuais. O resultado, apesar de anunciado, não logra êxito em sensibilizar o narcisismo da dogmática penal. Contudo, a nervura do real irrompe demonstrando a baixíssima capacidade operacional do direito penal (e processual penal) para enfrentar novos problemas¹⁰.

Essa impossibilidade de o direito penal atender as demandas da sociedade de risco, seria a segunda ferida narcisística do direito penal. A sociedade passa a ser focada no controle do futuro, surgindo uma espécie de “ética da estabilidade”, de maneira de que todas as condutas, de alguma forma, devem visar à estabilização da sociedade. Segundo Pierpaolo Bottini¹¹, o fator determinante na responsabilização penal, não é mais a relação com o resultado, mas a configuração da conduta como arriscada, ou potencialmente geradora de um risco inaceitável.

Dessa forma que é compreendido o direito penal do risco, como ensina José Francisco Dias da Costa Lyra:

[...] o Direito Penal do risco busca a estabilização do sistema social, segundo a teoria da prevenção/integração, tendo a função de estabilizar as expectativas normativas. A pena, nesse contexto, funciona como uma reação à lesão à norma, na missão de garantir a estabilidade do sistema e afirmar a confiança dos cidadãos na fidelidade ao Direito. Abandona-se a orientação tradicional no sentido de que ao sistema penal cumpria a proteção de bens jurídicos (pensamento liberal). Passa-se a da proteção de bem jurídico individual à proteção de um sistema frente situações de perigo. Ampliam-se, de forma demasiada, as possibilidades de intervenção do

⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. P. 183.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. P. 193.

¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In. **Direito Penal Contemporâneo**. Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011. P. 130.

Direito Penal, levando a uma erosão dos princípios do Direito Penal derivados do estado de direito, alterando o rumo da política criminal. Em uma palavra, o Direito Penal, de forma imprópria, é utilizado para a política social, encobrindo e ocultando as contradições do sistema, notadamente do econômico e social¹².

Assim, o direito penal contemporâneo destina parcela relevante do seu foco na tutela de bens jurídicos difusos, pois é transmutado em um instrumento de prevenção, e não mais de reação, como já explicado nesse estudo.

O Supremo Tribunal Federal, em dois julgados recentes, demonstra como essa situação alcançou o Judiciário e a jurisprudência. O primeiro exemplo é o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941¹³; inobstante o Acórdão, à época da conclusão dessa pesquisa, ainda não estivesse disponível, foi possível acessar o voto que conduziu a maioria na decisão.

O julgamento tratava do Tema 990, de repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal, sobre os limites objetivos que os órgãos administrativos de fiscalização e controle, vinculados à inteligência financeira, como fisco, COAF e BACEN, deverão respeitar ao transferir automaticamente, informações vinculadas à movimentação bancária e fiscal dos contribuintes, sem comprometer as garantias da intimidade e sigilo financeiro. A questão em debate era, basicamente, o conflito aparente entre normas existentes entre o artigo 5º, X e XII, da Constituição da República¹⁴, e o artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/2001¹⁵.

O voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, fixou a tese, que acabou por acolhida, no sentido de que é constitucional o compartilhamento dos relatórios

¹² LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade de risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 95/2012. P. 7.

¹³ As informações consideradas para esse trabalho foram extraídas de notícia divulgada na página oficial do Supremo Tribunal Federal, em que foram disponibilizadas as minutas dos votos de alguns Ministros, dentre eles, do Ministro Relator, Alexandre de Moraes.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º. [...]X - 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; [...]XII - 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; [...].

¹⁵ LC nº 105/2001. Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

de inteligência financeira da UIF, bem como da íntegra dos procedimentos fiscalizatórios da Receita Federal, para fins penais¹⁶, sem a necessidade de autorização prévia, apenas resguardando o sigilo das investigações. O voto ainda destaca que o procedimento de compartilhamento deve ser formal, sem desvios de finalidade (por exemplo, divulgação na mídia das informações, para prejudicar adversários políticos).

O aspecto da constitucionalidade da decisão não é o escopo desse trabalho, assim não se tecerão considerações sobre isso. O ponto nerval é que essa posição do STF é um exemplo de como o direito penal se tornou mais veloz, com o uso de instâncias administrativas, para angariar provas. O voto nada versa sobre prisão preventiva, ou medidas cautelares, seu foco é se um órgão administrativo pode compartilhar dados sigilosos de contribuintes, com outros órgãos para fins penais. Dessa maneira, mecanismos de cobrança de tributos, são transmutados em meios de provas criminais. Importante referir, ainda, que o voto destina um capítulo, a fim de tratar da importância do “[...] compartilhamento de dados financeiros no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no Direito Comparado.”. Portanto, isso revigora a posição de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é por reforçar as políticas de *enforcement* contra a lavagem de capitais.

O Supremo Tribunal Federal, em outro julgado recente, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 163.334¹⁷, também tão recente a ponto de não estar disponível o Acórdão, fixou a seguinte tese: “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadora ou serviço, incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.”. Essa situação decorreu do fato de que, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 574.706, que excluiu o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, acabou por determinar que o ICMS não faz parte da receita e do faturamento da empresa. Antes desse entendimento, prevalecia que seria necessário, ao tipo penal do artigo 2º, da Lei n. 8.137/1990, o uso de meio fraudulento para evadir ao fisco, e não somente a inadimplência do tributo.

¹⁶ O Supremo Tribunal Federal já havia fixado entendimento semelhante, no Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, que considerou constitucional a disposição do artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, para fins cíveis, todavia não se estabeleceu os limites penais no julgado.

¹⁷ Diante do fato de que o Acórdão ainda não havia sido disponibilizado, à época da conclusão dessa pesquisa, foi utilizada, como base, notícia disponibilizada no Portal *online* CONJUR – Consultor Jurídico.

Mais uma vez, o mérito do julgamento extrapola os limites dessa pesquisa. Todavia, a tese fixada serve de exemplo sobre como o direito penal pode ser usado contra o risco, como meio de prevenção. O Supremo Tribunal Federal autorizou o uso da coerção penal, como forma de cobrança de tributos, violando, em tese, prerrogativas constitucionais.

O direito penal, inserido no contexto da sociedade de risco, é muito voltado aos *white collar crimes*. O *criminal compliance* é uma marca dos crimes de “colarinho branco”, que já foram explicados no capítulo anterior. A criminalidade dos poderosos é aquela marcada pelo rótulo *too big to fail*, ou seja, grandes demais para falhar; isso porque, considerando que os criminosos de colarinho branco são caracterizados como um estereótipo do cidadão que não comete crimes, pois sua condição social inibe esse tipo de conduta, eles seriam bons demais para falhar. Todavia, como menciona Shicor¹⁸, esses delinquentes, na verdade, devem ser descritos como *too big to jail*, ou seja, grandes demais para prisão.

A criminalidade dos poderosos, portanto, é marcada pela capacidade que esses possuem de controlar as leis e as aplicações delas¹⁹. Sutherland²⁰, já identificava essa posição na época de sua pesquisa, década 30, destacando que os criminosos de colarinho branco, por ocupar uma posição de elite, poderiam influenciar tanto o processo de formação de leis, quanto o processo decisório dos tribunais. Assim, o crime praticado por um poderoso, não teria um efeito estigmatizante, mas de violação de um processo ético de produção e aplicação da Lei, levando o problema a um fenômeno que transcende as mazelas sociais, geralmente vinculadas à criminalidade tradicional.

A expressão *too big to jail* tenta resumir a ideia de que os criminosos de colarinho branco, detêm um *status* de poder, que o colocariam acima das esferas de atuação estatal. Assim, eles seriam grandes demais para ser presos. Ruggiero²¹ tenta traçar algumas características (justificações) da criminalidade dos poderosos (não dos criminosos em si, até porque inviável do ponto de vista científico).

¹⁸ SHICOR, David. Financial misrepresentation and fraudulent manipulation. SEC settlements with Wall Street firms in the wake of the economic meltdown. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015. P. 282.

¹⁹ RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Crimes**. Oxford/UK: Oxford University Press, 2015. P. 69.

²⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

²¹ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015a.

Segundo Ruggiero²², os crimes dos poderosos são justificados por várias razões. A primeira delas é que os poderosos possuem uma inclinação liberal no sentido de que suas práticas ilícitas e predatórias possuem respaldo cultural, ou seja, se eles não concordam com algum tipo de ordem, teriam o direito subjetivo a deturpá-la para a superação, pois seria o correto.

A segunda justificação está baseada na necessidade que as elites representam para a sociedade como um todo. A partir da formação uma perspectiva utilitarista, com bases no individualismo liberal, os crimes dos poderosos seriam justificados pelo fato de que eles, ao mesmo tempo em que praticam condutas ilícitas, devolvem à sociedade com empregos e riqueza. Essa concepção cria uma margem de desigualdade, baseada em limites naturais de privilégio social, no sentido de que se certo grupo cometer crimes, ele estará isento de punição penal, porque ajudam a sociedade²³.

Ruggiero²⁴, ainda, aponta duas outras justificações baseadas no pensamento liberal: liberdade relativa e liberdade absoluta. A primeira é baseada no pensamento de Adam Smith, no sentido de que o indivíduo seria autorizado a fazer o que fosse necessário para acumular riquezas e proteger sua propriedade: “[...] Authority emanates from wealth, whatever, the modality in which it has been accumulated, and is aimed at protecting those who possess property against those who possess none. [...]”²⁵.

A liberdade absoluta, por sua vez, apropria-se da concepção liberal de Mill, no sentido do reforço à autonomia individual, e a capacidade de assentimento do indivíduo. Conforme Ruggiero²⁶: “[...] The crimes of the powerful, in this sense, are justified through the disappearance of the victim, on the one hand, and through their consent to being victimized, on the other.”.

Assim, muitas são as justificações para os crimes cometidos pelos poderosos, que seriam transmutados em teses de defesa processuais, como forma de contornar

²² RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. P. 92/103.

²³ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

²⁴ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

²⁵ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

²⁶ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. P. 99.

o sistema. Logo, uma das maiores marcas dos crimes dos poderosos é a capacidade que possuem descriminalizar condutas²⁷:

The crimes of the powerful, in brief, inhabit a grey area in which conducts await the outcome of the criminalization - decriminalization conflict, in the sense that they may be subject to regulation or may become accepted routine. Some of these crimes, in fact, possess a decriminalization impetus, while others implicitly invoke legal pragmatism, in that they challenge legal reasoning and request departure from precedents. These foundational crimes are inspired by an experimental logic and driven by a consequentialist philosophy. Powerful actors so driven adopt illicit practices with the awareness that they are, indeed, illicit, but justify them through their founding force, namely their capacity to transform the previous jurisprudence and establish new laws and new types of legitimacy. The crimes of the powerful, in sum, restructure the legal and political spheres while playing a legislative role²⁸.

Dentro das perspectivas ora expostas, está assentado um breve conceito, e características dos crimes dos poderosos. O começo seria através da ruptura do paradigma etiológico-positivista promovido por Sutherland: a despatologização do criminoso²⁹. Dando sequência às ideias de Salo de Carvalho, pode ser dito que, o fato de o direito penal ser completamente inapto a alcançar uma parcela da sociedade, é mais uma ferida narcisística.

A lógica que rege a criminalidade dos poderosos é a essência da empresa: o lucro. Segundo Sánchez Rúbio: “El empresario capitalista considera irrelevantes las consecuencias indirectas que sua accion pueda ocasionar y las valora como externos. [...]”³⁰. O capitalismo, como mencionado em outros pontos do trabalho, tem como escopo a produção máxima de riqueza. Essa finalidade, geralmente, é alcançada pelas empresas, tornando o empresário em uma figura que busca somente lucro, e acúmulo financeiro. Essa visão pode ser distorcida, e ser transformada num elemento motivador de condutas criminosas, como de certa forma acentua Sutherland (1999), que acabou por colocar a simples ganância, como marca dos criminosos poderosos.

²⁷ RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Delinquency**. Oxford/UK: Oxford Express, 2017. P. 69.

²⁸ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. N. P.

²⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.

³⁰ RÚBIO, David Sánchez. Sobre la racionalidade economica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos concretos. In. **Revista Sistema Penal e Violência**, vol. 1, n. 1, p. 101-113. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/index>. Acesso em: 06/julho/2019. P. 111.

O importante, nesse aspecto, é perceber que Ruggiero e Sutherland estabeleceram alguns pontos de análise da criminalidade dos poderosos. Obviamente, não existe uma pessoa que é criminoso poderosa, mas alguns traços, que são identificados em muito na criminalidade dos poderosos, servem como balizadores teóricos para estudo.

A sociedade contemporânea possui como uma das suas marcas o “risco”, logo, é o empresário que comete crimes que passa a ser o foco. Sobre o direito penal e a sociedade de risco, David San Martín Segura³¹ refere que o discurso sobre o risco e a insegurança está focado onde o perigo se apresenta como controlável, em especial, na criminalidade. Essa leitura aconteceria pela lógica do seguro, formando um Estado Providência cuja função é a redução dos riscos³².

O governo começa a adotar, então, a lógica do risco para o controle das instituições. Todavia, a democratização dos riscos, ou seja, a transposição do risco para um sentido coletivo, gera uma ideia de oferta e demanda do risco, portanto, a possibilidade de monetarização. Assim, como a lógica do mercado é individualista, o Estado absorve o risco da economia, mas acaba por transferir ao indivíduo o controle e a prevenção dos próprios riscos³³. Essa situação muda o papel do Estado:

El intervencionismo estatal, la colectivización pública del riesgo, se había mostrado útil como garantía de estabilidad del orden social, en cierto sentido como “seguro contra las revoluciones”. Ahora, ante el retroceso de la intervención y el previsible avance de los espacios marginales al nuevo proyecto de vida, habrán de hallarse formas de control de mayor eficacia par gestionar esos emergentes espacios de riesgos. [...]³⁴.

Essa racionalidade perversa do direito que faz com que o Estado corra regular as reservas em dólar, por exemplo, quando há uma variação muito alta da

³¹ SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**. José Bernuz Beneitez, Ana Isabel Pérez Cepeda (Coordinadores). Logroño: Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2006. P. 83.

³² SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**. P. 85.

³³ SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**.

³⁴ SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**. P. 89.

moeda, a nível internacional, a fim de manter o câmbio estável (com menos riscos); mas não é capaz de priorizar uma política pública de redução da pobreza.

George S. Rigakos³⁵ faz uma relação muito importante entre o processo de produção contemporâneo, por uma perspectiva de Marx, e o relaciona com a geração de riscos. Segundo o autor, existe um processo de desapropriação e exploração, que é determinante para a “pacificação”, que, não deve ser lido como um ambiente de paz, mas sim de controle.

A lógica do risco pode ser facilmente transformada em uma lógica de controle. A segurança, portanto, é transformada em ideologia e/ou hegemonia, conforme conclui Rigakos:

[...] There is, of course, considerable conceptual slippage between these ideas of hegemony versus ideology and so it is worthwhile for us to set down how these notions are distinct yet complimentary. *Ideology is a perpetual state of being wherein we come to read the existing social order and our place within it at any given time. Hegemony is the process by which state and corporate institutions perpetuate and defend this dominant ideology. Both ideology and hegemony, however, are overwritten by security. First, by the very basic material reality that security is but the modern institutional manifestation of our built-in survival instinct and, second, and relatedly, by virtue of the fact that, as we have seen, security is inscribed in the commodity form through valorization, prudentialization, and fetishization. This is why to say “I am against security” is such a radical statement. It signals an opposition to the entire global economic system and is a repudiation of the institutions that defend it. It is counter-hegemonic because in *literal term* it counters the entirety hegemony. It does so because the hegemony is made up of ideological forms, constituted by the commodity that signal a need, lack, or fear – a deficit of security. This process can be described in an even simple way. A political economy wherein the commodity broadcasts insecurity through the entire circuit of production to consumption, globally reinforces security and fuels its cyclical and insatiable demand. This is why security hegemony. It is ubiquitous, far-reaching, and the final arbiter in all social transactions from cocktail parties to global crises³⁶.*

O risco, portanto, quando transformado em uma *commodity*, recebe valor econômico. Assim, a sociedade contemporânea cria uma oferta e demanda do risco. Combinando esses fatores econômicos, o risco ganha uma lógica hegemônica, de instrumento de dominação. O conceito liberal de busca de lucros, em um ambiente de mercado desregulado, transforma o Estado em somente mais um ator na garantia de situações de riscos, cujo papel passa a ser a proteção da propriedade privada e

³⁵ RIGAKOS, George S. **Security/Capital: A General Theory of Pacification**. Edinburgh, UK: Edinburgh University, 2016.

³⁶ RIGAKOS, George S. **Security/Capital: A General Theory of Pacification**. P. 100.

das corporações³⁷. O Estado não pode ser o coadjuvante no direito penal, mas o ator, visto que não há crime sem lei anterior que o prevê. Quando o Estado Liberal entra na lógica do risco *commodity*, o direito penal ganha um aspecto instrumental de garantidor de estabilidade, decorrente do risco, desgarrando de sua função *ultima ratio*.

Alexandre Morais da Rosa³⁸ afirma que, no modelo neoliberal, os sujeitos não podem depender do Estado, para a compensação das desigualdades; isso porque, a liberdade, como garantia democrática fundamental, retira legitimidade das ações estatais, salvo na repressão penal. Logo, o autor constata um paradoxo, no sentido de que o Estado deve ser mínimo, na busca da Justiça Social, mas implacável na esfera penal. Assim, o direito penal contracena com o paradoxo criado pela desregulação e diminuição do Estado.

Nesse aspecto, o direito assume um papel estratégico, de garantidor de uma estabilidade, mediante o uso legitimado da coerção³⁹. Isso porque, o discurso do “medo” (desenvolvido no primeiro capítulo) passa a ser uma das bases da fundamentação ideológica do mercado livre, sendo base legitimadora para políticas repressivas, como a necessidade de uma guerra para a defesa dos direitos humanos, que se revela uma contradição⁴⁰.

Após essa breve construção, Alexandra Morais da Rosa constata a criação de uma espécie de novo princípio jurídico:

Cria-se, assim, um no princípio jurídico: “o do melhor interesse do mercado”. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do “crescimento econômico”. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implantação dos ajustes estruturais mediante reformar constitucionais, legislativas e normativas executivas. Na perspectiva de unificar o novo “mercado mundial” as normas de comércio devem se adequar ao novo modelo diminuindo os custos e os riscos das transações. Significa a construção de uma estrutura mundial em que os Estados são incapazes de sozinhos provocar modificações significativas, embora tenham

³⁷ RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control**. Toronto, CD: University Of Toronto Press Incorporated, 2002. P. 15.

³⁸ ROSA, Alexandre de Moraes. PRIMEIRA PARTE: Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In. ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 46/57.

³⁹ ROSA, Alexandre de Moraes. PRIMEIRA PARTE: Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In. ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. P. 50.

⁴⁰ ROSA, Alexandre de Moraes. PRIMEIRA PARTE: Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In. ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. P. 51.

um papel fundamental na garantia da “ordem pública”, principalmente na “esfera do controle social” [...] ⁴¹.

Mormente o que já explanado nessa pesquisa, o Estado contemporâneo encontra-se fragilizado por movimentações, que possuem em seu centro a globalização. Olhando por essa perspectiva, é possível perceber que o Estado, frente ao risco *commodity* assume um papel, quase que instrumental, e o direito está inserido nesse aparato público.

Rigakos⁴² contextualiza sua pesquisa no estudo da *Parapolice*, ou seja, a instituição de uma polícia paraestatal privada, pegando como objeto de estudo uma corporação denominada *Intelligarde International*, que oferece serviços privados de vigilância, controle e policiamento, em comunidades canadenses. Basicamente, a empresa propõe prestar um serviço de segurança privada, a nível comunitário, oferecendo segurança pública em troca de capital⁴³. O escopo dessa análise é a privatização (monetarização) da segurança pública, que, via de regra, sempre foi tarefa do Estado.

Logo no início da demonstração da pesquisa, o autor⁴⁴ expõe algumas conclusões que tirou da análise dessa empresa. A primeira é que esse instituto novo de resposta ao risco utiliza de uma lógica atuarial, através da análise de grupos de riscos, por uma perspectiva de seguro, com a criação de figuras inimigas ou indesejadas. Como a ideia é prestar segurança pública, de forma privada, o objetivo mais importante passa a ser criar focos no mercado: público alvo; oferta e demanda; tudo dentro uma lógica capitalista.

A segunda conclusão é a formação de uma dialética do controle, tanto do risco interno da companhia, comando sobre funcionários e processo, quanto do risco externo, que a empresa foca em conter. A terceira finalização é que a contemporaneidade passa a ser marcada por múltiplos acordos públicos privados.

A conclusão número quatro é no sentido de que atualmente a oferta de seguro é baseada na valorização (no sentido de pôr preço) do controle da

⁴¹ ROSA, Alexandre de Moraes. PRIMEIRA PARTE: Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In. ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. P. 54/55.

⁴² RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control**.

⁴³ RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control**. P. 71.

⁴⁴ RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control**. P. 24/25.

sociedade, pela criação de medos, o que é ampliado pela lógica capitalista. A quinta conclusão, é no sentido que o contrato de seguro é alienado em muitos níveis; isso quer dizer que pode ser transformado em um instrumento de somente lucro, sem nenhum outro objetivo.

Por fim, Rigakos⁴⁵ deixa claro que a segurança privada deve ser analisada pelo seu contexto, como uma empresa que busca lucros, dentro do paradigma capitalista de produção. Esses pontos são aprofundados na pesquisa do sociólogo, que servem para compreender essa lógica hegemônica que o autor veio a defender em sua obra, mais de dez anos depois da realização da pesquisa na *Intelligarde International*.

Inobstante esse ponto seja aprofundado a seguir, é perceptível a correlação entre autorregulação e a formação de uma “parapolícia”. O Estado contemporâneo está rendido, com muitas dificuldades. O Estado social perde a sua capacidade de proteger os seus cidadãos dos infortúnios do futuro⁴⁶, é essa a marca do Estado de crise, que não consegue conter a trinca dos medos contemporâneos⁴⁷. O Estado não é mais um garantidor, porque está muito volátil às influências do mercado e capital, como já mencionado alhures, através do que ensina Alexandre Morais da Rosa, o Estado é mudado para um instrumento servo de uma lógica de mercado.

Marc Schuilenburg⁴⁸ explica sobre um fenômeno o qual denomina *The Securitization of Society* (mesmo título da obra), que pode ser sintetizado, com as escusas ao autor pela brevidade, que é a adoção de uma lógica atuarial para a leitura da contemporaneidade. Segundo o autor, a abordagem do sentido do seguro pelas sociedades atuais, não é mais limitada ao aparato judicial, muito mais ampla que isso, porquanto envolve controle de várias instituições.

Isso porque, ainda em Schuilenburg⁴⁹ a *securitization* é muito mais ampla e pragmática de que o conceito de justiça atuarial, visto que retira o âmago somente do direito penal, ou do direito como um todo, e o transfere para todos os poderes e instituições. Segundo o autor, o crime ainda pode ser considerado com um dos

⁴⁵ RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control.**

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise.** Tradução de Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. P. 16.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.**

⁴⁸ SCHUILENBURG, Marc. **The Securitization of Society: Crime, Risk, and Social Order.** Tradução de George Hall. New York, USA: New York University Press, 2015.

⁴⁹ SCHUILENBURG, Marc. **The Securitization of Society: Crime, Risk, and Social Order.** P. 68.

grandes geradores de insegurança, todavia, o conceito está situado em um panorama muito maior. Schuilenburg diz que:

[...] The difference between crime and insecurity is demonstrated by the double significance of the “integral”. First of all, security is now no longer defined solely in repressive terms. More and more attention is being paid to a preventive approach as well as to aftercare in the shape of victim support and the settling of damage claims. Second, various sections of society and policy areas within security management are brought together, such as those dealing with crime, traffic safety, environmental security, the fight against terrorism, and (natural) disasters⁵⁰.

O crime é um elemento de insegurança na contemporaneidade que, na realidade, somam-se a muitos outros. A obra de Ulrich Beck não contemplará, exatamente, o risco de condutas criminosas, pois seu foco é o risco difuso, considerando o ambiental (seu grande foco), financeiro (onde pode ser incluído o problema da lavagem de capitais) e o terrorismo. Segundo Masi e Moraes⁵¹, a solução que a teoria do risco sugere, por regra, é a criação de políticas públicas de informação e prevenção, como forma de mitigar o risco.

Contudo, Martín Segura⁵², faz uma leitura muito precisa dos ensinamentos de Ulrich Beck. Para o autor, o sociólogo alemão faz uma reconstrução do paradigma de leitura da contemporaneidade, baseado precipuamente na incerteza, que modifica o horizonte axiológico normativo da contemporaneidade. Com efeito, o foco do Estado atual passa a ser a concessão de segurança aos indivíduos e suas relações sociais, entretanto, o Estado se sobrecarrega, com as promessas do *welfare state*, e não vence os desafios do momento.

Essa situação é elevada a uma sociedade de controle, haja vista que, inevitavelmente, a sociedade de risco leva a adoção da lógica do seguro, baseada na prevenção⁵³. Martín Segura⁵⁴ reconhece três consequências da materialização da

⁵⁰ SCHUILENBURG, Marc. **The Securitization of Society: Crime, Risk, and Social Order**. P. 85.

⁵¹ MASI, Carlo Velho. MORAES, Voltaire de Lima. O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista. In. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 92-102, jan./jun. 2013. P. 99.

⁵² SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**.

⁵³ SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**.

⁵⁴ SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**.

ideia de prevenção: a primeira seria a ampliação da administrativização dos instrumentos de controle, em detrimento das instâncias judiciais, conclusão que Silva-Sánchez utiliza para fundamentar sua tese; a segunda é a lógica atuarial da gestão de risco, pela identificação de grupos e espaços físicos de risco, que demandam uma intervenção estatal maior, e nutre um sentimento de criação de inimigos, preconceito e um cenário de extrema exclusão; por fim, a terceira conclusão é o seguido abandono da pena de prisão, por ser custosa e ineficiente, e a migração para meios mais baratos e eficientes de punição. Diante dessa conclusão, o foco do Estado passa a ser a previsão e a prevenção de delitos.

Portanto, o vínculo da teoria de Beck, com políticas criminais de prevenção à lavagem de capitais, encontra-se no aspecto em que ela pode servir como base teórica legitimante de instrumentos de controle, sendo inevitável considerar o direito penal como um dos principais meios de dominação social.

A começar pela análise da política criminal atuarial, André Luiz Rapozo de Souza Teixeira e Marcos Camilo da Silva Souza Rios afirmam que:

Através da lógica atuarial o Estado lança mão de operações numéricas e cálculos para aferir o risco presente em determinados setores ou atividades e, então, implementar uma política repressiva, consubstanciada na gestão e monitoramento de grupos tidos como arriscados⁵⁵.

A lógica atuarial é perigosíssima, porquanto, segundo Dieter⁵⁶, a gestão da criminalidade passa a ser voltada para uma desconsideração das garantias constitucionais, para a realização das promessas de eficiência e neutralização de uma parcela arriscada da sociedade. O sentido passa a ser uma política criminal como a reprodução de uma racionalidade instrumental econômica, com a utilização desses conceitos como meio de criminalização secundária⁵⁷.

O rumo é uma nova forma de transferência de responsabilização, no qual se delega o controle para outros grupos ou entes, porquanto o Estado abdica da

⁵⁵ TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza. RIOS, Marcos Camila da Silva Souza. *Criminal compliance*, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade de controle. In. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 4, n. 1, p. 98-113. Jan/jun. 2018. P. 99.

⁵⁶ DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. P. 117.

⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. DA SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 147-172, 1 jan. 2014. P. 162.

intervenção direta no crime⁵⁸. Essa constatação é muito importante quando se trata de *compliance*, diante do fato de que, a autorregulação regulada é um grande exemplo de delegação de competências exclusivas do Estado, pelo fracasso no combate aos crimes financeiros. Nesse aspecto, torna-se relevante, a constatação de Rigakos⁵⁹, de que o Estado, dentro do contexto da sociedade de risco, passa a ser mais um, dentre os tantos instrumentos e instituições de controle, e garantidoras de estabilidade.

Wermuth e Santos⁶⁰ identificam uma mudança de paradigma nas políticas criminais, que passa por três áreas distintas: a emergência de um novo tipo de discurso, baseado no risco e probabilidade, que vão substituindo os discurso de “diagnóstico clínico” e “juízo retributivo”; a criação de novos objetivos para o sistema, que não será mais baseado na devolução da pena ao crime, mas no controle e repressão, focado à evitação de crimes e redução de reincidências, entre outras medidas; o desenvolvimento e a implementação de novas técnicas, tendo como alvo o criminoso como um conjunto, ao invés de tradicionais técnicas de individualização e equidade.

Os reflexos desse novo modelo são inúmeros. O processo penal segue a tendência de agravamento e desformalização dos instrumentos tradicionais de investigação e persecução penal, com o relaxamento de garantias processuais penais⁶¹. Além disso, o direito penal passa a ser globalizado, voltando o foco para novos fenômenos que ameaçam a transnacionalidade e a integração econômica, que culmina com a criação de novos tipos penais⁶².

Com efeito, ainda em Masi e Moraes⁶³, o objetivo do debate do direito penal não é mais a eficiência, alcançando a legitimidade da intervenção penal estatal. Isso

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. DA SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1. P. 164.

⁵⁹ RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control**. P. 15.

⁶⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. SANTOS, André Leonardo Coppeti. Direitos humanos, política criminal atuarial e a predição seletiva de “grupos de risco”: rumo à Elysium prometida. In. **Revista Culturas Jurídicas**, vol. 4, n. 9, set/dez, 2017. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br>. Acesso em: 08/agosto/2019. P. 367.

⁶¹ MASI, Carlo Velho. MORAES, Voltaire de Lima. O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista. In. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1. P. 96.

⁶² MASI, Carlo Velho. MORAES, Voltaire de Lima. O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista. In. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1. P. 99.

⁶³ MASI, Carlo Velho. MORAES, Voltaire de Lima. O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista. In. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1. P. 100.

porque, segundo Machado⁶⁴ o direito penal termina como um ideal de instrumento privilegiado de organização social e pretensa administração dos riscos, o que é totalmente contrário à premissa tradicional de direito penal como *ultima ratio*, ou seja, última instância interventora. Todavia, conforme aponta Muñoz Conde⁶⁵, a norma penal não deixa de ser uma expectativa, que se frustrada, gera uma pena, logo, um direito penal preventor não é uma novidade tão grande, quanto parece ser.

O problema é a tentativa do acoplamento automático do direito penal clássico, aos novos fenômenos da contemporaneidade, como os lidos por Beck. Isso porque, voltando a Conde⁶⁶, o direito penal não é um consenso coletivo pelo bem comum, visto que é corriqueiro o direito penal ser transformado em um instrumento de controle da classe dominante.

Ripollés⁶⁷ identifica algumas características da política criminal da sociedade de risco: a primeira é uma ampliação dos objetos de intervenção penal, que passa a incidir em novas realidades, não anteriormente consideradas; em segundo lugar, a mudança de foco do direito penal, que passaria a ter maior preocupação com a criminalidade dos poderosos; o terceiro aspecto seria trazer o direito penal como principal meio de intervenção estatal, ou seja, um inchamento da política criminal; por fim, a flexibilização de garantias penais, em nome eficientismo.

Urs Kindhäuser⁶⁸ discute o direito penal na sociedade de risco, como um instrumento de segurança. Segundo o autor⁶⁹ são criados delitos para punir a causa dos crimes de danos concretos, mostrando uma das faces mais perigosas da sociedade de risco, que são os crimes de perigo abstrato, que atuam em questões centrais do controle do Estado, como drogas, terrorismo e a economia.

⁶⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. P. 168.

⁶⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal y control social**. Jerez/SP: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. P. 25.

⁶⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal y control social**. P. 25.

⁶⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-01, p. 1-37. 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Acesso em: 08/agosto/2019. P. 04.

⁶⁸ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. In. **Cuadernos De Derecho Penal**, (10). <https://doi.org/10.22518/20271743.322>. Febrero de 2014.

⁶⁹ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. In. **Cuadernos De Derecho Penal**. P. 15.

O direito penal da segurança é uma das condições de estabilidade para a formação de uma organização social⁷⁰. Kindhäuser⁷¹ identifica o ser humano como um grande vetor de incertezas, que deve ser contido. Nesse ponto, é possível perceber o que Segura⁷² dizia com o processo de democratização e coletivização dos riscos, e depois a volta a individualização.

Combinando as ideias acima expostas, é perceptível que a sociedade de risco estimula o surgimento de uma política criminal voltada à prevenção de riscos e tutela de bens difusos, porém descurada das garantias constitucionais. Assim, acentua o direito penal como um instrumento de exclusão, pois as garantias processuais penais, embora importante para todos, é muito mais cara à cifra pobre da criminologia, do que aos criminosos poderosos, que, segundo Ripollés⁷³, deveria ser um dos focos da política criminal da sociedade de risco.

Kindhäuser⁷⁴, a despeito de vários outros autores trazerem características sobre o direito penal contemporâneo, sintetiza de forma aparentemente mais adequada os novos elementos do direito penal.

A primeira novidade⁷⁵, que não é tão recente, é o que ele chama de “recorte das exigências probatórias”. Segundo o autor, o direito penal contemporâneo abandonaria as duras exigências probatórias tradicionais. Para driblar essas dificuldades, são promovidas alterações na legislação, para facilitar a caracterização de dolo e culpa, como menos requisitos, e a criação de crimes mais amplos e facilmente tipificáveis. Um exemplo disso é a redação dada pela Lei Federal nº 12.683/2013, ao artigo 1º, da Lei 9.613/1998⁷⁶, ao crime de lavagem de dinheiro, excluindo o rol de crimes antecedentes, usando do conceito aberto de delitos, e criando as obrigações de comunicação, trilhando um caminho para

⁷⁰ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. In. **Cuadernos De Derecho Penal**. P. 17.

⁷¹ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 17.

⁷² SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**.

⁷³ RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-01.

⁷⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-01.

⁷⁵ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 19.

⁷⁶ Lei nº 9.613/1998. Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

responsabilização penal quase objetiva. Outro exemplo é a constatação jurisprudencial que o tipo penal do artigo 90, da Lei Federal n. 8.666/1990⁷⁷, é um crime formal, dispensando que o Ministério Público prove que a fraude à licitação gerou danos, facilitando a punição⁷⁸. Por derradeiro, mais um exemplo entre muitos, a ampliação do uso das colaborações premiadas, como forma de o Estado criar um atalho em busca de provas para condenação, e os recentes posicionamentos do STF citados.

Dessa maneira, conclui Kindhäuser:

A la lógica de un Derecho penal de la seguridad que quiera corresponderle a la necesidad de seguridad de la sociedad pertenece, además, la penalización sectorial de formas de comportamiento cuya relevancia dañina no está demostrada. De conformidad con lo anterior, una conducta deberá ser probadamente segura para que esté permitida y no, por ejemplo, probadamente dañina para que esté prohibida. Esta inversión de la carga de la prueba en sede de injusto objetivo, la cual, desde luego, no debe confundirse con una intervención – en perjuicio del autor – de la carga de la prueba contraria al principio de culpabilidad, se obtiene mediante la unión del Derecho penal al derecho administrativo. De esta forma se penalizarán los comportamientos que carezcan de permiso administrativo, es decir, los que superen el control administrativo de seguridad⁷⁹.

Portanto, o autor identifica o processo de aceleração do processo penal, aproximando-o do direito administrativo. Outra característica é a renúncia à proteção de bens jurídicos individuais. Segundo o autor⁸⁰, há um descrédito aos crimes de natureza individual, e uma preocupação em atacar moléstias sociais.

Em terceiro lugar, o autor⁸¹ constata, que os fins tradicionais da pena são abandonados, com o foco passando a ser a prevenção geral positiva, através da rotulação do indivíduo, por pertencer a um grupo de risco. A quarta característica é uma confusão na responsabilização individual, porque é muito difícil fazer o vínculo

⁷⁷ Lei n.º 8.666/1993. Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁷⁸ [...] 3. O delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 se consuma com a frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame, sendo o prejuízo econômico à Fazenda Pública mero exaurimento do tipo. [...] (TRF4, ACR 5004259-49.2011.404.7200, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 11/11/2013).

⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 21.

⁸⁰ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 21.

⁸¹ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 22.

entre o dano difuso e a conduta individual, atacando os requisitos de nexo de causalidade, aproximando-se uma responsabilização penal objetiva.

Na quinta posição, está a legitimação simbólica promovida pelo direito penal⁸². O ser humano somente poderia ser governando através do medo do direito penal, ou seja, o temor da sanção, que, quando combinado com a primeira característica (expansão do direito penal), é transformado num instrumento de controle.

Por fim, a sexta e última característica, que Kindhäuser aponta como a mais importante, que é a renúncia a compreensão liberal do ser humano:

[...] el retrospectivo Derecho penal del Estado liberal de derecho parte por una determinada comprensión del ser humano de conformidad con la cual el co-ciudadano es alguien en quien se puede confiar e merece, además, ese anticipo de confianza. Un Derecho penal con esa comprensión del ser humano se toma su tiempo, espera y solo entra en acción cuando, por así decirlo, el niño ya ha caído al agua. Esto puede resultar peligroso, incluso osado, pero también es autoconsciente. Ese es el clima social en el que el ciudadano mayor de edad verdaderamente existe, en el que también reina la confianza en los mecanismos sociales de autorregulación. El Derecho penal de la seguridad brota, por el contrario, de un potencial de miedo social, es desconfiado y desea ponerle fin a las fechorías de su enemigo incluso ante de que sean cometidas⁸³.

Esse é o fechamento da caracterização do direito penal do risco. Enquanto as garantias partem de uma premissa de confiança e mérito do cidadão, o direito penal da sociedade de risco cria um ambiente de medo e insegurança, que desconfia do cidadão. A lógica atuarial é potencializada nesse contexto, porquanto oferece uma possibilidade de análise estatística na gestão do risco.

Essa realidade é inevitavelmente transposta para a criminalidade empresarial. Béatrice Hibou⁸⁴ alega que a lógica da contemporaneidade é a do mercado e da empresa e, para tanto, é conduzido um processo de formalização de várias intervenções governamentais para a estabilidade, reforço e manutenção do mercado.

⁸² KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 23.

⁸³ KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. P. 24.

⁸⁴ HIBOU, Béatrice. **The Bureaucratization of the world in the neoliberal era: international and comparative perspective**. Tradução de Andrew Brown. Hampshire/UK: Palgrave Macmillan, 2015. P. 16.

Segundo Ruggiero⁸⁵, do ponto de vista econômico, os crimes dos poderosos podem ser tolerados, considerando o retorno que essas pessoas podem oferecer à sociedade. Assim, é perceptível a combinação dos conceitos de Hibou e Ruggiero, no sentido de que a preservação da empresa passa a ser uma prioridade da contemporaneidade. Isso não quer dizer que os autores compactuam com a ideia de impunidade dos poderosos. No entanto, existe um discurso de senso comum, de que as condutas criminosas das elites seriam toleráveis, porquanto a falência de uma empresa seria muito mais prejudicial à sociedade, do que a tolerância das consequências do crime.

Nesse sentido, como constatado por Divan⁸⁶, é importante que sejam revisitados alguns conceitos do direito penal clássico, para atender a novas demandas da criminalidade dos poderosos. Isso porque, os criminosos de colarinho branco são dotados de uma capacidade superior de poder, os quais as instâncias ordinárias não são capazes de trabalhar. Sob nenhuma hipótese está se falando de expansionismo penal, mas de o direito penal compreender que não pode tratar novos tipos penais, como se fossem simples crimes decorrentes da criminalidade tradicional. As constatações do Divan revelam, na realidade, uma nova racionalidade de insuficiência conceitual do direito penal, haja vista que o simples acoplamento conceitual de ideias clássicas, em novos modelos, obviamente não é suficiente.

Bradshaw⁸⁷ traz o exemplo da “Deepwater Horizon” que é adequado para esse trabalho, porquanto envolve crime ambiental, cuja punição da pessoa jurídica é possível, por expressa previsão constitucional. O episódio envolve um derramamento de petróleo, no Golfo do México, de uma plataforma de propriedade de *British Petrol* que explodiu. Bradshaw⁸⁸ revela um intrincado esquema de manipulação de representantes do poder, controle de informação e abusos, a fim de assegurar a impunidade.

⁸⁵ RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. P. 102.

⁸⁶ DIVAN, Gabriel Antionolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 14, n. 1, 1º Quadrimestre de 2019**. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791. Acesso em 22/junho/2019.

⁸⁷ BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015.

⁸⁸ BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

Segundo Bradshaw⁸⁹, todo o episódio de derramamento de óleo da “Deepwater Horizon” foi nebuloso. A começar pelo fato de que a unidade, bem como o Governo Federal dos Estados Unidos da América, estavam completamente despreparados para lidar com a situação de crise, que já iniciou com falhas no sistema de evacuação da plataforma. Mesmo assim, houve sobreviventes que foram resgatados, mas o invés de serem encaminhados para um hospital, ou aos seus familiares, foram trancafiados, interrogados e somente liberados depois da assinatura dos imprescindíveis termos de confidencialidade. O foco era acobertar, aparar as arestas, para evitar um escândalo internacional.

Resolvido os aspectos das testemunhas, o foco passou para os registros fotográficos do evento. Assim, segundo Bradshaw⁹⁰, a *British Petroil* começou a manipular os registros do evento, e o repasse informações para a mídia, impondo controle, inclusive, nas palavras-chaves nos buscadores *online*. O bloqueio da mídia, e da intervenção imediata estatal, teria envolvido o alto escalão do governo estadunidense, e do próprio estado da Louisiana, controlando as atitudes da Guarda Costeira.

Por derradeiro, dentro do relato da Bradshaw⁹¹ fica exposta a pior face da criminalidade dos poderosos. A *British Petroil*, em busca da contenção dos danos à imagem, almejando, sem sombra de dúvidas, esconder a gravidade dos fatos, a fim de garantir o valor de suas ações, usou de um químico dispersante, mais poluente que o próprio petróleo cru, para “maquiar” o derramamento.

Inobstante a conduta criminoso seja altamente reprovável, sendo agravada pela tentativa de acobertar o fato. Inclusive, a petroleira lançou mão de manipulação da imprensa e cárcere dos funcionários, a até causar mais danos ambientais, tentando disfarçar o derramamento, mostrando total desprezo ao equilíbrio

⁸⁹ BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

⁹⁰ BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

⁹¹ BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

ambiental. É preciso fazer a análise de um elemento relevantíssimo, na compreensão da empresa, e, por consequência, do criminoso poderoso: o lucro⁹².

Esse ponto é fundamental para a pesquisa. A criminalidade dos poderosos não pode ser observada pela perspectiva da criminalidade tradicional. Conforme já denunciado Sutherland, o criminoso de colarinho branco não precisa do crime para viver, e não se identifica como um delinquente. A essência da atividade empresarial é o lucro. A *British Petroil* adotou a conduta descrita por Bradshaw baseada em razões puramente comerciais, ou seja, manter as ações em alta, e os investidores e clientes confiantes na integridade da companhia, sustentando um ambiente estável e sem riscos.

O modelo da “Deepwater Horizon” pode ser trazido para um grande escândalo financeiro, que já foi usado de exemplo nesse trabalho, o caso *Enron*. Segundo Sullivan⁹³, no caso *Enron* foi utilizado de um sistema chamado “fraude controlada”, em que os executivos fraudaram lançamentos contábeis, em prejuízo de outras empresas do setor, manipulando dados financeiros internos e externos.

Segundo Sullivan⁹⁴, no caso da *Enron*, a fraude consistia em criar um labirinto contábil em que se disfarçava a real condição financeira da empresa. Assim, a empresa criava uma espécie de “sociedade de propósito específico”, que permitia lançar apenas o lucro projetado, sem a despesa, haja vista que o custo ficaria no registro da SPE, e o lucro viria para a matriz. Ao invés de registrar os ganhos e perdas imediatos, a *Enron* se limitava a trabalhar com lucros projetados, na casa dos bilhões.

Fechando a manobra, a *Enron* buscava remunerar seus executivos e acionistas com ações, ao contrário de dinheiro. Todos viam isso com bons olhos, como uma forma de atrair os melhores *players* do mercado, pois ninguém se negaria ser dono de parte da *Enron*, uma das empresas mais lucrativas dos anos 90⁹⁵.

⁹² BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

⁹³ SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015. P. 213.

⁹⁴ SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

⁹⁵ SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**.

Contudo, era um “castelo de cartas”, e quando os lucros projetados em longo prazo não chegaram, a empresa desabou, levando junto consigo, quase todo o sistema financeiro dos Estados Unidos da América do Norte.

Sullivan⁹⁶ esclarece que esse ardil é fruto de um intrincado esquema de gestão empresarial fraudulenta, e controle das instituições de fiscalização, públicas e privadas. Segundo Sullivan⁹⁷, as estruturas internas de controle da empresa eram praticamente inexistentes, e a *Enron* era uma das principais colaboradoras de campanhas políticas no Senado, o que facilitou o relaxamento das regras fiscalizatórias. O excesso de riscos, o anseio por lucros exorbitantes, e uma omissão do Estado, que na realidade foi posto de lado, pelo grande poder da *Enron*, levaram a economia norte-americana a uma grave crise financeira, e fez um gigante do capitalismo desmoronar. Portanto, é possível perceber muitos elementos elencados por Sutherland⁹⁸, nos exemplos de Bradshaw⁹⁹ e Sullivan¹⁰⁰.

Por isso, que Divan, propõe sejam revisitados alguns conceitos:

A insistência com o discurso de que a defesa de garantias é universal (no sentido de um universalismo moderno) pode ser repleta de intenções verdadeiramente democráticas, mas é impossível seguir discorrendo em tese sobre um reflexo concreto dessa linha argumentativa: se procura – não raro – pugnar pelo respeito às garantias liberal-burguesas em matéria jurídico-penal para, ideologicamente, minimizar os efeitos da sanha punitiva frente aos menos protegidos (verdadeiros hipossuficiente). No entanto, a distância refletida nos estamentos e classes (em luta) faz com que um triste binômio em relação a esses seja verificado: em duas pontas da tabela, o aparato punitivo os atinge sem que seja tão longo ou tão intenso para respingar na camada dourada – do mesmo modo que o discurso das garantias visa proteger a camada hipossuficiente, mas raramente tem força para não se exaurir ao atravessar o território hipossuficiente. Em tom mais direto: a defesa de garantias político-jurídicas tipicamente liberais e/ou raio de direitos constitucionais fundamentais está, assim como a pior face do poder punitivo, disponível com o sinal amplificado apenas para alguns. Seria, inclusive, possível dizer que, se a hipocrisia que enaltece magistrados e figuras da persecução penal como titãs moralistas é patente e abjeta. Também cabe a crítica a quem queira fazer valer a tese que o

⁹⁶ SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

⁹⁷ SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

⁹⁸ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.**

⁹⁹ BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

¹⁰⁰ SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful.**

respingo altamente ocasional do sistema penal em algumas categorias privilegiadas de pessoas é uma espécie de vitimização ou martírio¹⁰¹.

Sob nenhuma hipótese está sendo defendida a redução de garantias aos poderosos. Todo o cidadão é igual perante a Lei, e assim deve ser tratado. Mas é evidente que há um déficit de punibilidade em relação a uma parcela da população, mais pobre, em benefício de outro estrato social, mais abastado. Nesse sentido, importante o que Fisse e Braithwhite apontam:

If the corporate form is used to obscure and deflect responsibility, where intentionally or unintentionally, the growth of corporate activities in industrialised societies poses an acute risk of escalating breakdown of social control. This breakdown is already patent domains like tax compliance and toxic waste regulation. Buck-passing is increasingly fostered not only by a burgeoning corporate birthrate (measured by new certificates of incorporation) but also by tendencies for the majority of the population work in corporations of increasing size and complexity. A corporate society finds it easier to hide its skeletons in closets, and in a big corporation the closets are more numerous and more obscure¹⁰².

A ampliação da indústria na sociedade contemporânea reforçou o papel das elites. Atualmente, as grandes corporações ditam regras em nações politicamente mais frágeis. Por trás de discursos de preservação ambiental e ética, escondem-se práticas predatórias e nocivas ao tecido social, que são os “esqueletos” escondidos nos armários.

Logo, é preciso enfrentar o aspecto criminal e criminológico das grandes corporações, que escondem atrocidades contra determinados grupos de pessoas, que são frágeis frente ao Poder Econômico. A regulação do mercado, e a intervenção estatal para a correção de desequilíbrios, podem ser uma solução plausível para esse problema.

3.2.) A expansão da legislação penal na sociedade de risco

O direito penal, portanto, sofreu a influência de alguns fenômenos sociológicos contemporâneos, em especial, a concepção de risco e prevenção, e a

¹⁰¹ DIVAN, Gabriel Antionolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 14, n. 1. P. 81/82.**

¹⁰² BRAITHWAITE, John. FISSE, Brent. **Corporation, crime and accountability.** Cambridge/UK: Cambridge University, 1993.

globalização. Durante os anos 1980, começaram a surgir alguns Tratados Internacionais em matéria de lavagem de capitais, que tentavam padronizar as políticas antilavagem de dinheiro.

Sobre a “Internacionalização do Direito Penal”, diz Silveira:

O aperfeiçoamento do fenômeno do Direito Penal leva a algumas inexoráveis verdades. A mais contundente, seria, segundo seu prognóstico, que o Direito Penal da era da globalização econômica e da integração supranacional caminha na trilha de um Direito cada vez mais unificado, menos garantista e onde regras de imputação, penais e processuais são flexibilizadas, fundamentalmente dada a lógica econômica aplicada, agora, ao Direito Penal¹⁰³.

O surgimento de um sistema internacional antilavagem de dinheiro aconteceu com a criação da GAFI – *Groupe d’Action Financière* -, em 1989, pelo G7 (DE CARLI, 2013, p. 31-50). Porém, antes mesmo da criação do GAFI, foi elaborada a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 154, de junho de 1991. Além disso, em 1990, a Europa promulga, a Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos produtos do Crime (Convenção de Estrasburgo), substituída pela Convenção de Varsóvia¹⁰⁴.

Ao Brasil, merece destaque, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo – integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de março de 1994, que trouxe os conceitos de organização criminosa e lavagem de dinheiro. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida) é outro instrumento internacional de combate à criminalidade econômica, a qual o Brasil aderiu, e internalizou por meio do Decreto nº 5.687, de janeiro de 2006.

Por fim, ainda na discussão sobre instrumentos internacionais de combate ao crime organizado, cabe ressaltar a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento ao Terrorismo, de 1999, vigente no Brasil nos termos do Decreto nº 5.640, de dezembro de 2005, em razão do fato que os mecanismos de combate à

¹⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. P. 35.

¹⁰⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. 1. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 47.

lavagem de dinheiro, foram estendidos para o combate ao financiamento do terrorismo.

Sobre o sistema internacional de antilavagem de dinheiro, ensina De Carli que:

A primeira preocupação e talvez o principal foco do sistema internacional antilavagem de dinheiro é a prevenção do crime. Parte considerável das medidas propostas pelos padrões internacionais – e muito da lógica do sistema – passa pela fiscalização do sistema financeiro. A ele são impostas as maiores obrigações, como a verificação da identidade dos clientes e da regularidade das operações financeiras, e a obrigação de não realizar a transação (ou suspender sua realização), comunicando à Unidade de Inteligência Financeira de seu país a tentativa ou a ocorrência do que se costuma denominar “operação suspeita”¹⁰⁵.

O sistema legal brasileiro reagiu a esse fenômeno de expansão do Direito Penal, e já em 1998, promulgou a Lei nº 9.613, que tipificou o crime de ocultação ou dissimulação da origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade, de valores, com as recentes alterações da Lei nº 12.683/2012, bem como, com a criação da chamada Lei Anticorrupção de nº 12.846/2013, e seu respectivo decreto regulamentador nº 8.420/2015. Outro marco legal reconhecido é a Lei nº 12.850/2013, que mudou todas as perspectivas sobre a criminalidade organizada.

Assim, o debate deve passar pela análise do crime de lavagem de capitais, o grande foco do *criminal compliance*. Então, será feito o estudo de cada um dos marcos legais, internacional, nacional e estrangeiro, para a compreensão da temática.

O crime de Lavagem de Capitais, conforme redação dada pela Lei Federal nº 12.683/2012, abrange o processo de ocultação ou dissimulação, da origem, localização, movimentação, de bens ou dinheiro, decorrentes de qualquer infração penal¹⁰⁶. A grande alteração promovida pela Lei Federal nº 12.683/2012, na Lei

¹⁰⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. 1. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. P. 43.**

¹⁰⁶ Lei Federal nº 12.683/2012. Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos

Federal nº 9.613/1988, foi a abertura do tipo penal abrangendo qualquer infração penal, e não o rol exaustivo que a Lei tinha antes.

A Lei Federal nº 12.683/2012 trouxe em seus parágrafos figuras equiparadas, que ampliaram o espectro de tipificação do crime de lavagem de capitais. Bottini (2016, p. 29) descreve o crime de lavagem de capitais como a sequência de atos que busca mascarar a origem, localização, disposição ou natureza, de bens ou dinheiros, provenientes de infração penal.

A lavagem de capitais, portanto, inclui, pelo menos, 03 (três) fases: ocultação; dissimulação; e integração de bens na economia¹⁰⁷. A compreensão do crime pode ser feita da seguinte maneira: um servidor público, da Prefeitura Municipal de uma determinada cidade, aceita receber valores de um licitante, para direcionar um Edital de Licitação ao concorrente, reduzindo o caráter competitivo da disputa. A pessoa praticou os crimes descritos no artigo 317, do Código Penal (corrupção passiva)¹⁰⁸, bem como, tipo previsto no artigo 90, da Lei Federal 8.666/1993 (Lei de Licitações)¹⁰⁹.

Esse dinheiro recebido será ilícito, porque terá origem em infração penal. Assim, a primeira etapa será ocultar esse dinheiro, o que pode acontecer de uma forma muito simples, por exemplo, receber o dinheiro em espécie; ou pode ser uma maneira mais complexa, como a emissão de uma nota fiscal, por uma empresa de algum familiar ou intermediário (popular “laranja”) desse funcionário. A segunda

termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, 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.

¹⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 32.

¹⁰⁸ Decreto-Lei n.º 2.848/1940. Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹⁰⁹ Lei Federal nº 8.666/1993. Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

etapa, por vezes, se mistura com a primeira, pois é a dissimulação; esse momento é caracterizado pelo mascaramento do dinheiro, ou seja, torná-lo lícito; pode acontecer já na primeira etapa, com a emissão da nota fiscal falsa, ou pode ser por outro meio, como por exemplo, alguma compra de um bem, como um carro, com dinheiro em espécie¹¹⁰.

A terceira etapa, reinserção dos bens na economia, é tornar esse dinheiro limpo, para poder girar no mercado, com normalidade. Basta a prática da primeira etapa, com o dolo de reinserção na economia, que estará consumado o crime¹¹¹. Se não houver o dolo de reinserção na economia, estar-se-á diante do crime de receptação¹¹².

Segundo Débora Motta Cardoso¹¹³, existem algumas divergências, mas a doutrina e a jurisprudência majoritária classificam o crime de lavagem de capitais como permanente (o que é fundamental para a análise da prescrição), e exige dolo, inexistindo figura culposa, sendo imprescindível que o agente saiba a origem ilícita dos bens ou valores, o que demanda dolo direto. Todavia, não se pode olvidar que parcela da doutrina admite o dolo eventual, na figura equiparada do artigo 1º, §2º, I, da Lei Federal n.º 9.613/1998, pois o agente poderia saber a origem ilícita, porém a ignora¹¹⁴. Um importante aspecto atual da lavagem de capitais, é que basta a suspeita da origem criminosa do bem ou dinheiro, sendo desnecessária a condenação pelo crime antecedente¹¹⁵.

O dolo eventual é de tormentosa definição doutrinária, sendo caracterizado quando o agente podendo antever o resultado, mas mantém a convicção que ele

¹¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.**

¹¹¹ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.**

¹¹² WELTER, Antonio Carlos. 5. Dos crimes: dogmática básica. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 201.

¹¹³ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro.** São Paulo: LiberaArs, 2015. P. 82.

¹¹⁴ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro.** P. 82.

¹¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.**

não acontecerá¹¹⁶. Na realidade, o agente está consciente do risco, porém o despreza, acreditando que o resultado não ocorrerá, mesmo não o desejando.

Cardoso¹¹⁷ aproxima a ideia de dolo eventual, com a denominada “Teoria da Cegueira Deliberada”, ressaltando que o conceito é totalmente diverso do dolo eventual, e possui origem norte-americana, porém é possível o acoplamento. Segundo a autora:

[...] a teoria da cegueira deliberada, de criação da jurisprudência norte-americana, aplica-se nas situações em que o agente atua dolosamente na prática do fato típico, por se colocar voluntariamente em uma posição de alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas que envolvem o fato delituoso. Na prática, age assim aquela pessoa que cria estruturas de filtragem de informação a que tem acesso. Ela nada pergunta, não deixa que lhe digam algo sobre a origem dos valores, cria barreiras para que as pessoas lhe informem, não quer saber. Ou seja, o agente coloca-se na condição de ignorância diante de uma situação suspeita, sem se importar em conhecer profundamente as circunstâncias de fato¹¹⁸.

Inobstante a teoria seja de origem estrangeira a jurisprudência já aplicou para condenações no Brasil¹¹⁹. Existem outras teorias para imputação de agentes que assumem o risco da lavagem de capitais. Uma delas é a “Teoria da Imputação Objetiva”, que, segundo Benedetti¹²⁰ é baseada na proposta de Claus Roxin, fundamentado na compreensão do “risco permitido”. Segundo Callegari¹²¹, a teoria da imputação objetiva é aplicável quando a conduta gerou um risco juridicamente reprovável, e esse risco realizou o resultado.

¹¹⁶ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. P. 82.

¹¹⁷ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. P. 82.

¹¹⁸ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. P. 83.

¹¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. “[...] Para que ocorra a aplicação da teoria da cegueira deliberada, deve restar demonstrado no quadro fático apresentado na lide que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. [...]” (AgRg no REsp 1565832/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 17/12/2018). Tribunal Regional Federal da Quarta Região. “[...] Quanto ao dolo, de se ter em conta que eventual ignorância voluntária quanto ao conteúdo da carga não exime o réu da responsabilidade pela prática do delito, eis que anuiu na produção do resultado, o qual podia claramente prever. Nessa seara, pertinente a construção jurisprudencial e doutrinária do direito anglo-saxão no que se refere à teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine).” (TRF4, ACR 5002132-53.2011.4.04.7002, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 27/08/2019).

¹²⁰ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**.

¹²¹ CALLEGARI, André Luís **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. P. 64.

Segundo Feijóo Sánchez¹²², existiriam riscos permitidos e riscos não permitidos, sendo a questão central a evitabilidade do resultado se adotada a conduta correta. Assim, o risco permitido seria o inevitável, e o risco não permitido é o evitável. Diante disso, “[...] O objeto do dolo não era a causalidade, mas um risco de uma norma penal. O risco permitido desempenha, por conseguinte, um papel não só nos tipos de resultado culposos, como também nos dolosos.”¹²³.

Dessa maneira, o dolo passa a ser analisado de forma objetiva, sendo extraído da mera assunção do risco não permitido, e de um indispensável nexos de causalidade com o resultado, entre a conduta que assumiu e a consequência que viola o bem jurídico penal. Callegari e Weber¹²⁴ dizem que, no aspecto da lavagem de dinheiro, deve ser verificado se o agente financeiro interviu na conduta de branqueamento de capitais, para saber se era possível evitar o resultado. Isso porque, um caixa de banco, que aceita o depósito de dinheiro com origem suspeita, não pode ser responsabilizada por essa simples ação; é indispensável que o agente tenha consciência que o dinheiro possui fonte ilegal.

Todavia, ainda, em Callegari e Weber¹²⁵, é fundamental que se observe a proibição do regresso, ou seja, que venha se retornando no *iter criminis*, até encontrar o agente financeiro garantidor da operação. Sempre tem de se ter claro que o agente deve ter consciência da origem ilícita do bem ou valor, não havendo responsabilidade objetiva, nesse aspecto. Nesse sentido, Callegari e Weber afirmam que:

O ponto fundamental da responsabilidade delitiva está centrado no sentido do comportamento e, aqui, entra a questão se o empregado do sistema financeiro deve responder pela lavagem ou não, ainda que suspeite da procedência ilícita dos fundos que serão manipulados por ele. Nesse aspecto, funda-se a questão sobre quando uma organização se encontra estabelecida de tal modo que sua configuração tenha sentido para alcançar consequências delitivas. Portanto, quando se participa de um contexto de ação? E a resposta aqui não é sempre que a organização dá causa à execução de um delito ou, ao menos, causa-o dolosamente ou culposamente. Desse modo, a concorrência de um comportamento evitável não basta para atribuir a uma organização um sentido delitivo, assim como, no âmbito da omissão, a capacidade de evitar o resultado não é suficiente

¹²² SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

¹²³ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. P. 67/68.

¹²⁴ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. P. 201.

¹²⁵ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. P. 204.

para definir como garante a quem tem essa capacidade. Ocorre que a inevitabilidade, por si só, é puramente cognitiva, alguém pode evitar algo se assim o deseja; a inevitabilidade carece per se de sentido social: mas por que haveria de evitar? Tratando-se da colaboração causal de várias pessoas, a resposta só pode ser esta: existe a obrigação de evitar quando faz parte do papel de quem atua em primeiro lugar velar pelo comportamento de quem atua em continuação. Jakobs divide a punibilidade da participação em quatro hipóteses distintas, porém, mencionaremos somente a que interessa ao nosso estudo, é dizer, intervenção delitiva do agente financeiro do delito de lavagem¹²⁶.

A “teoria da imputação objetiva”, portanto, exige a construção da figura de um “garante”, a figura do garantidor, estabelecida contratualmente dentro das empresas, através do cargo executivo denominado *Compliance Officer*. Embora essa seja uma questão casuística, porque deverá ser analisado contrato por contrato, na hipótese de *Compliance Officer*, de fato, assumir a função de garantidor da empresa, pode ser presumido que essa atribuição é inerente ao cargo. A análise da responsabilidade do *Compliance Officer*, bem como, dos responsáveis pela comunicação de operações suspeitas, da Lei Federal n.º 9.613/1998, será aprofundada no próximo subcapítulo, dentro das estruturas de *compliance* nas empresas.

Por fim, outra teoria de imputação nos crimes de lavagem de capitais, é a “Teoria do Domínio do Fato”, que em breve síntese feita por Benedetti¹²⁷, pode ser definida no sentido de que, em estruturas hierarquizadas, como a empresarial, o agente que está por trás, no topo da cadeia de comando, e tiver conhecimento do crime, se beneficiar do resultado, bem como das condições básicas do executor, responde pelo crime, mesmo que não seja o executor direto. Nesse caso, enquadra-se o executivo, que sabe que a empresa está sendo utilizada para lavagem de valores oriundos de sonegação fiscal, praticado por seu contador, e não impede o resultado.

Essas três teorias (“teoria da cegueira deliberada”; “teoria da imputação objetiva”, e; “teoria do domínio do fato”), foram desenvolvidas para tentar superar as dificuldades de punição da macrocriminalidade. É importante referir, para que fique muito claro, que as três teorias são extremamente complexas, e de amplo desenvolvimento na doutrina nacional e estrangeira. Contudo, como o objeto desse

¹²⁶ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. P. 204.

¹²⁷ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. P. 59.

trabalho não são as teorias da imputação, em crimes de lavagem de capitais, basta essa breve síntese, demonstrando-as.

Por fim, ainda no aspecto dogmático do crime de lavagem de capitais, resta discutir o bem jurídico tutelado pela norma penal do crime de lavagem de dinheiro. Segundo Luis Régis Prado:

Em termos conceituais, o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido¹²⁸.

Pierpaollo Bottini¹²⁹ faz uma digressão completa sobre os possíveis bens jurídicos tutelados pelo crime de lavagem de capitais. Antes da alteração legislativa, quando existia um rol de crimes antecedentes limitador, o posicionamento era que o crime acessório (lavagem de capitais), tutelava o bem jurídico do crime antecedente, principal, por exemplo, tráfico de entorpecentes. Todavia, com a conseqüente autonomia do crime de lavagem de capitais, esse conceito tornou-se insuficiente.

Bottini¹³⁰, posiciona-se como o bem jurídico sendo a administração da justiça, isso porque:

Essa concepção do bem jurídico consolida a natureza *autônoma da lavagem de dinheiro*, desvinculando-a quase que completamente do delito de origem. Ademais, encontrar na *ordem econômica* o bem protegido pela norma legítima a punição em concurso material do crime antecedente e da lavagem, quando praticados pelo mesmo autor, sem a caracterização do *bis in idem*. O agente que pratica um roubo, contrabando ou tráfico de drogas, afeta os bens jurídicos relacionados a estes crimes, mas quando utilizada mecanismos de ocultação ou dissimulação para limpar os produtos destes delitos, coloca em risco *outro bem jurídico, a ordem econômica*. [...] ¹³¹.

¹²⁸ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019. P. 30.

¹²⁹ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**.

¹³⁰ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**.

¹³¹ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. P. 87.

Embora Bottini¹³² admita que seu posicionamento não está imune à críticas, defende que a administração da justiça é sempre violada pelo crime de lavagem de capitais, porquanto, em algumas hipóteses, a ordem econômica não é lesada pelo branqueamento de valores. Por outro lado, o próprio autor reconhece que existem posições contrárias.

Nesse sentido vem Welter¹³³, que defende que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, deve ser mais amplo que a administração da justiça. Assentado que seja a ordem econômica um bem jurídico, é de ser reconhecido que a lavagem de capitais afeta a circulação de bens e riquezas do país, maculando a livre concorrência. Portanto: “[...] Não se trata, tão só, de reprimir o comportamento que dificulte o exercício da jurisdição, mas de efetivamente proteger o bom funcionamento da economia e de preservar a livre concorrência”¹³⁴.

Todavia, Bottini¹³⁵, parece mais correto, porque se o crime de lavagem de capitais não gerar uma posição de vantagem na economia, ele acabará não se consumando, o que, de fato, não era a intenção do legislador. Assim, a conclusão pela pluriofensividade é mais adequada, que é um crime que sempre visa proteger a administração da justiça, e que, comumente, tutela a ordem econômica.

Por fim, o objeto material do crime, são os bens ou os valores que tiveram a origem ocultada, dissimulada, e posteriormente foram reinseridos na economia. O crime é de resultado material, logo, é necessário que sejam demonstrados os bens e os valores, bem como as formas em que a lavagem foi praticada¹³⁶.

O direito penal passou por um processo de internacionalização, o que é não é diferente no caso de crimes de lavagem de capitais. Callegari e Weber¹³⁷ identificam esse fenômeno, e desvincula de um desejo somente, dos Estados Unidos da

¹³² BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.** P. 89.

¹³³ WELTER, Antonio Carlos. 5. Dos crimes: dogmática básica. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 195.

¹³⁴ WELTER, Antonio Carlos. 5. Dos crimes: dogmática básica. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** P. 198.

¹³⁵ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.** P. 89.

¹³⁶ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.**

¹³⁷ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro.**

América do Norte, haja vista que houve um movimento de Cooperação Internacional, com a adesão de vários países, em vários continentes.

Beatrice Hibou¹³⁸ fala que o mundo das finanças passou por um processo de burocratização, como forma de dominação. Com efeito, há muito se sabe que a burocracia é uma forma de controle. Diante do risco financeiro, e das transações comerciais internacionais, o mercado não ficou imune aos processos de dominação.

Todavia, conforme identifica Ruggiero¹³⁹, a lavagem de dinheiro é um serviço prestado pelo Estado, para a criminalidade organizada, em troca de oportunidades de negócio. Na realidade, houve um tempo em que a lavagem de capitais era benéfico à economia, pois irrigava o mercado com muito dinheiro. Além disso, paraísos fiscais tornaram-se grandes centros turísticos, como as Ilhas Cayman, em que magnatas frequentavam e deixavam seu dinheiro em troca do gozo dos luxos oferecidos pelo país.

Ruggiero¹⁴⁰ elenca os crimes financeiros como uma externalidade, que desequilibra a economia, numa concepção liberal. Por essa razão, que esses delitos passaram a ser intoleráveis, iniciando uma marcha legislativa, a nível mundial, contra crimes dessa natureza.

O primeiro marco legislativo internacional é a Convenção de Viena de 1988, denominada de “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e de Substância Psicotrópicas”, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n.º 154/1991.

No preâmbulo do texto da Convenção, as partes signatárias reconhecem que o tráfico ilícito de entorpecentes movimentava grandes quantias de dinheiro, e realmente geram fortunas às organizações criminosas¹⁴¹. Assim, inobstante o tratado verse, principalmente, sobre o crime de tráfico de drogas, trouxe a previsão de punições pela movimentação financeira de bens e valores oriundos do delito¹⁴²,

¹³⁸ HIBOU, Béatrice. **The Bureaucratization of the worl in the neoliberal era: international anda comparative perspective**. P. 44.

¹³⁹ RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Delinquency**. Oxford/UK: Oxford Express, 2017. P. 201.

¹⁴⁰ RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Delinquency**. P. 140.

¹⁴¹ Convenção de Viena de 1988. Preâmbulo. Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

¹⁴² ARTIGO 3. Delitos e Sanções. 1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...] v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv); b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou

determinando a reversão dos bens oriundos dos crimes, com a possibilidade de bloqueios, sequestros e arrestos.

Então, já como uma política criminal antidrogas iniciou a criminalização da movimentação de bens e valores oriundos de crime. Callegari e Weber¹⁴³ consideram a Convenção de Estrasburgo de 1990 a segunda geração da legislação antilavagem. O objetivo dela era viabilizar que os países signatários promovessem medidas legais internas, que permitissem a perda de bens oriundos de crime, algo que já está disposto no artigo 1º, da Convenção.

Os artigos 3ª e 4º, da Convenção de Estrasburgo de 1990, fala de técnicas de investigação. Por fim, o artigo 6º, da Convenção, também, traz uma sugestão de tipificação dos crimes de branqueamento de capitais, já muito semelhante ao modelo adotado no Brasil.

Entre esses dois movimentos, está a criação do - GAFI *Groupe d'Action Financière* -, em 1989, pelo G7. Segundo De Carli:

O GAFI é declaradamente um órgão de elaboração e de promoção de políticas. Em sua atuação, reflete a dinâmica de forças de política internacional – muitas vezes são dados pesos diferentes à mesma medida, tenha sido ela tomada por um país de menor expressão econômica, ou por outro, que seja econômica e politicamente importante. Somando-se o fato de ser largamente financiado pelos países mais ricos, não pode mesmo haver surpresa quanto ao rumo de algumas decisões¹⁴⁴.

O GAFI é um grupo de ação de estratégias de combate à lavagem de dinheiro, a nível internacional, sob a perspectiva dos países mais ricos. Seu meio de atuação é por recomendações, buscando a efetiva implantação de medidas legais, regulatórias e operacionais, de combate à lavagem de dinheiro, buscando uma padronização a nível internacional. Ainda, um dos seus objetivos é a identificação de ambientes de vulnerabilidade, onde há mais riscos de crimes financeiros¹⁴⁵. Os

delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão; [...]

¹⁴³ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**.

¹⁴⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. 1. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. P. 41.

¹⁴⁵ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI**. Tradução de Deborah Salles. [S.l.], 2012. Disponível em:

demais objetivos são: verificar os riscos e aplicar políticas e coordenação doméstica; combater a lavagem de dinheiro; aplicar medidas preventivas, para o setor financeiro, e outros setores designados; estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes; aumentar a transparência e disponibilidade das informações sobre propriedade de pessoas jurídicas e de outras estruturas jurídicas, e; estimular a cooperação internacional¹⁴⁶.

As Recomendações do GAFI são um importante norte das políticas de prevenção à lavagem de dinheiro. Atualmente, o GAFI trabalha com quarenta recomendações, divididas em sete grupos: “A – Políticas e Coordenação ALD/CFT”; “B – Lavagem de Dinheiro e Confisco”; “C – Financiamento do Terrorismo e Financiamento da Proliferação”; “D – Medidas Preventivas”; “E – Transparência e Propriedade Efetiva de Pessoas Jurídicas e Outras Estruturas Jurídicas”; “F – Poderes e Responsabilidade Autoridades Competentes e Outras Medidas Institucionais”, e; “G – Cooperação Internacional”. Todas elas são voltadas à prevenção de lavagem de capitais, e atos de corrupção, que comprometam a integridade institucional e econômica do país. A recomendação n.º 1 é voltada para a análise de risco:

Os países devem identificar, avaliar e compreender os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo para o país, e tomar medidas, inclusive designando uma autoridade ou mecanismo para coordenar as ações de avaliação de riscos, e aplicar recursos com o objetivo de garantir que os riscos sejam efetivamente mitigados. Com base nessa avaliação, os países devem aplicar uma abordagem baseada no risco (ABR) para garantir que as medidas de prevenção ou mitigação da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo sejam proporcionais aos riscos identificados¹⁴⁷.

Importante salientar, por oportuno, que o risco a que a recomendação se refere, não é o risco sociológico, da perspectiva de Beck. Na realidade, é a identificação de operações suspeitas, e atividades obscuras na circulação de riquezas, com uma abordagem atuarial. Outro destaque fica para a recomendação n.

<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 12/setembro/2019.

¹⁴⁶ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI**. P. 05/06.

¹⁴⁷ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI**. P. 09.

3, que sugere aos países a tipificação do crime de lavagem de dinheiro, a partir da Convenção de Palermo.

As recomendações do GAFI vigem até hoje, sendo constantemente atualizadas. Mas, outros regramentos internacionais surgiram no decorrer dos anos. A “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” foi assinada em 1997 e integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 3.678/2000; ela também pode ser posta como um marco legal do *compliance*, pois seu escopo foi a punição de atos de corrupção praticados contra, ou a favor, de funcionários públicos estrangeiros¹⁴⁸.

O Brasil, por meio do Decreto nº 5.015/2004, integrou à legislação brasileira a denominada “Convenção de Palermo”, assinada em 2000, cujo grande mérito foi a definição de “grupo criminoso organizado”¹⁴⁹. Por fim, como um último marco internacional de combate à lavagem de capitais, está a “Convenção de Mérida”, denominada de “Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção”, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto n.º 5.687/2006.

O foco da convenção é o combate à corrupção, a nível internacional. Todavia, o artigo 14, da Convenção de Mérida, é integralmente dedicado a medidas de prevenção à lavagem de capitais¹⁵⁰. Dentre elas, merece destaque, e o Brasil adotou

¹⁴⁸ Decreto nº 3.678/2000. Artigo 1. O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros. 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

¹⁴⁹ FRANCO JR., Nilson José. SANTANA, Hadassah Laís de Sousa. BORGES, Antônio de Moura. Acordos Internacionais no combate ao crime de lavagem de dinheiro. In. **RDIET, Brasília, V. 10, nº 1, p. 245-266, jan-jun/2015.**

¹⁵⁰ Artigo 14. Medidas para prevenir a lavagem de dinheiro 1. Cada Estado Parte: a) Estabelecerá um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, e em tal regimento há de se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas; b) Garantirá, sem prejuízo à aplicação do Artigo 46 da presente Convenção, que as autoridades de administração, regulamentação e cumprimento da lei e demais autoridades encarregadas de combater a lavagem de dinheiro (incluídas, quando seja pertinente de acordo com a legislação interna, as autoridades judiciais) sejam capazes de cooperar e intercambiar informações nos âmbitos nacional e internacional, de conformidade com as condições prescritas na legislação interna e, a tal fim, considerará a possibilidade de estabelecer um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de recompilação, análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de

a criação de um amplo regimento, com regras aplicáveis a instituições financeiras, sobre a fiscalização de movimentações financeiras suspeitas e a necessidade de cooperação internacional entre órgãos de inteligência financeira, visando otimizar a regulação de repasses de valores a nível global.

Os elementos que influenciaram a legislação brasileira estão presentes nesse artigo 14, da Convenção de Mérida. É visível que os movimentos de combate à lavagem de capitais são globais. Porém, seu princípio se deu de forma local. A expressão lavagem de dinheiro foi usada pela primeira vez, pelas autoridades dos Estados Unidos da América do Norte, para definir um dos métodos de branqueamento de capitais, utilizados pela máfia, nos anos 1930: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas. Depois, nos anos de 1980, foi utilizado em um processo judicial, fixando o termo no meio jurídico¹⁵¹.

Assim, é possível afirmar, que um dos precursores nas políticas antilavagem de dinheiro foi os Estados Unidos da América, podendo ser pego marco temporal a publicação do FCPA – *Foreign Corrupt Practice Act* – em 1977. Segundo *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (2012), publicação oficial do Departamento de Justiça (DOJ), e *Secretary Exchange Commission* (SEC), o FCPA contém regras antisuborno, e regramentos sobre registros contábeis de operações financeiras. Trata-se da Legislação Anticorrupção dos Estados Unidos da América do Norte.

Porém, antes do FCPA, os Estados Unidos da América do Norte já havia publicado o *Bank Secrecy Act of 1970* (BSA), que já possuía disposições sobre

lavagem de dinheiro. 2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, sujeitos a salvaguardas que garantam a devida utilização da informação e sem restringir de modo algum a circulação de capitais lícitos. Essas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantidades elevadas de efetivos e de títulos negociáveis pertinentes. 3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas apropriadas e viáveis para exigir às instituições financeiras, incluídas as que remetem dinheiro, que: a) Incluam nos formulários de transferência eletrônica de fundos e mensagens conexas informação exata e válida sobre o remetente; b) Mantenham essa informação durante todo o ciclo de operação; e c) Examinem de maneira mais minuciosa as transferências de fundos que não contenham informação completa sobre o remetente. 4. Ao estabelecer um regimento interno de regulamentação e supervisão de acordo com o presente Artigo, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro Artigo da presente Convenção, recomenda-se aos Estados Partes que utilizem como guia as iniciativas pertinentes das organizações regionais, interregionais e multilaterais de luta contra a lavagem de dinheiro. 5. Os Estados Partes se esforçarão por estabelecer e promover a cooperação em escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, de cumprimento da lei e de regulamentação financeira a fim de combater a lavagem de dinheiro.

¹⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.** P. 29.

política antilavagem de capitais¹⁵². No entanto, por acuracidade histórica, é importante referir que o primeiro país a tipificar o crime de lavagem de capitais, próximo ao conceito contemporâneo, foi a Itália, em 1978, com a inclusão do artigo 648 *bis* do Código Penal¹⁵³.

Sendo mais recente, merece destaque a *SOX – Sarbanes-Oxley Act*, que prevê uma série de regramentos sobre lançamentos contábeis, estimulando, e exigindo de empresas, nacionais e estrangeiras, com ações nas bolsas americanas, mantenha um registro rigoroso dos seus lançamentos contábeis¹⁵⁴. Ambas as legislações tratam-se de reações legislativas a crises antecedentes.

O FCPA é uma resposta ao escândalo *watergate*, que culminou na queda do Presidente Nixon, no início dos anos 1970¹⁵⁵. A *SOX* é uma tentativa de evitar um novo Caso *Enron*, e outros similares, que aconteceram no início dos anos 2000¹⁵⁶.

Beatrice Hibou¹⁵⁷ percebe algo que é notório: a cada novo escândalo surgem novas regulações. Isso porque, a segurança total é uma ilusão, sendo que a cada novo risco que a contemporaneidade confronta, novas compreensões, sobre a realidade é produzida.

Ainda a nível internacional, merece destaque o *UK Bribery Act* (legislação anticorrupção do Reino Unido). Por fim, existe o “Guia de Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estruturas Integradas”, publicada pelo COSO - *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* – que tem como objetivo ser um guia para a implantação de estruturas de controle interno das corporações, inclusive, nas avaliações de risco.

¹⁵² The OCC prescribes regulations, conducts supervisory activities and, when necessary, takes enforcement actions to ensure that national banks have the necessary controls in place and provide the requisite notices to law enforcement to deter and detect money laundering, terrorist financing and other criminal acts and the misuse of our nation's financial institutions. (OFFICE of the comptroller of the currency. <https://www.occ.treas.gov/topics/supervision-and-examination/bsa/index-bsa.html>. Acesso em 20 de junho de 2020).

¹⁵³ FERNANDES, Arinda. A lavagem de capitais no ordenamento italiano e seus reflexos na economia. *In. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 5, n. 1, jan/jun, 2020. P. 76.

¹⁵⁴ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities Exchange Commission. **A resource guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [Washington D.C.], 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 09/setembro/2019. P. 42.

¹⁵⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities Exchange Commission. **A resource guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [Washington D.C.].

¹⁵⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities Exchange Commission. **A resource guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [Washington D.C.].

¹⁵⁷ HIBOU, Béatrice. **The Bureaucratization of the worl in the neoliberal era: international anda comparative perspective**. P. 49.

A nível nacional, além das legislações, merece destaque a estrutura do BACEN – Banco Central – que através da Carta-Circular n.º 3.342/2006, que dispõe sobre a obrigatoriedade de comunicação de movimentações financeiras possivelmente vinculadas ao terrorismo; a Carta-Circular n.º 3.542/2012, que dispõe sobre as operações “suspeitas” de comunicação obrigatória ao COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras; a Carta-Circular n.º 3.430/2010, que estabeleceu aspectos relacionados à prevenção à lavagem de capitais; a Carta-Circular 3.839/2017, que estabelece regras procedimentais, sobre o combate à lavagem de capitais, em instituições financeiras – é nela que está descritos as políticas de *know your client* e *due dilligence*, por exemplo, visto que alterou a Carta-Circular 3.461/2010.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras é um ente que está, hoje, vinculado ao Ministério da Economia¹⁵⁸. Ele corresponde a Unidade de Inteligência Financeira do país¹⁵⁹, em atenção à recomendação 29, do GAFI¹⁶⁰, suas competências e funções serão mais exploradas no próximo subcapítulo.

Por fim, importante mencionar o papel da CGU – Controladoria-Geral da União, que tenta trazer orientações às empresas, sobre a implantação dos programas de *compliance*, nas empresas¹⁶¹.

O Brasil possui políticas de reforço ao combate à lavagem de capitais. Primeiro, obviamente, a Lei Federal n.º 9.613/1998, e as alterações promovidas pela Lei Federal nº 12.683/2013. Em segundo lugar, vem a Lei Federal n.º 12.850/2013, que alterou toda a normativa sobre organizações criminosas, e trouxe para o Brasil

¹⁵⁸ Lei Federal n. 9.613/1998. Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo das competências de outros órgãos e entidades.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Bruno Queiroz. As limitações impostas pelo princípio da legalidade ao poder regulamentar do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. In. **Revista Justiça do Direito**, vol. 30, n. 3, p. 422-441. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2016.

¹⁶⁰ Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente. (FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI**).

¹⁶¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 10/setembro/2019.

modernas técnicas de investigação, e a colaboração premiada. Além dos regramentos do BACEN, COAF e CGU, conforme já explicado.

Por derradeiro, a denominada Lei Anticorrupção, a Lei Federal n.º 12.846/2013, seu respectivo Decreto Regulamentador n.º 8.420/2015. Além disso, merece destaque a Lei do Estado do Rio Grande do Sul n.º 15.228/2018, e a Lei do Município de Passo Fundo n.º 5.399/2019, considerando que a pesquisa é localizada nessa cidade, que possuem o mesmo escopo, exemplos que se reproduzem em outros Estados e Municípios do país.

3.3.) Os programas de compliance nas empresas

O movimento internacional contra lavagem de dinheiro ganhou contornos de leis e medidas institucionais. O direito penal, como retratado anteriormente, não ficou alheio às novidades trazidas pela contemporaneidade. O mundo se globalizou, o direito penal também. A humanidade começou a preocupar-se com os riscos, a tutela criminal igualmente.

O primeiro objetivo do *compliance*, segundo Saavedra¹⁶², é a prevenção de riscos. Rodrigues¹⁶³ diz que os programas de *compliance* corporativos são mecanismos internos, implementados por empresas, para prevenir e detectar condutas criminais. O *compliance* seria uma técnica de autorregulação que se desenvolveu independente da lei penal. A origem dos programas de *compliance* combinam programas de prevenção com o senso de responsabilidade social.

O termo *compliance* é um estrangeirismo oriundo da forma nominal do verbo *to comply*, que significa, em tradução livre “agir de acordo” ou “agir conforme”. Assim, *compliance* é conduzir suas ações a partir de determinadas regras pré-estabelecidas por algum sistema legal ou normativo, seja positivista ou consuetudinário.

¹⁶² SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação*. In. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, n. 14. Mai-ago, 2016. P. 48.

¹⁶³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Compliance programs and corporante criminal compliance*. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 149, anos 26, p. 17-28. São Paulo: Ed. RT, novembro/2018. P. 120.

Para Bello e Saavedra¹⁶⁴, o *compliance* surgiu como busca pela resposta ao clamor pela justiça que seguiu a crise financeira mundial, causada em muito, por práticas obscuras e suspeitas, de grandes corporações. Dessa forma, o *compliance* assumiu um papel de auxiliar do direito penal, em relação a alguns ilícitos, como a lavagem de capitais e corrupção, por bloquear vias de escape de dinheiro de origem ilícita¹⁶⁵. Segundo Anabela Miranda Rodrigues:

The integration of compliance into the criminal law is related to the criminal liability of legal entities. Such a model of criminal liability is based on the idea that the *lack of organization* or an *organizational mens rea* element constitutes the basis for corporate liability. This approach recognizes the existence of corporate culture and will apart from that of its individuals employees, and posits that law should encourage corporations themselves to abide by the law. The recognition of this distinct corporate culture requires an examination into the culture before convicting a corporation. Only corporations that encourage lawful behaviour, or at least do not actively seek to prevent it, should be subject to criminal liability. This approach requires a test for determining which corporations are and are not blameworthy [...]¹⁶⁶.

Essa abordagem, portanto, vincula a aproximação dos programas de *compliance*, ao direito penal, pelos instrumentos que a legislação criminal possui, para a imposição de culpa. Como demonstrado anteriormente, várias demandas da sociedade de riscos, desaguam no direito penal.

As práticas de integridade envolvem pontos estratégicos, que se aplicam a qualquer organização, porquanto o mercado cada vez mais exige condutas éticas e lícitas dos atores empresariais, que devem buscar a lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental¹⁶⁷. Assim, segundo Saavedra¹⁶⁸, o objetivo do *compliance* é: com base numa série de controles internos, prevenir a responsabilização penal; todavia, na concretização, isso pode se voltar contra a empresa, pois a forma de construção dos programas de *compliance*

¹⁶⁴ BELLO, Douglas Sena. SAAVEDRA, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 147, p. 257/272. Set/2018. P. 04.

¹⁶⁵ BELLO, Douglas Sena. SAAVEDRA, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 147, p. 257/272. P. 05.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 149, anos 26. P. 21.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205. Jan./mar., 2015. P. 88.

¹⁶⁸ SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação*. In. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, n. 14. P. 259.

acaba criando uma cadeia de responsabilização penal que alcance diretamente o *Compliance Officer*.

O *Compliance Officer* seria um funcionário da empresa, que trabalharia como diretor ou responsável pelo controle interno da companhia, cuja missão é a devida implementação e cumprimento das normas de *compliance*¹⁶⁹. Entretanto, como menciona Felício¹⁷⁰, o ponto sobre a responsabilidade penal do *Compliance Officer* é muito tormentoso, mas deve centrar-se no efetivo domínio do fato, aliado à cadeia de responsabilização prevista nos regramentos da empresa, como no Código de Ética e contrato social. A presença do *Compliance Officer* atrai a possibilidade da responsabilização penal da estrutura empresarial, porquanto a sua existência gera o dever de garantir a integridade da empresa, estando o cargo diretamente subordinado ao Conselho de Administração, ou órgão similar de gerência da empresa¹⁷¹.

Entretanto, conforme Silveira¹⁷², o *Compliance Officer* não pode ser visto como um funcionário subalterno, e ao mesmo tempo não deve ser responsável por todos os ilícitos nas empresas. Ele deve ter conhecimento completo sobre o cumprimento das regras internas e externas da empresa, e ao perceber alguma infração, comunicar aos canais competentes, mesmo que não tenha decisão final. Com efeito, Scandelari¹⁷³ esclarece que o *Compliance Officer* não tem faculdades executivas na empresa, e por consequência não pode lhe ser imposto o dever de impedir crimes ou ilegalidades. O dever dele é denúncia, não de impedimento.

Porém, é de ficar claro que a Lei Federal n.º 12.846/2013, e seu respectivo Decreto Regulamentador n.º 8.420/2015, não preveem proteção legal ao *Compliance Officer*. Logo, será necessário o amadurecimento da doutrina e da jurisprudência, a fim de se encontrar proteção legal ao cargo.

Na vida diária da atividade empresarial, o *compliance* assume a obrigação de ser uma estrutura dedicada a garantir o cumprimento das leis, dos regramentos

¹⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. P. 143/144.

¹⁷⁰ FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. P. 142.

¹⁷¹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro*. In. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano XIII, n. 75**. Porto Alegre: Síntese, ago./set., 2012. P. 24.

¹⁷² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. P. 149.

¹⁷³ SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem*. In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. P. 193.

internos, regulamentos externos e dos padrões éticos de conduta. As medidas seriam voltadas a prevenção de comportamentos ilícitos, de funcionários, executivos, clientes, quotistas e acionistas e fornecedores¹⁷⁴.

O risco *compliance* é a possibilidade de aplicações de sanções jurídicas ou regulatórias, de multas que geram prejuízos financeiros, e danos à imagem e reputação da empresa. Com muita certeza, pode ser dito que as obrigações de *compliance* alcançam a prevenção da prática de lavagem de capitais¹⁷⁵.

Assim, está-se diante de uma vantajosa medida de boa governança. A implementação do *compliance*, apesar de não impedir integralmente a responsabilização civil ou administrativa, consequência de um ato ilícito, ajuda na mitigação de riscos, e no afastamento da responsabilização penal de administradores¹⁷⁶.

Existe um custo do *compliance*, que demanda alto investimento financeiro, em pessoal especializado, e na criação de instrumentos¹⁷⁷. Contudo, não é de se negar que pode haver várias vantagens em um efetivo programa de *compliance* nas empresas, pois pode custar mais caro não ter um programa de integridade.

Há dois modelos de *compliance*, um primeiro baseado no estímulo a valores e condutas éticas, e um segundo baseado em instrumentos de controle. Assim, ensina Anabela Miranda Rodrigues:

In fact, in theory, we can speak of two major models of compliance programs. The first – a value-oriented model – aims to create a climate of respect for legality and ethical values within the company through training. The central element of this models is the ethical code, which contains mandates and prohibitions formulated in the clearest and most precise way possible, and also includes control measures and disciplinary measures to sanction infractions. The second model of compliance programs focuses both on surveillance measures an on control measures, for example, access to e-mails, registration of telephone calls and access to the Internet, video surveillance, contracting of private detectives, etc. Now it may be the case of using risk profiling techniques, which aim to make a kind of “criminal profile” of certain employees. The determination of the employees risk profile is

¹⁷⁴ SANTOS, Douglas de Oliveira. TORRES, Rafael Lima. RODRIGUES, Maria Lúcia de Barros. A regulamentação do programa de *compliance* pelo direito brasileiro, como ferramenta capaz de auxiliar as empresas no cumprimento de sua função social. In. **Revista A Percorso da UNICURUTIBA. Vol.2, n. 17**. Curitiba: 2015. P. 343.

¹⁷⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. DA SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*; **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1 P. 152.

¹⁷⁶ FULLER, Grece Patrícia. FIGUEIREDO, Leidi Priscila. *Compliance* empresarial e tutela penal na sociedade da informação. In. **Revista dos Tribunais**, vol. **996/2018**. P. 7-8.

¹⁷⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de Informação Legislativa**, ano **52**, n. **205**. P. **93**.

qualitatively different from analysis of the relevant (or foreseeable) risks of the company, whose evaluation should be the basis of the company's compliance programs. All these measures that we have described, linked either to control or to surveillance, make the company a kind of *panopticum* or *big brother* and seriously affect fundamental rights, such as the right to privacy, the secrecy of communications or right to the protection of personal data. Empirical data suggests, however, the value-based compliance programs are more effective at deterring unethical conduct¹⁷⁸.

O Brasil, pelas características da Lei Federal n.º 12.846/2013, adotou um modelo mais voltado aos valores éticos, do que necessariamente de controle, vigilância e punição. Todavia, alguns mecanismos da Lei Federal n.º 9.613/1998, puxam um alinhamento para uma forma mais agressiva de controle, sobre a licitude de movimentações financeiras.

Então, a partir de agora, far-se-á análise do conjunto dos três regramentos legais sobre *compliance* (Lei Federal n.º 12.846/2013, e sua respectiva regulamentação pelo Decreto n.º 8.420/2015; e a Lei Federal n.º 9.613/1998, conforme redação dada pela Lei Federal n.º 12.863/2013). Durante o estudo, será feita a combinação com as orientações do GAFI, e como funcionam as estruturas de *compliance*.

A Lei Federal n.º 12.846/2013, no seu artigo 1º¹⁷⁹, refere a responsabilização administrativa e cível de pessoas jurídicas, por atos lesivos à administração. Logo, a norma não possui natureza penal, inclusive, prevê a responsabilização objetiva dos entes ideais¹⁸⁰, bem como, ressalva a possível responsabilização penal individual dos dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, que concorra para o ato ilícito¹⁸¹. Logo, a Lei possui caracteres mais próximos do direito administrativo, do que do direito penal.

¹⁷⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 149, anos 26. P. 24.

¹⁷⁹ Lei Federal n.º 12.846/2013. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

¹⁸⁰ Lei Federal n.º 12.846/2013. Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

¹⁸¹ Lei Federal n.º 12.846/2013. Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os

Sobre a responsabilização objetiva, Ilana Martins Luz¹⁸² tece algumas críticas no sentido de que, mesmo que as empresas possuam programas de *compliance*, que almejam a mitigação de riscos, poderão sofrer sanções da Lei Anticorrupção; isso pode gerar um quadro de desestímulo a adoção de programas de integridade, pelas pessoas jurídicas. Nesse sentido, Teixeira e Rios¹⁸³, vislumbram a possibilidade de aplicação tanto de penas vinculadas ao direito administrativo sancionador, quanto ao direito penal, logo, é delegado ao particular à prevenção dos ilícitos, criando um cerco normativo, em que o particular é obrigado a se submeter.

A Lei, ainda, recebe contornos penais quando os “atos lesivos à administração pública” são descritos da mesma forma que tipos penais. O artigo 5º, I, da Lei Federal nº 12.846/2013¹⁸⁴, tem redação igual ao crime de corrupção ativa; as condutas do inciso IV¹⁸⁵ estão quase todas tipificadas na Lei Federal 8.666/1993¹⁸⁶.

dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

¹⁸² LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. 2 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. P. 109.

¹⁸³ TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza. RIOS, Marcos Camila da Silva Souza. *Criminal compliance*, política criminal atural e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade de controle. In. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 4, n. 1, p. 98-113. Jan/jun. 2018. P. 106.

¹⁸⁴ Lei Federal nº 12.846/2013. Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; [...]

¹⁸⁵ Lei Federal nº 12.846/2013. Art. 5º. [...] IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

¹⁸⁶ Lei Federal n.º 8.666/1993. Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 92. Admitir,

O artigo 5º, II e III, são condutas em que muito se aproximam do crime de lavagem de capitais¹⁸⁷. O primeiro envolve a conspiração, cumplicidade da pessoa jurídica, em atos de corrupção, seja ativa ou passiva; a segunda hipótese envolve a utilização de intermediários, na consecução dos crimes¹⁸⁸. O inciso III, do artigo 5º, também em muito se aproxima dos crimes previstos nos artigos 337-B¹⁸⁹ e 337-C¹⁹⁰, ambos do Código Penal.

possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

¹⁸⁷ Lei Federal nº 12.846/2013. Art. 5º. [...]II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei [...]; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

¹⁸⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção**. José Anacleto Bertoncini, Mateus Bertoncini, Ubirajara Costódio Filho. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 168/169.

¹⁸⁹ Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional

¹⁹⁰ Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Por derradeiro, resta o inciso V, do artigo 5º, da Lei Federal 12.846/2013¹⁹¹, que refere a chamada “obstrução de justiça”, prevista no artigo 25, da Convenção de Mérida¹⁹². Segundo Bertoncini¹⁹³, o objetivo dessa conduta ilícita, que não é necessariamente contra a administração pública, é a empresa se esquivar da responsabilização, por meios desidiosos.

Lopes Felicio¹⁹⁴ chega à conclusão que o *compliance* guarda relação com o direito penal, porque é voltado, à base de prevenção, de ilícitos, que podem gerar punições, inclusive, de caráter penal. Assim, o instituto trabalha com o direito penal, com o objetivo de criar mecanismos eficientes que auxiliem no combate à criminalidade empresarial, visto que os estímulos éticos, promovidos pela Lei, não ostentam o caráter cogente da legislação penal.

Por fim, essas condutas, quase todas, terão sancionamento por meio da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Federal 8.429/1992, nos artigos 9º ao 10º¹⁹⁵.

¹⁹¹ Lei Federal n.º 12.856/2013. Art. 5º. [...]IV - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. [...]

¹⁹² Decreto n.º 5.687/2006. Artigo 25 Obstrução da justiça. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente: a) O uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção; b) O uso da força física, ameaças ou intimidação para atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. Nada do previsto no presente Artigo menosprezará a legislação interna dos Estados Partes que disponham de legislação que proteja a outras categorias de funcionários públicos.

¹⁹³ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção**. P. 194.

¹⁹⁴ FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. P. 115.

¹⁹⁵ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los

Ou seja, está-se diante de uma Lei rigorosa, que utiliza de conceitos criminais, para a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas, que oferece poucos instrumentos de proteção às pessoas físicas envolvidas.

O artigo 6º, da Lei n.º 12.846/2013¹⁹⁶, prevê os sancionamentos que as pessoas jurídicas podem sofrer, como multa, e publicação extraordinária da decisão

indevidamente IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente ;XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

¹⁹⁶ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. § 2º A aplicação das

condenatória. O artigo 8º¹⁹⁷ refere o “Processo Administrativo de Responsabilização” e, por fim, o artigo 14 possibilita a desconsideração da pessoa jurídica¹⁹⁸, acaso a seja usada de forma abusiva, para impedir ou obstaculizar a apuração de ilícitos, ou encobrir patrimônio.

Em linhas gerais, esses são os artigos que norteiam a Lei Anticorrupção. A Legislação Brasileira não refere à expressão *compliance*, substituindo-a por “Programa de Integridade”. A lei trata esse mecanismo como um instrumento de dosimetria das sanções, previsto no artigo 7º, da Lei Federal n.º 12.846/2013¹⁹⁹.

Em atenção a esse artigo, em 2015, foi publicado o Decreto 8.420²⁰⁰, que regulamentou os denominados “Programas de Integridade”. É nesse Decreto que se encontrará o conceito legal de “Programas de Integridade”, bem como, os requisitos para implantação e funcionamento:

sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. § 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. § 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

¹⁹⁷ Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação. § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

¹⁹⁸ Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

¹⁹⁹ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

²⁰⁰ Decreto n.º 8.420/2015. Art. 1º Este Decreto regulamenta a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, 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. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV - o setor do mercado em que atua; V - os países em que atua, direta ou indiretamente; VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput. § 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput. § 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

Portanto, para Eduardo Saad-Diniz (2015, p. 127), os programas de integridade se alicerçam em sete princípios: Princípio da Separação dos Poderes – artigo 42, I e IX, do Decreto nº 8.420/2015; Princípio da Documentação ou Verificação – artigo 42, II, III, IV e VI, do Decreto nº 8.420/2015; Princípio de Congruência e Coerência das Operações – artigo 42, V, XIII, XIV, do Decreto nº 8.420/2015; Princípio da Transparência da Gestão Empresarial – artigo 42, VI, XV e XVI, do Decreto nº 8.420/2015; Princípio da Independência e Imparcialidade dos Órgãos de Controle – artigo 42, I e IX, do Decreto nº 8.420/2015; Princípio do Cumprimento ou da Explicação – artigo 42, VII, VIII, XI, XII, do Decreto nº 8.420/2015.

Ilana Martins Luz²⁰¹ promove uma organização dos instrumentos de um bom programa de *compliance*. É importante atentar que muitos desses mecanismos têm vinculação com as recomendações do GAFI, e demais marcos internacionais.

O primeiro aspecto do *compliance* e a análise e mapeamento de riscos. Previsto na recomendação número um, do GAFI, segundo o relatório de Gerenciamento de Riscos do COSO – *Committee of Sponsoring Organization of Treadway Commission* – tradução de *PricewaterhouseCoopers*²⁰², a análise do ambiente interno compreende os objetivos da organização, e fornece os balizadores pelo qual os riscos são identificados e abordados. Esses riscos são analisados pela probabilidade e impacto, a fim de determinar o modo pela qual serão administrados.

²⁰¹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria.**

²⁰² COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Gerenciamento de riscos corporativos: estrutura integrada.** [S.l.]: COSO, 2007. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 10/setembro/2019.

Assim, Ilana Martins Luz²⁰³, refere que se uma empresa quer adotar uma conduta ética e lícita, deve ter bem claro os valores e objetivos pelos quais as decisões são tomadas. Isso pode parecer somente a “missão”, “visão” e “valores” da empresa, visto que o apetite do risco pode determinar o maior ou menor grau de risco de possibilidade de fraudes²⁰⁴, mas de verdadeiros imperativos éticos que impõem limites à atividade empresarial. Além disso, trata-se da adoção de uma conduta ética por todos os integrantes da empresa, do acionista ao porteiro, pautando-se por atos que sejam sempre lícitos.

O comprometimento da alta cúpula da empresa é um mínimo necessário que se espera na criação de um programa de integridade²⁰⁵. O “Programa de Integridade para empresas privadas”, da Controladoria-Geral da União, abre suas explicações enaltecendo a importância do comprometimento da alta cúpula da empresa. Segundo o Manual²⁰⁶, a chefia da empresa deve agir como exemplo de boa conduta, além disso, deve intervir constantemente na eficiência do programa de integridade. O comprometimento ético do presidente afetará todos os subordinados. Ademais, é importante destacar que os donos das empresas, comprometidos com comportamento éticos, não tolerarão, nem em seu benefício, práticas de atos ilícitos.

A elaboração de documentos escritos é a formação de um Código de Ética e Conduta dentro da empresa, que segundo o *U.S. Guidelines* do FCPA²⁰⁷, é a base de um bom programa de *compliance*. Nele estarão previstas todas as regras da empresa, possibilidades de demissão por justa causa, política e procedimentos internos de apuração de tolerância ou efetiva prática de ilícitos.

Segundo o Manual da CGU²⁰⁸, o treinamento de pessoal, sobre as regras de integridade, deve ser contínuo. Ainda, todas as comunicações, tanto por escrito, quanto nos treinamentos de forma oral, deve ser realizado de forma clara e objetiva,

²⁰³ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. P. 119.

²⁰⁴ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. P. 118.

²⁰⁵ CARVALHO, Itamar. ALMEIDA, Bruno. Programas de compliance: foco no programa de integridade. In. VENTURINI, Otavio; et. al. **Manual de Compliance**. Coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo de Pinho Bertoccelli, Otavio Venturini. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 59.

²⁰⁶ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas**. P. 9/10.

²⁰⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities Exchange Commission. **A resource guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [Washington D.C.]. P. 57/58.

²⁰⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas**. P. 20.

passível de entendimento. Portanto, não é tolerável o uso excessivo de neologismos ou estrangeirismos, nem o excesso de linguagem técnico-jurídica-legal.

Ilana Martins Luz²⁰⁹ elenca a nomeação de um responsável pelo departamento de *compliance*. Ressalvados os pontos tormentosos sobre o dever de garante do *Compliance Officer*, esse seria um diretor, posicionado hierarquicamente ao lado dos demais diretores, com acesso direto à cúpula, a frente da auditoria interna. Esse cargo deve ter autonomia e estabilidade, a fim de garantir a possibilidade de confronto com os superiores, e a atuação destemida na apuração de ilícitos, assegurando a independência indispensável a um bom programa de integridade.

Mais um elemento do Programa de Integridade são os canais de denúncia. A empresa deve manter um meio em que possam ser feitas denúncias anônimas interna e externamente²¹⁰. Esses canais podem ser um endereço de *e-mail*, ou um telefone, o importante é dispor do meio de denúncia, e garantir o anonimato do denunciante.

Nesse aspecto, existem, também, as figuras dos *whistleblowers*. De acordo com Oliveira e Suxberger²¹¹, o *whistleblowing* é definido como um ato de dissidência de acusação ou imputação pública contra a organização que pertence. Na realidade, é um ato de deslealdade, eticamente tolerado, diante do fato que revela ilícitos puníveis.

As premissas para caracterização do *whistleblowing* é que o delator seja integrante do quadro de funcionários da empresa, ou terceirizado; a segunda consiste nas condutas que podem ser noticiadas pelo delator, conquanto estivessem incluídas em sua denúncia crimes, e não somente condutas antiéticas ou ilícitas, que não sejam penais. A conduta deve ser sempre voluntária, e deve haver alguma recompensa.

A pessoa que faz a denúncia, por meio de um dos canais disponibilizados via programa de integridade, não é necessariamente um *whistleblower*, portanto. Isso porque, qualquer pessoa, que tenha conhecimento de qualquer ilícito, pode

²⁰⁹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. P. 132.

²¹⁰ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. P. 134.

²¹¹ OLIVERIA, Fernanda Loures de. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Whistleblowing*: o papel dos Registros de Imóveis na prevenção de crimes de parcelamento irregular de solo urbano. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 149, ano 26, p. 29-52. São Paulo: Editora RT, novembro/2018. P. 44.

denunciar. Na realidade, essa figura ainda não está regulamentada no direito brasileiro, sendo os conceitos extraídos de realidades estrangeiras.

O Manual da CGU²¹² elenca a necessidade, expressa, que o programa de integridade tenha mecanismos de aplicação de medidas disciplinares, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Ainda, importantíssimo o monitoramento contínuo, através de relatórios de auditoria, por exemplo, da eficiência do programa de integridade.

Nesse aspecto da avaliação permanente, o *U.S. Guidance*, do FCPA²¹³ (2007, p. 56) elenca três perguntas para avaliar o programa de *compliance*: “*Is the company’s compliance program well designed? Is it being applied in good faith? Does it work?*”. Esses três quesitos, segundo o guia estadunidense, são suficientes para saber se um programa de integridade é eficaz ou não.

Assim, o Decreto 8.420/2015 cria uma estrutura dos “Programas de Integridade” baseado na lógica do estímulo, bem como, de regramentos internos. A atuação estatal fica limitada à fiscalização, porém, incluirá punição penal por ilícitos contra à administração pública, visto que, muitos, fatalmente, são crimes.

Resta ainda a análise das estruturas de *compliance* da Lei Federal n.º 9.613/1998, conforme redação da Lei n.º 12.683/2013. No topo da pirâmide está o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, que é a Unidade de Inteligência Financeira do Brasil. A Resolução n.º 29/2017, do COAF, que regulamenta as disposições legais, internamente no órgão.

No início do ano de 2019, o COAF passou por uma luta de poder, quando o Ministro da Justiça Sérgio Moro, tentou trazer o Conselho para sua pasta, por meio do Decreto n.º 9.663/2019, que restou derrubado no Congresso Nacional, devolvendo a matéria para a pasta da economia. Essa disputa possui contornos relevantes, porquanto até hoje não se está claro se o COAF é um órgão regulador da economia, ou é um instrumento de política de segurança pública, haja vista que o órgão pode verificar as transações financeiras de qualquer pessoa (o que foi potencializado pela recente decisão do STF). Pela sua posição dentro da estrutura administrativa do Estado, é de ser classificado como um instrumento de política

²¹² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas**. P. 20/24.

²¹³ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities Exchange Commission. **A resource guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [Washington D.C.]. p. 56.

econômica, com alguns traços de política criminal, visto que suas conclusões podem ser utilizadas para condenação.

As inovações da Lei, sobre políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, estão alicerçadas em um tripé: identificação de clientes, manutenção de registros e comunicações de operações suspeitas²¹⁴ (SUXBERGER; PASIANI, 2018, p. 297). Devem ser observados que os dois primeiros elementos, estavam presentes no programa de integridade.

O artigo 9º, da Lei Federal 9.613/1998²¹⁵, dedicou-se a elencar as pessoas que estão submetidas aos deveres do tripé. Isso faz parte do mapeamento de riscos,

²¹⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. PASIANI, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. In. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 8, n. 1, p. 310-339.** 2018. P. 297.

²¹⁵ Lei Federal n.º 9.613/1998. Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (**leasing**), as empresas de fomento comercial (**factoring**) e as Empresas Simples de Crédito (ESC); VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antigüidades. XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações; a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua

conforme Recomendação um, do GAFI²¹⁶. Da análise do artigo, é extraída a conclusão de que o legislador fez uma leitura de setores sensíveis à lavagem de capitais, como: promoção de imóveis; seguros; cartões de créditos; corretoras de seguros; corretoras de ações; comércio de bens de luxo em geral, entre outros setores. O ponto de convergência entre eles é o grande volume de dinheiro, e a arbitrariedade de fixação de preços, bem como a possibilidade de movimentar altas quantias de capital, de forma justificada.

O artigo 10º, da mesma legislação²¹⁷, traz a obrigatoriedade das políticas *Know your Client*, e a necessidade e manutenção de registros. Segundo Suxberger e Pasiani²¹⁸, a etapa *KYC* é a realização da devida diligência, para obtenção de documentos de identificação e qualificação dos clientes. O grau de zelo da empresa deve ser alto, a fim de verificar a veracidade das informações, bem como o destinatário final da operação. Obviamente, a profundidade da verificação deve ser feita de forma correlata à complexidade do negócio. Essa obrigação corresponde a Recomendação dez, do GAFI²¹⁹. As políticas *Know your Client* são expandidas para os fornecedores, acionistas, prestadores de serviços, entre outros. Ou seja, a

comercialização; e XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

²¹⁶ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI.**

²¹⁷ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça. III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

²¹⁸ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. PASIANI, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 8, n. 1. P. 299.**

²¹⁹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI.**

empresa tem de estar monitorando com quem se relaciona, para evitar o envolvimento em ilícitos.

Outro ponto do artigo 10 é a indispensável manutenção dos registros das operações. De acordo com Suxberger e Pasiani²²⁰, é importante a manutenção dos registros para a análise posterior, de eventuais operações suspeitas.

Por fim, o artigo 11, em especial o inciso II, 'b', da Lei Federal n.º 9.613/1998²²¹, prevê a obrigação de comunicação de operações suspeitas. Segundo a disposição legal, acaso haja motivos razoáveis para suspeitar de determinada operação, essa deve ser comunicada ao COAF. Essa comunicação faz parte de uma política inovadora de atuação preventiva contra lavagem de capitais. A informação feita de boa-fé isenta a entidade comunicante de responsabilização civil, criminal ou administrativa, das obrigações decorrentes do sigilo da operação, independente de o fato da suspeita se confirmar ou não²²².

O COAF irá elaborar o “Relatório de Inteligência Financeira”, que poderá ser utilizado para fins de persecução penal. As pessoas obrigadas, que não cumprirem

²²⁰ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. PASIANI, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. In. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 8, n. 1.** P. 299.

²²¹ Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes: II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas; a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo. b) das operações referidas no inciso I; III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF e na forma por ele estabelecida. § 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º.

²²² SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. PASIANI, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. In. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 8, n. 1.** P. 299.

com as responsabilidades legais, poderão vir a ser punidas, na forma do artigo 12, da Lei Federal n.º 9.613/1998²²³.

Por todo o exposto, é visível a proximidade entre os “Programas de Integridade”, e o sistema prevenção à lavagem de capitais. A informação, a transparência, são elementos de convergências. Fora isso, o ambiente de desconfiança, punindo as pessoas que não realizarem as comunicações suspeitas, como forma de controle, por meio da ameaça da condenação criminal.

Beatrice Hibou²²⁴ reconhece que a guerra à lavagem de dinheiro segue uma lógica da segurança e risco. Esse combate é estabelecido por meio de uma parceria entre o público e o privado, na qual, a esfera particular percebeu, num determinado momento, que o dinheiro sujo não poderia ser mais tolerado. Hoje, as políticas antilavagem de capitais, fixam os limites ente ativos lícitos e ilícitos.

O que poderia acontecer é um reforço nos mecanismos de combate, ou medidas *enforcement*²²⁵, que se caracterizam por ser medidas de execução de políticas de combate aos crimes dos poderosos. Segundo o autor, políticas de

²²³ Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I - advertência; II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); III - multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); IV - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; V - cassação da autorização para operação ou funcionamento. IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. § 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo: § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10; III - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III - deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10; III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11. § 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. § 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do *caput* deste artigo.

²²⁴ HIBOU, Béatrice. **The Bureaucratization of the worl in the neoliberal era: international anda comparative perspective**. P. 80.

²²⁵ BURNS, Richard. Corporate crimes and the problems of enforcement. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015. P. 202.

enforcement exigem uma grande cooperação interinstitucional, dispondo de muitos recursos.

Para Burns²²⁶, o maior desafio é a falta de transparência das empresas. Mas é importante, diante dos graves danos causados, por esse tipo de criminalidade, que sigam os esforços regulatórios e punitivos. Alguns discursos justificadores, como um mero erro administrativo, ou uma decisão infeliz da alta cúpula, para fins de preservar a empresa, devem ser abandonados, e os crimes serem levados a sério.

Por fim, Burns²²⁷ se mostra simpático à ideia de autorregulação regulada, que seria uma solução para a falta de efetividade e de recursos do governo. Todavia, sua pretensão, como ele mesmo reconhece, esbarra na falta de efetividade de programas internos, visto a falta de transparência das empresas.

Nesse sentido, é interessante a conclusão de Fisse e Braithwhite:

If compliance is taken to be a dynamic enforcement game, then the focus is on getting commitment from corporations and their personnel to comply with the law. The process is partly one of instilling as corporations and on the part of key personnel within the organisation. By contrast, an optimal scale of penalties is not concerned with the value of responsibility as a mechanism of social control, but with the value of financial incentives as a regulator of harmcausing. A related point is the on-the-job enforcement bargaining and negotiation can be more educative than an away-from-the-scene system of costinternalisation²²⁸.

A natureza penal do *compliance* existe, sendo uma realidade no sistema. Mas ainda é muito tormentosa essa classificação. Eduardo Saad-Diniz (2019), propôs a ideia de uma “ética negocial”. Essa ética seria baseada na imposição abstrata de padrões comportamentos, que leva a presunção de racionalidade das decisões, que se pressupõe que os decisores conheçam e aceitem as consequências da violação da norma, em que se vejam em posição de igualdade com os atores do mercado²²⁹.

A adoção de uma ética negocial repercutiria na educação executiva, que deixaria de ser baseada em estruturas de controle, passando para cooperação, abandonando a ideia punitivista e partindo para o estímulo do comportamento pró-

²²⁶ BURNS, Richard. Corporate crimes and the problems of enforcement. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015. P. 203.

²²⁷ BURNS, Richard. Corporate crimes and the problems of enforcement. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015. P. 205.

²²⁸ BRAITHWAITE, John. FISSE, Brent. **Corporation, crime and accountability**. P. 86.

²²⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 41.

social²³⁰. O reforço das estratégias de *enforcement* ou de intimidação às empresas, pela ameaça punitiva, gerou equívocos históricos, sendo importante a revisão das práticas de controle social dos negócios, buscando espaços para estratégias de gestão, não de ameaça, que recorram aos programas de *compliance*.

Esse talvez seja o grande problema do direito penal da: velocidade, risco e globalização. A ameaça não é suficiente, e não serve para reparar os danos da criminalidade dos poderosos, que são inúmeros e altamente difusos. De nada adianta prender o Executivo da companhia, depois do derramamento de óleo, que destruiu um ecossistema, comprometeu a economia pesqueira e turística da região, gerando desemprego e fome, pois o dano não será reparado. Por outro lado, essa conduta não pode restar impune, pela sua gravidade.

Todavia, o posicionamento inadequado dos “Programas de Integridade” (programas de *compliance*), na doutrina, pode gerar uma contradição. A legislação penal brasileira optou por colocar o *compliance* entre o direito civil e o direito administrativo sancionador, com o empréstimo de alguns conceitos do direito penal.

Diante disso, dentro de uma lógica do risco *commodity*, utilizando do risco com um instrumento hegemônico²³¹, o *compliance* pode se transformar em mais uma engrenagem de manutenção de uma realidade de controle pelas grandes corporações.

É muito interessante ao Estado, confiar mais nas instituições privadas, delegando o dever de fiscalização e controle. De certa perspectiva, isso pode ser muito benéfico, haja vista que o custo de regulação e fiscalização, pode ser retirado do público, pois mantido pelo privado. No entanto, sem um balizador ético bem definido, os instrumentos do “Programa de Integridade” podem se utilizados para fins ilícitos, servindo para esconder outros “esqueletos” nos armários das grandes corporações.

O paradoxo do direito penal contemporâneo é notório. Nada mais interessante, portanto, que a criminologia procure em outros ramos do direito, soluções para problemas que não consegue resolver. A ética é uma excelente solução para vários problemas da contemporaneidade, mas lhe falta o elemento

²³⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 67.

²³¹ RIGAKOS, George S. **Security/Capital: A General Theory of Pacification**. Edinburgh, UK: Edinburgh University, 2016.

coercitivo cogente da norma, algo que pode ser alcançada pelo estabelecimento de uma racionalidade no direito penal.

CONCLUSÃO

O direito penal não estava pronto para as demandas da sociedade de risco, e ainda não está. Os programas de *compliance* não são parte do direito penal, estando melhor alocados na seara cível e do direito administrativo sancionador, mas que vão utilizar de alguns conceitos de direito penal, colocando o instituto em meio a um paradoxo, porquanto não é direito penal, mas pode servir para responsabilização criminal.

A sociedade de risco passou por várias etapas. Como proposto por Ost, houve uma primeira etapa do risco imprevisível e inevitável, como um acidente; a segunda etapa é a da prevenção, ou seja, o risco deixa de ser um infortúnio, e se torna algo controlável; por fim, a terceira etapa, que é do risco catastrófico, incontrolável, sendo o melhor exemplo os desastres ambientais – em relação a esses, não há o que fazer, gerando uma sensação coletiva de impotência.

Ulrich Beck fala em primeira e segunda modernidade, sendo a primeira modernidade a sem riscos, onde tudo era exato e certo; a segunda modernidade é a sociedade de risco, em que o estado de exceção caminha para tornar-se a regra. Ainda, nesse aspecto, existe a trinca dos medos contemporâneos de Bauman, resumidos na expressão *Unsicherheit*: a incerteza, a insegurança e a falta de garantia.

O direito penal, embora não trabalhado diretamente por nenhum desses autores, está em meio a sociedade de risco, e não ficou alheio à essa realidade. Contudo, a sociedade liberal capitalista tende a monetarizar tudo, e o risco não ficou fora dessa lógica, como defendeu De Giorgi. O risco é transformado em uma *commodity*, e o direito ganha um aspecto instrumental, como se apenas devesse estabelecer um ambiente saudável para o mercado gozar dos benefícios dessa *commodity*.

Os programas de *compliance* surgiram pelo abuso do poder econômico de grandes corporações. A *Enron* apostou muito alto que as fraudes praticadas não seriam descobertas, e que os lucros seriam infinitos para sempre. A *British Petrol* preferiu agredir ainda mais o meio ambiente, a confessar o crime ambiental que cometeu, e reduzir os danos. As consequências sociais e econômicas da “Operação Lava-jato” está diante de todos, e não se sabe quando irá terminar.

As teorias sobre responsabilização de pessoa jurídica, características das empresas, e a autorregulação regulada, são muito importantes. Contudo, até então não ofereceram respostas para alcançar a criminalidade dos poderosos. São muitas questões básicas, sobre como aferir o dolo, como punir, que ainda não estão encerradas, e dependem de aprofundamento teórico. Entretanto, os criminosos poderosos, geralmente vinculados a pessoas jurídicas, na forma de empresas e grandes corporações, beneficiam-se dessa dificuldade conceitual.

Os criminosos poderosos não podem ser imaginados como um vilão, que fica pensando em maneiras de prejudicar a todos. Conforme Sutherland e Ruggiero, eles nada mais são que empresários astutos e inteligentes, que descobrem maneiras de aumentar a lucratividade de suas empresas. Mesmo cometendo crimes, não se enxergam como criminosos, pois são apenas negócios.

Mas existe um aspecto da criminalidade dos poderosos que é fundamental: eles, de alguma forma, controlam as instâncias políticas, e por isso são poderosos. A *Enron* fazia pomposas doações a partidos e candidatos políticos, no seu auge, com o objetivo de sempre manter as legislações regulatórias flexíveis. A *British Petroil*, segundo relatos, tinha acesso direto a alguns gabinetes de Senadores, e do governador da Lousiana. A “Operação Lava-Jato” alcançou inúmeras lideranças políticas do Brasil.

Nessa esteira, Rigakos refere que a ideologia do risco pode gerar uma realidade hegemônica de repressão, usando da sociedade de risco como instrumento justificador de políticas públicas ineficientes ou desnecessárias, mas repressivas. É nesse sentido que Beck refere sobre a coletivização dos riscos: mesmo que o indivíduo não coopere para a criação do risco, ele vai ter que lidar com as consequências. Seria o caso da “Operação Lava-jato”, em que os encabeçadores das fraudes causaram toda a crise econômica que assola o Brasil, cujas consequências são pulverizadas nos cidadãos brasileiros. Nesse aspecto, é constatado, também, o efeito bumerangue, sugerido por Beck, no sentido que os riscos das decisões tomadas sempre retornam.

Os programas de *compliance* possuem uma base de fundamentação na sociedade de risco, pois servem para impedir ou mitigar as possibilidades de as empresas praticarem ilícitos, criminais ou não; ou seja: tentam diminuir o risco de fraudes na atividade econômica, almejando assegurar a estabilidade do mercado, e que nenhuma empresa se beneficie de atos de corrupção ou lavagem de capitais.

Outorga-se um voto de confiança às empresas, que criam uma estrutura de apuração de condutas inidôneas, sendo que o funcionamento dessa estrutura será fiscalizado por outras instituições de controle, vinculadas ao Estado. A legislação brasileira pega emprestado conceitos de direito penal, mas não pune as empresas criminalmente, podendo recair sanções penais sobre sócios, executivos, acionistas e gerentes, diante da responsabilização penal individual e a indisponibilidade da ação penal, mas, sob nenhuma hipótese, sobre a pessoa jurídica em si.

Os programas de *compliance*, ao estilo brasileiro, trabalham com um paradigma ético de boa conduta empresarial, sem a força cogente do direito penal. Acontece que, conforme dito por Kindhauser, o direito penal da sociedade de risco, muda a ideia liberal de confiança no indivíduo, e cria um cenário de desconfiança e medo, a fim de motivar a hipertrofia penal. Diante disso, o legislador cria, cada vez mais, obrigações de garantia, com a finalidade de punir de forma mais fácil, com menos exigências probatórias, pois nos crimes de perigo abstrato, ou nos crimes formais, basta provar a conduta ou assunção do risco, para a punição.

Os programas de integridade, portanto, ficam em meio a um paradoxo, pois representam uma inflação legislativa da sociedade de risco, como dito por muitos doutrinadores, todavia, não se enquadra em uma das características mais relevantes do direito penal da sociedade de risco, que é o *status* de desconfiança outorgado ao indivíduo. Então se chega a um problema.

Eros Grau afirma que a empresa é um elemento de microrracionalidade da economia. Enquanto instância de microrracionalidade, é perceptível que é racional, logo, pode obedecer a conceitos éticos. Beck e Bauman vão referir sobre a importância de balizadores éticos na sociedade de risco/modernidade líquida, para evitar-se desvirtuamentos, visto que ao fim e ao cabo, o Estado nação soberano não consegue atender aos anseios da contemporaneidade.

Eduardo Saad-Diniz desenvolve um conceito de ética negocial, importante para os instrumentos de *compliance*, como forma de o empresário manter uma conduta adequada, e saudável à economia. O direito penal é ético, em tese, mas ele não decorre de ética, visto que se ela existisse plenamente, não seria necessária punição penal.

Portanto, dentro da lógica de Rigakos, de que o discurso do risco serve para justificar uma ideologia hegemônica de dominação, combinado com a ideia de que o *compliance* é um instrumento decorrente da sociedade de risco, pode ser dito que os

programas de integridade mais se assemelham a um instrumento de manutenção de uma realidade que beneficia os poderosos, do que necessariamente um instrumento de coerção penal. Isso porque, ao confiar nas empresas, que já provaram não serem confiáveis, os programas de *compliance* vão ao contrafluxo do direito penal da sociedade de risco, sendo inadequado, portanto, o seu posicionamento dessa forma.

Assim, obviamente que o direito penal pode ser utilizado como uma instância de prevenção. Todavia, os programas de *compliance* não estão inseridos no direito penal da sociedade de risco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica da sociedade de risco segundo Anthony Giddens e Ulrich Beck. **Geosul**, Florianópolis, v. 15, n. 30, p. 150-167, jul./dez. 2000.

ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Sociedade de risco e empresas jornalísticas. In. **Rev. Ciênc. Admin.**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 242-257, jan./jun., 2010.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Carta-Circular 3.342, de 24 de outubro de 2006. Dispõe sobre a comunicação de movimentações financeiras ligadas ao terrorismo e ao seu financiamento.** Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-de-outros-reguladores/banco-central-do-brasil-bcb>. Acesso em: 10/setembro/2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Carta-Circular 3.461, de 24 de julho de 2009. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-de-outros-reguladores/banco-central-do-brasil-bcb>. Acesso em: 10/setembro/2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Carta-Circular 3.430, de 11 de fevereiro de 2010. Esclarece aspectos relacionados à prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, tratados na Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009. Para fins do disposto no § 3º do art. 1º da Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009.** Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-de-outros-reguladores/banco-central-do-brasil-bcb>. Acesso em: 10/setembro/2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Carta-Circular 3.542, de 12 de março de 2012. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).** Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-de-outros-reguladores/banco-central-do-brasil-bcb>. Acesso em: 10/setembro/2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Carta-Circular 3.839, de 28 de junho de 2017. Altera a Circular nº3.461, de 24 de julho de 2009, que consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-de-outros-reguladores/banco-central-do-brasil-bcb>. Acesso em: 10/setembro/2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna.** Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citladi Roviroso-Madrado**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos: Sobre a ética pós-moderna**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Leonidas Donskis. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. Teoría de la sociedade del riesgo. In. BERIAIN, Josetxo. **Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, Contingencia y riesgo**. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. Tradução de Magda Lopes. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. 1ª ed. Tradução de Kristina Michanelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. 1ª ed. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: EDIÇÕES 70, 2016.

BECK, Ulrich. **The metamorphosis of the world**. London: Polity Press, 2016a.

BELLO, Douglas Sena. SAAVEDRA, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 147, p. 257/272. Set/2018.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas ambientais. In. **Revista de Direito Internacional de Brasília**. V. 8, n. 2, p. 11-132, jul./dez. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In. **Direito Penal Contemporâneo**. Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo. Aspecto conceituais de lavagem de dinheiro. In. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. **The Routledge**

International Handbook of the Crimes of the Powerful. Oxon e New York: Routledge, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Instituiu o Código Penal.** Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, publicado em 05 de outubro de 1988. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso: 21/dezembro/2019.

BRASIL. **Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.** Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 11/setembro/2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.249, de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 11/setembro/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 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.**

Congresso Nacional: Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 08/agosto/2019.

BRASIL. Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 12/setembro/2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 105/2001, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm. Acesso em: 21/dezembro/2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14/janeiro/2018.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em: 15/janeiro/2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 12/setembro/2019.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 08/janeiro/2019.

BRASIL. Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela

Assembléia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5640.htm. Acesso em: 12/setembro/2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 12/setembro/2019.

BRASIL. Lei nº 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. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15/janeiro/2011.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.html. Acesso em: 08/agosto/2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Congresso Nacional: Brasília. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.html. Acesso em: 08 de agosto de 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2018.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 10/setembro/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 90 DA LEI N. 8.666/93. FRAUDE EM PROCESSO LICITATÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE.

DOLO. PENA DE MULTA. ART. 99 DA LEI N. 8.666/93. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO RÉU.1. Restando a materialidade e a autoria dos fatos descritos na denúncia adequada e suficientemente comprovada por elementos de convicção produzidos no âmbito da instrução judicial, sob o crivo do contraditório, restam condenados os réus pela prática de crime da lei de licitações, nos termos do art. 90 da Lei n. 8.666/93.2. O dolo do delito insculpido no art. 90 da Lei n. 8.666/93 é genérico, consistente na vontade livre e consciente de utilizar-se de expediente para fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, o que claramente é a situação dos autos. **3. O delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 se consuma com a frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame, sendo o prejuízo econômico à Fazenda Pública mero exaurimento do tipo.** Precedentes.4. A pena de multa, prevista no art. 99 da Lei n. 8.666/93, tem como parâmetro mínimo o valor do contrato objeto do procedimento licitatório, o que foi corretamente observado pelo juízo singular.5. A comprovação da insuficiência econômica para o adimplemento da pena de multa e da pena pecuniária substitutiva, visando a redução do apenamento imposto, é ônus do réu (art. 156 do CPP). TRF4, ACR 5004259-49.2011.404.7200, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos Canalli, **juntado aos autos em 11/11/2013.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº 548181. EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

Relator(a): Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2013. Brasília. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 574.706. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.055.941. Julgamento do Tema 990, de repercussão geral. Decisão: Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar da Procuradoria-Geral da República quanto ao alcance do tema em julgamento, vencidos os Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 990 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Retificou o voto o Ministro Dias Toffoli (Presidente e Relator). Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Por unanimidade, foi revogada a tutela provisória anteriormente concedida. Ao final, o Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior. Julgado em Plenário em 28.11.2019. **Acórdão ainda não publicado**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>. Acesso em: 21/dezembro/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 163.334. Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Revogada a liminar anteriormente concedida. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do

adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990", vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Julgamento em Plenário em 18.12.2019. **Acórdão ainda não publicado.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>. Acesso em: 21/dezembro/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público. **Portal de Notícias online do STF.** Publica em 28/novembro/2019, por redação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123>. Acesso em: 21/dezembro/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1280204/SP. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INVESTIGADOR DE POLÍCIA. DEMISSÃO. ABSOLVIÇÃO, NA ESFERA CRIMINAL, POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IRRELEVÂNCIA. AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. I. Interposto Agravo Regimental com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, mormente quanto à incidência das Súmulas 282/STF, aplicada por analogia, e 211/STJ, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182 desta Corte. II. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, diante da independência das esferas criminal e administrativa, somente haverá repercussão, no processo administrativo, quando a instância penal manifestar-se pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria. Precedentes: STJ, REsp 1.370.614/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/02/2015; EDcl no REsp 1.008.937/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 12/03/2015; REsp 1.323.123/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/05/2013. III. Hipótese em que, à luz do conjunto probatório dos autos, entendeu o Tribunal de origem que a absolvição do autor, ora agravante, na esfera criminal, deu-se pela não comprovação de ter o autor concorrido para o cometimento da infração penal, não interferindo, assim, nas conclusões firmadas na instância administrativa. A revisão dessa premissa demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ. IV. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido. Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 23/02/2016, **DJe 09/03/2016.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 601314. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1.

O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO **DJe-198** DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. ABSOLVIÇÃO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para que ocorra a aplicação da teoria da cegueira deliberada, deve restar demonstrado no quadro fático apresentado na lide que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Óbice da Súmula 7/STJ. O Tribunal de origem baseou seu entendimento no contexto fático-probatório da demanda para firmar seu posicionamento no sentido de absolver o réu quanto à prática do delito previsto no art. 313-A, do Código Penal - CP. 2. Agravo regimental desprovido. AgRg no REsp 1565832/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, **DJe 17/12/2018**.

BRASIL. Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região. EMENTA: PENAL. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI N. 11.343/06 DEFINIDA EM RSE. REFORMA DA SENTENÇA. 1. A autoria é inconteste nos autos, tendo em vista a admissão em juízo, pelo réu, de que foi contratado para o transporte de mercadorias, mediante remuneração, não tendo verificado o conteúdo das caixas transportadas. 2. Quanto ao dolo, de se ter em conta que eventual ignorância voluntária quanto ao conteúdo da carga não exime o réu da responsabilidade pela prática do delito, eis que anuiu na produção do resultado, o qual podia claramente prever. Nessa seara, pertinente a construção jurisprudencial e doutrinária do direito anglo-saxão no que se refere à teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine). 3. Enquadramento da conduta praticada pelo acusado já definido por esta Corte em julgamento prévio de Recurso Criminal em Sentido Estrito. TRF4, **ACR 5002132-53.2011.4.04.7002**, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 27/08/2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Resolução n. 29, de 7 de dezembro de 2017. Brasília. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas reguladas pelo COAF, na forma do § 1º do artigo 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relativamente a pessoas expostas politicamente.** Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-coaf/resolucao-no-29-de-7-de-dezembro-de-2017-1>. Acesso em: 12/setembro/2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.663, de 1º de janeiro de 2019. Aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf.** Gabinete da Presidência da República, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9663.htm. Acesso em: 08/janeiro/2019.

BRAITHWAITE, John. FISSE, Brent. **Corporation, crime and accountability.** Cambridge/UK: Cambridge University, 1993.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In. **Revista de Serviço Público. Ano 47, Volume 120, Número 1, P. 7-40.** Jan-Abr. 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; e SPINK, Peter. **Reforma do Estado e administração pública gerencial.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. P. 21-38.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial de 1995. In. **Revista de Administração Pública. 34(4): 7-26.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul/ago 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; THEUER, Daniela. Um Estado novo-desenvolvimentista na América Latina?. In. **Econ. soc. [online]. 2012, vol.21, n.spe, pp.811-829.** ISSN 0104-0618. Disponível

em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-06182012000400005>. Acesso em: 11/janeiro/2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. In. **Revista de Administração Pública**. 51(1): 147-156. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan/fev 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761216376>. Acesso em 06/janeiro/2019.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. In. MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *et. al.* **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo**. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Pyaget, 1996.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral, Tomo 1º**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Rio, 1967.

BURNS, Richard. Corporate crimes and the problems of enforcement. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015.

BUSATO, Paulo César. REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015.

CABRERA, Michelle Girona. *Compliance* e imputação objetiva: criação do risco proibido. In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015.

CALATAYUD, Manuel Maroto. §4 Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones**. Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

CALLEGARI, André Luís. A “transmutação” do Direito Penal: reflexos da expansão do Direito Penal. In. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

CALLEGARI, André Luís **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberaArs, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Itamar. ALMEIDA, Bruno. Programas de compliance: foco no programa de integridade. In. VENTURINI, Otavio; et. al. **Manual de Compliance**. Coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo de Pinho Bertoccelli, Otavio Venturini. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede (Vol. 1 – A era de informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução de Alexandra Lemos e Rita Espanha. 7ª ed.. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Gabriel. Dolo de apropriação: Plenário do STF fixa tese sobre criminalização por dívida de ICMS declarado. **Portal de Notícia online CONJUR – Consultor Jurídico**. Publicada em: 18/dezembro/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-18/stf-fixa-tese-criminalizacao-divida-icms-declarado>. Acesso em: 21/dezembro/2019.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Gerenciamento de riscos corporativos: estrutura integrada**. [S.l.]: COSO, 2007. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 10/setembro/2019.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal y control social**. Jerez/SP: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime**. Ministério Público de Portugal. Lisboa, Portugal. Início da vigência em 01/setembro/1993. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-relativa-ao-branqueamento-deteccao-apreensao-e-perda-dos-produtos-do-crime-5>. Acesso em: 12/setembro/2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 53-69.

DE CARLI, Carla Veríssimo. 1. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DE GIORGI, Raffael. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In. **Revista CCJ nº 28, Ano 15, junho de 1994 – p. 45-54**. Disponível em:

file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque...Giorgi-O_risco_na_sociedade_contemporanea.html. Acesso em: 21/agosto/2000.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffael. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartter Latin, 2006.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada**. Tradução de Maria Lucia Machado; As notas traduzidas por Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DESASTRE ambiental em Mariana. **PORTAL G1 DE NOTÍCIA**, portal *on line*
Disponível em:
<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 33/2001. P. 39-65. Jan – mar/2001. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. Vol. 2. P. 269-298. Out/2010.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 14, n. 1, 1º Quadrimestre de 2019**. Disponível em:
www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791. Acesso em 22/junho/2019.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ENRON – Os mais espertos da sala (*The smartest guys in the room*). Dirigido por Alex Gibney. 1 vídeo 1h49min13s. 2005. Disponível no **Youtube**:
<https://www.youtube.com/watch?v=5DKwOJKHgJM>. Acesso em: 08/janeiro/2019.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15.228, de 25 de setembro de 2018, do Estado do Rio Grande do Sul. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Porto Alegre/RS. Disponível em:
<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.228.pdf>. Acesso em: 12/setembro/2019.

FERNANDES, Arinda. A lavagem de capitais no ordenamento italiano e seus reflexos na economia. In. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, v. 5, n. 1, jan/jun, 2020**.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; e Luiz Flávio Gomes. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FISHER, Talia. **The Oxford Handbook of Criminal Law. CHAPTER 3 Economic Analysis of criminal law**. Edited by Markus D. Dubber and Tatjana Hörnie. Print Publication date: nov/2014. Online publication date: mar/2014.

FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI**. Tradução de Deborah Salles. [S.l.], 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 12/setembro/2019.

FRANCO JR., Nilson José. SANTANA, Hadassah Laís de Sousa. BORGES, Antônio de Moura. Acordos Internacionais no combate ao crime de lavagem de dinheiro. In. **RDIET, Brasília, V. 10, nº 1, p. 245-266, jan-jun/2015**.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. In. **Lua Nova, n. 77**, São Paulo, 2009.

FRAZÃO, Ana. MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 71-104.

FORIGO, Camila Rodrigues. Capítulo 1: O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In. **Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Coordenação de Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização de Fernando Martina Maria Sobrinho. Londrina, PR: Thoth, 2017. P. 17-44.

FULLER, Grece Patrícia. FIGUEIREDO, Leidi Priscila. *Compliance* empresarial e tutela penal na sociedade da informação. In. **Revista dos Tribunais, vol. 996/2018**.

GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta I. §3º La autorregulación regulada en la doctrina anglo-americana y continental europea. In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones**. Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

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

GIDDENS, Anthony. Modernidad y autoidentidade. In. BERIAIN, Josetxo. **Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, Contingencia y riesgo**. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzein. Rio Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. Tradução de Maria Luiza X. da A. Borges. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. DA SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 147-172, 1 jan. 2014.

GODOY, Andre Ricardo. *Whistleblowing* no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 134, ano 25, p. 269-289. São Paulo: Editora RT, agosto de 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. Tradução de Cristina Reindolff da Motta, Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRABOSKY, Peter. Globalization and white-collar crime. In. SIMPSON, Sally. WEISBURD. **The criminology of white-collar crime**. Nova York: Springes+Bussines Media, LLC, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 13 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.

HEILBRONER, Robert L. **A história do pensamento econômico**. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvia Deutsch. São Paulo: Editora Nova Cultural LTDA., 1996.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Vol. 1, Tomo 1º**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1955.

HIBOU, Béatrice. **The Bureaucratization of the worl in the neoliberal era: international anda comparative perspective**. Tradução de Andrew Brown. Hampshire/UK: Palgrave Macmillan, 2015.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

JIMÉNEZ, Luis Arroyo. §1 Introducción a la autorregulación. In. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dirección). **Autorregulación e Sanciones**. Segunda Edição. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. In. **Cuadernos De Derecho Penal**, (10). <https://doi.org/10.22518/20271743.322>. Febrero de 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica à razão prática**. 3 ed. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. 2 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade de risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 95/2012.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARETTI, Eduardo. Para economista, efeito da Lava Jato são piores que recessão. **Jornal GGN**. Publicado em 29 de julho de 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/para-economista-efeito-da-lava-jato-sao-piores-que-recessao>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

MASI, Carlo Velho. MORAES, Voltaire de Lima. O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista. In. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 92-102, jan./jun. 2013.

MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes un manifiesto**. Tradução de Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, 2011.

MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society**. London: Pluto Press, 2004.

MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. **Lei Ordinária nº 5.399, de 15 de janeiro de 2019. Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública no âmbito do município de passo fundo, e dá outras providências (lei anticorrupção)**. Passo Fundo/RS. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/ passo-fundo/lei-ordinaria/2019/540/5399/lei-ordinaria-n-5399-2019-dispoe-sobre-a-responsabilizacao-administrativa-de-pessoas-juridicas-pela-pratica-de-atos-contra-a-administracao-publica-no-ambito-do-municipio-de-passo-fundo-e-da-outras-providencias-lei-anticorrupcao>. Acesso em: 12/setembro/2019.

NA ROTA DO DINHEIRO SUJO (*DIRTY MONEY*). Episódio 04, “O Banco dos Cartéis”. Dirigido por Alex Gibney, Brian McGinn, Erin Lee Carr, Fisher Stevens, Jesse Moss, Kristi Jacobson. Disponível na **plataforma de streaming NETFLIX**. 1 vídeo, 50 min. Acesso em: 08/janeiro/2018.

NEGRÃO, Celia Regina P. Lima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Célia Regina P. Lima Negrão, Juliana Fátima Pontelo. Brasília: Editora Fenac, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidade social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. In. **Polít. Crim., nº 5, 2008, A3-5, p. 1-18**. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf. Acesso em: 01 de janeiro de 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. §7 La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo. In. **Autorregulación y sanciones**. Dirección Luis Arroyo Jiménez e Adán Nieto Martín. Segunda Edición. Aranzadi: Thomson Reuters, 2015. P. 167-195.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal [por] E. Magalhães Noronha**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1977-78.

OFFICE of the comptroller of the currency.

<https://www.occ.treas.gov/topics/supervision-and-examination/bsa/index-bsa.html>. Acesso em 20 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. As limitações impostas pelo princípio da legalidade ao poder regulamentar do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. In. **Revista Justiça do Direito, vol. 30, n. 3, p. 422-441**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2016.

OLIVEIRA, José Carlos de. AGAPITO, Leonardo Simões. MIRANDA, Matheus de Alencar e. O modelo de “autorregulação regulada” e teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. In. **Revista Quaestio Iuris, da Universa Estadual do Rio de Janeiro**. Vol. 10, nº 01, Rio de Janeiro, 2017. P. 365-388.

OLIVERIA, Fernanda Loures de. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Whistleblowing*: o papel dos Registros de Imóveis na prevenção de crimes de parcelamento irregular de solo urbano. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 149, ano 26, p. 29-52**. São Paulo: Editora RT, novembro/2018.

OPERAÇÃO Lava jato: entenda o caso. **Página Oficial do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

ORSELI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. In. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto**

Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 08/outubro/2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Éditions Odile Jacob, 1999.

POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. In. **Columbia Law Review**. Vol. 85, nº 6, p. 1193-1231. 1985.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. **Revista de Informação Legislativa, ano 52, n. 205**. Jan./mar., 2015.

RIGAKOS, George S. **The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control**. Toronto, CD: University Of Toronto Press Incorporated, 2002.

RIGAKOS, George S. **Security/Capital: A General Theory of Pacification**. Edinburh, UK: Edinburgh University, 2016.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 07-01, p. 1-37**. 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Acesso em: 08/agosto/2019.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Crimes**. Oxford/UK: Oxford University Press, 2015.

RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015a.

RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Delinquency**. Oxford/UK: Oxford Express, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 149, anos 26, p. 17-28**. São Paulo: Ed. RT, novembro/2018.

ROSA, Alexandre de Moraes. PRIMEIRA PARTE: Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In. ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RÚBIO, David Sánchez. Sobre la racionalidade economica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos concretos. In. **Revista Sistema Penal e Violência**, vol. 1, n. 1, p. 101-113. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/index>. Acesso em: 06/julho/2019.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 167-191.

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

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. In. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano XIII, n. 75. Porto Alegre: Síntese, ago./set., 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação*. In. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, n. 14. Maio, 2016.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção**. José Anacleto Bertoncini, Mateus Bertoncini, Ubirajara Costódio Filho. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Douglas de Oliveira. TORRES, Rafael Lima. RODRIGUES, Maria Lúcia de Barros. A regulamentação do programa de *compliance* pelo direito brasileiro, como ferramenta capaz de auxiliar as empresas no cumprimento de sua função social. In. **Revista A Percurso da UNICURUTIBA**. Vol.2, n. 17. Curitiba: 2015.

SARAIVA, Bruno Cozza. NETO, Francisco Quintanilha Verás. Sociedade de risco, neoconservadorismo e constitucionalismo socioambiental como paradigmas emergentes de análise do Cenário de globalização neoliberal. In. **Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos**. Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015.

SHICOR, David. Financial misrepresentation and fraudulent manipulation. SEC settlements with Wall Street firms in the wake of the economica meltdown. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHNAPPER, Dominique. Os limites da expressão “empresa cidadã”. In. MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *et. al.* **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo**. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Pyaget, 1996.

SCHUILENBURG, Marc. **The Securitization of Society: Crime, Risk, and Social Order**. Tradução de George Hall. New York, USA: New York University Press, 2015.

SEGURA, David San Martín. Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad la sociedad (neoliberal) del riesgo. In. **La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica**. José Bernuz Beneitez, Ana Isabel Pérez Cepeda (Coordenadores). Logroño: Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, César Augusto da Silva da. **O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Politico-Criminais sob o Paradigma da Sociedade Mundial de Risco. In. **Revista Liberdades, nº 05, setembro-dezembro de 2010**. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Capítulo 1. La responsabilidade penal de las personas jurídicas en Derecho Español. In. **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Jesús-María Silva Sánchez (Director) e Raquel Montaner Fernández (Coordinadora). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013a.

SILVA, Denival Francisco da. A pós-modernidade: dos sonhos aos pesadelos a um novo sonhar. In. **Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo**, v. 29, n. 3, p. 443-462, set./dez. 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em 09 de agosto de 2018.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. In. **Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo**, v. 24, n. 1, p. 9-60. 2010. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. Rento de Mello Jorge Silveira, Eduardo Saad Diniz. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Alexandre Marques. DIAS, Felipe da Veiga. Sociedade de risco e a (in) sustentabilidade social: um olhar a partir da criminologia crítica. In. PAFFARINI, Jacopo. **Direito, Democracia e Sustentabilidade: o humano entre a austeridade e o pluralismo jurídico**. Jacopo Paffarini, Leandro Caletti - Erechim: Deviant, 2018.

STEWART JR., Donald. **O que é o liberalismo**. 5 ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

SULLIVAN, Brandon A. Corporate-financial crime scandals A comparative analysis of the collapses of Insull and Enron. In. BARAK, Gregg. **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. Oxon e New York: Routledge, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. PASIANI, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. In. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 8, n. 1, p. 310-339**. 2018.

TAMBORLIN, Fábio Augusto. SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de Risco e a Democratização da Gestão de Riscos. In. Coordenadores Fábio André Guaragni e Paulo César BUSATO; Organizador Décio Franco David. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza. RIOS, Marcos Camila da Silva Souza. Criminal *compliance* e a mudança no paradigma penal In. **Direito penal, processo penal e contituição II [Recurso eletrônico on-line]**. Coordenadores: Hertha Urquiza Baracho, Renata Almeida da Costa, Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza. RIOS, Marcos Camila da Silva Souza. *Criminal compliance*, política criminal aturial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade de controle. In. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais, v. 4, n. 1, p. 98-113**. Jan/jun. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1**. 6 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

TYLER, Tom R. Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice. In. SIMPSON, Sally. WEISBURD. **The criminology of white-collar crime**. Nova York: Springes+Bussines Media, LLC, 2009.

UNITED KINGDON. Parliament. **Bribery Act 2010**. London/UK, 8 apr. 2010.

Disponível em:

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 10/setembro/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. 95th Congress Public Law 95-213. **The Foreign Corrupt Practices Act**. Washington D.C. 19 de dezembro de 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 09/setembro/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. 107th Congress. Public Law 107-204. **Sarbanes-Oxley Act of 2002**. Washington D.C., 30 de julho de 2001. Disponível em: https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf. Acesso em: 12/setembro/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities Exchange Commission. **A resource guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [Washington D.C.], 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 09/setembro/2019.

VILA, Ivó Coca. Capítulo 2. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesus María; FERNANDÉZ, Raquel Montaner. **Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. P. 43-76.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Globalización e las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. In. **Revista Direito e Cidadania**. Ano III, nº 8, 1999-2000. Praia – Cabo Verde. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 08 de agosto de 2018.

WELTER, Antonio Carlos. 5. Dos crimes: dogmática básica. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Coordenadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. SANTOS, André Leonardo Coppeti. Direitos humanos, política criminal atuarial e a predição seletiva de “grupos de risco”: rumo à Elysium prometida. In. **Revista Culturas Jurídicas, vol. 4, n. 9, set/dez, 2017**. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br>. Acesso em: 08/agosto/2019.

WISNIEWSKI, Renato Mendes. SILVA FILHO, Edson Vieira da. Crime organizado na sociedade de risco: uma perspectiva garantista. In. **Revista Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo**, v. 30, n. 3, p. 442-259, set./dez., 2016.