

## Capítulo 5

# CONSIDERAÇÕES SOBRE AS GARANTIAS DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Décio Franco David<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade a análise das garantias que compõem o princípio da culpabilidade e como sua preservação tem sido questionada pela tutela penal na esfera econômica. Para tanto, além dos fundamentos doutrinários, são apresentados julgados que comprovam a necessidade de se preservar o instituto, haja vista ser o Direito Penal Econômico apenas uma área de atuação do próprio Direito Penal.

## 1. INTRODUÇÃO

O atual contexto de exigência de respostas penais a todos os problemas que assombram o país, notadamente nos escândalos econômicos, tem suscitado dúvidas acerca da preservação da integralidade do princípio da culpabilidade e, conseqüentemente, de suas garantias.

A tentativa de relativização de princípios formadores do Direito Penal não é algo recente, por isso é preciso tomar partido em defesa dos alicerces estruturais da Ciência Penal ou assumir uma postura

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Coordenador do Curso e Professor de Direito Penal da Faculdade Santa Amélia (SECAL). Professor Colaborador de Prática Forense Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Advogado. contato@professordeciodavid.com

em prol da remodelagem principiológica.

## 2. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade se identifica com várias funções que incluem a dimensão limitadora do exercício punitivo do Estado<sup>2</sup>. Tradicionalmente, atribui-se ao princípio um triplo sentido: a) Fundamento da pena (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); b) Graduação (elemento de determinação ou medição) de pena; e, c) Fixação de dolo ou culpa (oposição à responsabilidade objetiva)<sup>3</sup>.

Desse triplo sentido resultam três consequências: a) a culpabilidade é a medida da pena; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; e, c) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado<sup>4</sup>.

Para Juarez Cirino dos Santos, este é o segundo instrumento mais importante de proteção individual no Estado Democrático de Direito, porque proíbe punir pessoas que não preenchem os requisitos do juízo de reprovação<sup>5</sup>. É verificável que este princípio tem origem no reconhecimento do ser humano enquanto valor universal. Deste modo, suas raízes estão dispostas na filosofia cristã da Idade Média em razão do pensamento de respeito ao próximo<sup>6</sup>. Para Luiz Luisi, que defende o princípio da culpabi-

2 BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181.

3 Por todos BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: Parte Geral, vol. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 64-65.

5 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 24. Em sentido próximo, DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. Curitiba: Editora Littero-técnica, 1980, p. 149.

6 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 182-183. BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. In: **Ciências Penais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, set.-dez/2004, p. 171-174. Para este autor, a culpabilidade enquanto princípio só pode ser analisada sob a luz do método do Direito Penal, assim, utilizando-se da tópica, afirma: “O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do homem, condiciona o método do direito penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*. Quando

lidade como princípio da responsabilidade subjetiva, as Leis de Sólon já previam tratamento diversificado para quem praticasse homicídio com “plena intenção de matar” e quem praticasse homicídio por imprudência, ou seja, a diversificação se daria apenas pela intenção<sup>7</sup>.

Fernando Galvão, acertadamente, defende que a “garantia da culpabilidade exige a precisa identificação do objeto do juízo de valoração”<sup>8</sup>, motivo pelo qual a culpabilidade “não pode ser conceito meramente formal e vazio de conteúdo, pois, caso contrário, o indivíduo submete-se ao incontável e imprevisível”<sup>9</sup>. Por esta razão, deve-se sempre levar em consideração que o princípio da culpabilidade está atrelado à “norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana como um dos primeiros fundamentos da República (art. 1º, III)”<sup>10</sup>. Por isso, a cada nova proposta de tutela por meio da seara penal, é preciso manter rígidos os princípios estruturais do Direito Penal<sup>11</sup>, sob o perigo de se infringir esse paradigma humanitário estrutural do Direito.

Eis, então, que as três consequências decorrentes dos três sentidos apontados por Bitencourt são, no intuito de se preservar o princípio da culpabilidade diante das novas demandas do Direito Penal Econômico, identificadas em cinco garantias: a) Responsabilidade pessoal (ou individual); b) Responsabilidade subjetiva ou

se reconhecem, por exemplo, causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal. Isto é, pois, o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no direito penal, sendo, no âmago, o próprio fim desse direito. (BRANDÃO, Claudio. *Op. cit.*, p. 178)

7 LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 32-33.

8 GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

9 GALVÃO, Fernando. *Loc. cit.*

10 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

11 Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177-178.

culpabilidade em sentido estrito; c) Responsabilidade pelo fato; d) Presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade; e, e) Individualização da pena. No entanto, é verificável que as matérias de tutela do Direito Penal Econômico acabam por questionar a preservação destas garantias.

## 2.1. RESPONSABILIDADE PESSOAL (OU INDIVIDUAL)

A *responsabilidade pessoal (ou individual)* é uma conquista do Direito penal liberal<sup>12</sup>. Por meio dela se afastou a ideia de responsabilidade penal objetiva e se passou a exigir uma vinculação subjetiva, isto é, pessoal<sup>13</sup>. Ademais, vincula-se a ela a ideia central de que somente o infrator responsável pelo ato pode por ele responder<sup>14</sup>.

Sua evolução decorre não apenas do restringir a aplicação da sanção ao autor da conduta<sup>15</sup>, mas também da vinculação psicológica do agente ao ato praticado. Inicialmente, “bastava demonstrar a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”<sup>16</sup>, porém, depois, “acrescenta-se que a conduta esteja, quanto ao elemento subjetivo, vinculada ao resultado”<sup>17</sup>. Assim, para que houvesse a responsabilização, tornam-se necessárias as causalidades materiais e psíquicas<sup>18</sup>. Disso decorre a vinculação pessoal (individual) do ato criminoso

12 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 71.

13 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 200.

14 “O princípio da responsabilidade penal, portanto, tem significado preciso: somente o delinqüente pode sofrer a pena” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 73). Sobre o assunto, afirma René Ariel Dotti que “Na realidade prática, os efeitos morais e materiais da infração penal vão para além da pessoa de seu autor para se transmitirem, não raro, às demais pessoas que com ele vivem. Daí porque a garantia formal da personalidade da pena é referida como um dogma” (DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 526).

15 Conforme preconiza Friedrich-Christian Schroeder, a responsabilidade pessoal foi prevista expressamente no artigo 27 da Constituição de 1946, no intuito de se afastar a extensão automática da responsabilidade penal aos parentes que tinha sido instituída pelo regime fascista (SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Punibilidade e Responsabilidade*. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 68 e 70).

16 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 74.

17 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Loc. cit.*

18 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Loc. cit.*

ao agente, por isso esta garantia é chamada por parcela da doutrina de “personalidade da pena”<sup>19</sup>.

A garantia da responsabilidade pessoal está expressa no ordenamento jurídico pátrio no texto constitucional, especificamente no artigo 5º, inciso XLV, com a seguinte dicção: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”<sup>20</sup>, bem como no art. 5, item 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>21</sup>.

No entanto, ao se verificar como são praticados os procedimentos no âmbito interno de uma empresa, torna-se irrefutável a dificuldade – ou até mesmo a impossibilidade – de se delimitar de forma segura cada ato praticado por cada funcionário da empresa.

As relações no âmbito da empresa se dão dissolvidas no plano horizontal sob a perspectiva da divisão de trabalho e no plano vertical em obediência à estruturação hierárquica<sup>22</sup>. Tal situação dificulta a delimitação da conduta de cada um dos agentes envolvidos no fato criminoso. Exemplo claro de tal dificuldade está contido na conduta prevista no artigo 73 do Código de Defesa do Consumidor, a qual apenas com detenção de um a seis meses ou multa a não correção imediata de informação inexata de consumidor. Este tipo penal é aplicável aos casos de inscrição indevida em serviços de cadastramento de devedores quando a empresa credora já foi notificada da irregularidade ou sabe que a inscrição é indevida e insiste na negatização do nome do consumidor<sup>23</sup>. Utilizando-se os casos das

19 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos [et al]. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Principios fundamentales e sistema. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

20 Sobre o assunto, é imperiosa a conclusão apresentada por Luiz Vicente Cernicchiaro: “Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Consequência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 77).

21 “A pena não pode passar da pessoa do delinqüente”.

22 CESANO, José Daniel. La imputación penal em el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. In: BERRUEZO, Rafael et al. **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de F, 2010, p.181.

23 Em verdade, esse tipo penal tem servido de parâmetro de demonstração de ilícitos civis,

empresas prestadores de telefonia, identifica-se ser uma tarefa árdua descobrir quem foi o funcionário que deixou de corrigir a informação errada sobre o pagamento dos valores, haja vista o grande número de pessoas que operam e controlam o sistema de dados.

Acerca da estruturação hierárquica das empresas, Bernardo Feijoo Sánchez apura a dificuldade de preservação dos institutos delimitadores de autoria e participação<sup>24</sup>. Uma tentativa de delimitar a devida identificação da conduta de cada autor nessas estruturas organizadas tem sido pelo uso da teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder de Claus Roxin. Contudo, esta teoria foi estruturada para se aplicar a apenas dois casos: a) situações em que o poder do Estado opera à margem da lei, exemplificado por Roxin como o caso Eichmann<sup>25</sup>; e, b) ações praticadas por grupos clandestinos, organizações secretas, gangues e similares, que para Roxin constituiriam um “Estado dentro do Estado”<sup>26</sup>.

Verifica-se que nenhuma das duas situações se equipara à estruturação empresarial, ou como afirma Feijoo Sánchez, “as violações massivas e sistemáticas de direitos humanos em regimes como o

reforçando a ausência de necessidade do dispositivo, bem como sua impropriedade técnica, conforme se verifica em inúmeros julgados da esfera cível. Por todos: TRF-2-AC: 200551110000968 RJ 2005.51.11.000096-8, Relator: Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa, Data de Julgamento: 20/04/2010, Oitava Turma especializada, Data de Publicação: E-DJF2R-Data: 03/05/2010; TJ-MS-AC: 228 MS 2012.000228-3, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Data de Julgamento: 06/03/2012, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/03/2012; ; TJ-PR-APL: 11919523 PR 1191952-3 (Acórdão), Relator: Joscelito Giovanni Ce, Data de Julgamento: 22/10/2014, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1454 13/11/2014; TJ-RJ-APL: 00169453620098190004 RJ 0016945-36.2009.8.19.0004, Relator: Des. Horacio dos Santos Ribeiro Neto, Data de Julgamento: 24/09/2013, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 07/01/2014. Sobre a impropriedade do Direito penal na tutela das relações de consumo: DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Tutela Jurídica das Relações de Consumo: uma análise da atuação do Direito Penal na pós-modernidade. In: **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. v. 21.. p. 7497-7519; FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 274-291

24 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 1-8.

25 ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 277.

26 ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio...**, p. 278.

nacional-socialismo na Alemanha ou as ditaduras militares no Chile ou Argentina, tem pouco a ver com a comercialização de um produto defeituoso”<sup>27</sup>.

Por isso, faz-se necessário sedimentar que esta teoria não foi estruturada para a criminalidade empresarial. No entanto, ainda assim ela tem sido invocada para tanto, conforme se apurou durante o julgamento da Ação Penal nº 470/MG, famoso Caso *Mensalão*. Sobre o assunto, André Luís Calegari afirma que a aplicação da teoria não se deu de forma correta, ocorrendo a subversão de sua estrutura em diversas partes do processo<sup>28</sup>. Especificamente acerca do uso da teoria no Caso *Mensalão*, merece destaque a afirmação de Luis Greco e Augusto Assis de que a teoria foi apenas citada e não aplicada<sup>29</sup>.

No mesmo sentido, Luís Greco e Alaor Leite escreveram importante artigo corrigindo alguns posicionamentos de autores brasileiros que insistiam na fundamentação equivocada da teoria<sup>30</sup>. Assim, verifica-se que a delimitação da autoria nas estruturas empresariais não deve ocorrer, obrigatoriamente, por intermédio da proposta de Roxin.

Ainda sobre a responsabilidade pessoal, é interessante consignar que a Associação Internacional de Direito Penal, no Congresso do Cairo de 1984, se manifestou (item. 12) pela delimitação de responsabilidade dos responsáveis pelas empresas por atos de seus

27 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 11.

28 CALEGARI, André Luis. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. in: **Revista dos Tribunais**, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 112-113.

29 “<<Aplicada>> não seria o termo técnico correto, uma vez que o STF não se serviu, verdadeiramente da teoria” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et al]. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82). Nesse mesmo trabalho, os autores tecem considerações sobre a aplicabilidade da teoria do domínio do fato em algumas situações de delitos empresariais. Contudo, isso não implica no uso direto e automático da teoria conforme os próprios autores alertam.

30 GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal. in: **Revista dos Tribunais**, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 61-92.

empregados, veja-se:

12. Deve se estabelecer a responsabilidade penal das pessoas responsáveis das empresas por delitos cometidos pelos empregados das mesmas quando mediar naquelas uma infração de dever de vigilância ou culpabilidade (ao menos, imprudência em sentido penal). As regras gerais de participação punível não são afetadas por esta recomendação.

Obviamente, a recomendação não propõe uma responsabilização penal automática dos gestores da empresa pelos atos de seus subordinados, ainda que na alçada cível se reconheça esse tipo de responsabilidade automática por atos alheios (art. 932 e 933 do Código Civil). A garantia em comento serve, justamente, para breçar tal imposição. Ainda nesse contexto, seria possível avençar a responsabilização por uma violação de dever de vigilância, porém, os mecanismos extra-penais (*v.g.* art. 482 e 483 da CLT), certamente, dão um suporte mais efetivo ao controle desses atos. Além disso, a responsabilidade por tais atos não pode se afastar da vinculação subjetiva da conduta, de modo que dessa constatação deriva a garantia da *responsabilidade subjetiva*.

## 2.2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU CULPABILIDADE EM SENTIDO ESTRITO

De acordo com esta garantia, só haverá delito se o autor estiver vinculado subjetivamente ao fato, isto é, se “atuou com uma vontade própria de dolo ou se atuou imprudentemente”<sup>31</sup>. Isto se dá em razão de que sem esses componentes subjetivos o delito não se esgota e não há pena alguma a ser aplicada<sup>32</sup>.

31 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 202. Idêntico entendimento é exposto por Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini: “A conservação do elemento *subjetivo* do tipo é a garantia do cidadão contra a *responsabilidade objetiva* na seara penal, assegurando-lhe que somente serão puníveis os fatos que integraram seu espaço psíquico cognitivo e volitivo” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93).

32 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 202. Aqui é cabível a interpretação de que sem o liame subjetivo, corre-se o risco de punir uma pessoa por fazer parte do grupo social ou familiar de

Esta garantia projeta-se, igualmente, sobre os fatos produzidos por mero acidente, sem dolo nem culpa<sup>33</sup>. Paulo César Busato afirma que, por intermédio da referida garantia, os delitos qualificados pelo resultado tornam-se duvidosos<sup>34</sup>.

No pertinente ao Direito Penal Econômico, a Associação Internacional de Direito Penal recomendou (item nº 11) em seu congresso de 1984 que este preceito deve ser respeitado no âmbito da criminalidade empresária:

11. O princípio penal fundamental de culpabilidade deve ser respeitado também no Direito Penal Econômico e de Empresa. Quando existam tipos delitivos que não pressuponham uma responsabilização objetiva (dolo ou culpa) ou não exijam prova da mesma (*strict liability offences*), deverá admitir-se como exculpante a circunstância de não se ter podido agir de outra forma. Os trabalhos de reforma devem se orientar para a abolição de tais delitos de responsabilidade objetiva.

Essa garantia ganha outros questionamentos na atualidade. Um deles trata da delimitação da responsabilidade por intermédio da teoria da cegueira deliberada. Nesse sentido, verifica-se que no julgamento da AP 470 foram realizadas inúmeras considerações acerca da delimitação do dolo, tanto direto quanto eventual, especificamente na aplicação da teoria da cegueira deliberada<sup>35</sup>.

De acordo com a teoria da cegueira deliberada, o agente procura “escapar ao conhecimento da ilicitude para tentar se eximir da responsabilidade penal, mesmo com a alta probabilidade da ilicitude”<sup>36</sup>. Assim, pode-se afirmar que o intuito desta teoria consiste

outra. Sobre o assunto, é pontual o entendimento de Luiz Vicente Cernicchiaro ao apresentar inúmeros casos em que ocorre uma vingança privada, exclusivamente direcionada às relações das pessoas, pouco importante se elas tiveram interesse ou não de concorrer ao fato delituoso, bem como se efetivamente chegaram a concorrer para o fato (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 72-73).

33 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 202; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 85;

34 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 203.

35 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 21, n. 246. São Paulo: IBCCRIM, mai./2013, p. 3.

36 SANTIN, Valter Foletto. *Crime Econômico no Comércio de Combustível Adulterado*.

em “punir aquele que deliberadamente se coloca em situação de ignorância, sabendo, no entanto, da possibilidade decorrencial desse estado”<sup>37</sup>. Renato de Mello Jorge Silveira assevera que existem poucas menções a esta teoria na jurisprudência brasileira e cita como exemplos de maior repercussão a referida AP 470 e o famoso caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza. O autor conta que neste segundo processo, o magistrado de primeiro grau usou em sua decisão a teoria da cegueira deliberada como fundamento para condenar os réus. No entanto, a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>38</sup>. Segundo Valter Foletto Santin, a teoria da cegueira deliberada tem sido bastante utilizada na Justiça Eleitoral<sup>39</sup>.

Por ter origem no direito anglosaxão, a aplicação desta teoria se torna dificultosa no sistema do *civil Law*, principalmente por estar sendo utilizada em equiparação ao dolo eventual<sup>40</sup>. A “utilização da teoria da cegueira deliberada como parâmetro de ampliação do conceito de dolo eventual é extremamente problemática, pois nem toda a situação de ignorância deliberada implica, necessariamente, em dolo eventual”<sup>41</sup>. Todavia, isso não implica na negação absoluta do uso desta teoria como instituto de equiparação ao dolo eventual. Ramón Ragués i Vallés traça três requisitos para que a cegueira deliberada ocorra em dolo eventual: a) criação de barreiras ao conhecimento; b) disponibilidade e acesso à informação por parte do agente; c) intenção de permanecer no estado

São Paulo: Verbatim, 2012, p. 142.

37 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 4.

38 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Loc. cit.*

39 SANTIN, Valter Foletto. *Op. cit.*, p. 143 e ss.

40 André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber se posicionam contrários ao uso da teoria da cegueira em casos de dolo eventual (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89). Callegari já defendia este posicionamento em trabalho anterior: CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**: Aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 164 e ss.

41 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Loc. cit.*

de ignorância<sup>42</sup>.

No mesmo sentido, se posicionam Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini<sup>43</sup>, os quais identificam os requisitos em dois passos. Primeiramente, exige-se que o agente “crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra”<sup>44</sup>. Em segundo lugar, o agente “deve representar que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos *infracionais penais* sem sua ciência”<sup>45</sup>. Consequentemente, caso falte ao agente o conhecimento de que esses filtros impedem que ele tome ciência das práticas delitivas, o dolo eventual será inexistente<sup>46</sup>.

No intuito de comprovar sua proposta, os autores indicam como exemplo de cegueira deliberada a situação fática do diretor de instituição financeira que “desativa o setor de controle interno, e suspende os mecanismos de registros de dados sobre transações de clientes, com a *direta* intenção de afastar os filtros de cuidado”<sup>47</sup>. Além deste exemplo casuístico, afirmam que o doleiro que suspeita que seus clientes “possam lhe entregar dinheiro sujo para operações de câmbio, e, por isso, toma medidas para não ter ciência de qualquer informação mais precisa sobre os usuários de seus serviços ou sobre a procedência do objeto de câmbio”<sup>48</sup> também está em cegueira deliberada.

Contudo, a tentativa de superar dificuldades fáticas em processos judiciais pode acabar resultando na expansão desmedida da teoria da cegueira deliberada, aplicando-a a delitos que não admitem

42 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **La ignorância deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 142-143.

43 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 98.

44 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Loc. cit.*

45 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Loc. cit.*

46 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Loc. cit.*

47 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Loc. cit.*

48 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 97.

a modalidade do dolo eventual<sup>49</sup>, como ocorre na lavagem de dinheiro<sup>50</sup>.

Outro problema que a garantia em comento necessita superar trata da delimitação de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tradicionalmente, a doutrina se manifesta contrária a esta possibilidade<sup>51</sup>, justificando o entendimento na impossibilidade de se atribuir culpabilidade, delimitar o elemento subjetivo e realizar a prática da conduta.

No entanto, parcela significativa da doutrina nacional passou a aceitar a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, propondo soluções às dificuldades tradicionalmente levantadas. Nesse grupo, estão posicionados, cada um com sua particularidade, os escritos de Sérgio Salomão Shecaira<sup>52</sup>, Paulo César Busato<sup>53</sup> e Fábio

- 49 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 95 e 99. Em sentido contrário, admitindo a modalidade delitiva em dolo eventual: SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro**: teoria e prática. Campinas: Millennium, 2008, p. 49 e MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62.
- 50 Como bem pondera Renato de Mello Jorge Silveira, a ausência de punição do delito de lavagem na modalidade culposa, gera grande dificuldade para a percepção de situações de dolo eventual (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Cegueira deliberada...*, p. 4).
- 51 Nesse sentido, cita-se a coletânea de diversos artigos organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti que conta com trabalhos de Eugênio Raúl Zaffaroni, Miguel Reale Júnior, Rodrigo Sanchez Rios, Luis Gracia Martín e Jesús María Silva Sánchez (PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).
- 52 Shecaira bem fundamenta sua proposta na necessidade de concepção de uma nova arquitetura ao princípio da culpabilidade, partindo do agir colegiado. Igualmente, identifica como requisito para imputação da pessoa jurídica que a conduta seja praticada em nome e em prol da empresa conforme se verifica nos seguintes trabalhos: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *In: Boletim IBCCRIM*, nº 65. São Paulo: IBCCRIM, abril 1998, p. 3; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 349-357; SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). *In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 687-705.
- 53 Para Busato, a ação da pessoa jurídica é plenamente possível pelo modelo significativo. Igualmente, trata a questão do dolo em trabalho específico sobre a concorrência da vontade dos membros dos órgãos colegiados em critério comparativo à *resultante de forças* da física. Esses argumentos são encontrados nos seguintes trabalhos: BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 99-128 e 211-226; BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do

André Guaragni<sup>54</sup>. Em nível internacional, merece destaque os posicionamentos favoráveis de Klaus Tiedmann<sup>55</sup> e José Faria Costa<sup>56</sup>. Igualmente, no aspectos prático, já existem julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>57</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>58</sup> em posicionamento favorável à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Associação Internacional de Direito Penal também se manifestou favorável (item 13) a responsabilização penal das pessoas jurídicas no congresso de 1984, *verbo ad verbum*:

13. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é reconhecida em um número crescente de países como uma via apropriada para controlar a delinquência econômica e de empresa. Os países que não reconhecem tal classe de responsabilidade poderiam considerar a possibilidade de impor outras medidas contra tais entidades.

Diante do avanço das práticas econômicas, é preciso debater a responsabilização penal das pessoas jurídicas como via efetiva no controle da delinquência econômica e de empresa, tornando-se

- Código Penal brasileiro. *In: Revista Liberdades*. Edição Especial: Reforma do Código Penal. São Paulo, 2012, p. 98-128.
- 54 Guaragni parte de uma análise comparativa de ordenamentos internacionais demonstrando o cabimento da imputação dos entes coletivos: GUARAGNI, Fábio André. "Interesse ou benefício" como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – A exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da Lei 9.605/98. *In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-131.
- 55 TIEDMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 178 e ss. [Tiedmann trabalha com uma proposta de culpa pela organização, decorrente de quatro constatações: 1) as pessoas jurídicas detêm capacidade de pena; 2) a pessoa jurídica pode executar conduta pelo fato de ser destinatária das normas de conduta – mandatos e proibições; 3) que sua culpabilidade deve ser interpretada no sentido de uma responsabilidade social, equanto defeito de organização; 4) que não ocorre dupla punição entre pessoa física e jurídica, haja vista serem autores distintos. Essas mesmas considerações são explicadas por Carlos Martínez-Buján Pérez (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 550).
- 56 COSTA, José de Faria. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 51 e ss. Para o autor português, a responsabilização penal da pessoa jurídica corresponde a um novo centro de imputação.
- 57 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; HC 92921, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-182 Divulg 25-09-2008 Public 26-09-2008.
- 58 REsp 564.960/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 02/06/2005, DJ 13/06/2005, p. 331; REsp 989.089/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009; REsp 889.528/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 18/06/2007, p. 303)

imprescindível uma análise profunda e detalhada acerca das técnicas penais e extrapenais que poderão ser usadas nesse intuito.

Por fim, há, ainda, um terceiro problema afeto a esta garantia. Atualmente, os programas de *compliance* tem se destacado como mecanismos de grande utilidade no Direito Penal Econômico, principalmente após o destaque dado sobre tais programas no caso *Mensalão*. Em verdade, o desenvolvimento das atividades e setores de *compliance* no Brasil tem aumentado nos últimos anos, recebendo inclusive avaliação positiva do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)<sup>59</sup>, porém é perceptível que a inexperiência do uso de tais institutos resulta, muitas vezes, em confusão e acumulação de atividades pelos departamentos jurídicos das empresas, os quais não devem ser responsáveis pela fiscalização e auditoria de *compliance*<sup>60</sup>.

Nesse sentido, Giovani Agostini Saavedra destaca que ao invés dos programas de *compliance* estarem cumprindo uma função preventiva, eles têm servido apenas à criação e delimitação de uma cadeia de responsabilização penal<sup>61</sup>. Este, inclusive, parece ter sido o entendimento utilizado pelo STF quando do julgamento da AP 470<sup>62</sup>.

59 Sobre o assunto, apresentando os pontos positivos e negativos da avaliação do GAFI sobre normativas brasileiras CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, p. 58.

60 LEITE, Leonardo Barém. O “compliance” e os departamentos jurídicos nas empresas brasileiras. **Letrado**, v. 101. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, jul.-dez./2012, p. 30. Sobre as diversas estruturas organizacionais e a delimitação de suas atribuições: PERES, Dulcídio Lavoisier de Oliveira. **A importância da gestão de riscos e controles internos como respostas a riscos empresariais**. 2010. 286. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 89. Ressaltando a importância da delimitação de cada esfera operacional, Fábio Claro Coimbra demonstrou o processo de estruturação de unidade de gestão de riscos operacionais em atividades de instituições bancárias. Para tanto, analisou como o banco Bradesco estruturou seu sistema de gestão de riscos (COIMBRA, Fábio Claro. **Estruturação de unidade de gestão de risco operacional em bancos: um estudo de caso**. 2006. 128. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo).

61 SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 18, nº 218. São Paulo: IBCCRIM, jan./2011, p. 11.

62 Conforme apontamentos críticos de Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho, na qual demonstram que as decisões sobre esse tema no alusivo caso se deram mais de modo intuitivo do que debatendo os elementos estruturais da dogmática penal pertinente aos fatos objeto da ação. (COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, nº 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev./2014, p. 228).

Ademais, é perceptível que a instauração de programas de *compliance* não deve resultar em uma espécie de responsabilização objetiva dos *compliance officers* como consequência de uma atribuição de posição de garante<sup>63</sup>. No Brasil, essa inversão de papéis no contexto dos programas de *compliance* se dá pela falta de experiência de boa parcela dos operadores do Direito penal, os quais não estão se atualizando sobre um tema cada vez mais presente no cotidiano forense. Em verdade, a delimitação de um programa de *compliance* não é algo novo, uma vez que todos têm o dever de agirem em conformidade com as normas que integram o ordenamento jurídico<sup>64</sup>. De qualquer forma, a existência de programas de *compliance* não possibilita o uso de responsabilização objetivada em esfera penal.

### 2.3. RESPONSABILIDADE PELO FATO

Da garantia da *Responsabilidade pelo fato* decorre o chamado “Direito Penal do fato”, o qual se entende como uma regulação legal em que a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita no tipo penal, sendo a pena uma resposta proporcional ao fato individualmente praticado<sup>65</sup>. Assim, não é possível aceitar uma “culpabilidade pelo modo de vida”<sup>66</sup>. Afinal, a culpabilidade é uma característica do sujeito e se vincula exclusivamente ao fato<sup>67</sup>.

63 SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. *Loc. cit.*; Demonstrando que ocorre uma responsabilização objetiva: SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 19, nº 226. São Paulo: IBCCRIM, set./2011, p. 14.

64 KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de *compliance* y Derecho penal. *In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de* (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 51. Idêntica afirmação presente em PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. *In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de* (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 208.

65 ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz Y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2007, p. 176.

66 A culpabilidade pelo modo de vida é chamada de Direito Penal de Autor, o qual vincula a pena a personalidade do autor, ou seja, ao modo pelo qual conduz sua vida. Assim, o que torna alguém culpável não é o fato praticado, mas somente o fato do agente ser uma pessoa “tal” Sobre tais conceitos, ROXIN, Claus. **Derecho penal...**, p. 177.

67 BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 203.

Igualmente, no campo dos delitos ambientais, esta garantia direciona-se contrária ao modelo de imputação dogmática criada por Lothar Kuhlen por meio dos delitos de acumulação. Lothar Kuhlen levantou, “em 1986, a partir do § 324 do StGB (crime de poluição de águas do Código Penal Alemão) a problemática do despejo de esgotos no Rio Main”<sup>68</sup>. Ao analisar o dispositivo mencionado, Kuhlen criou a modalidade dos delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*), os quais seriam configurados pelas “condutas que se tornam penalmente significativas não por si mesmas, e sim porque, sem uma proibição sancionatória, seriam realizadas em tal quantidade que levariam à ofensa ao bem jurídico protegido pela norma”<sup>69</sup>.

Para Kuhlen, os delitos de acumulação prestariam “uma contribuição à solução de problemas de especial transcendência às condições naturais de vida, por meio da punição das condutas responsáveis por sua constituição”<sup>70</sup>. Desta forma, Kuhlen defende que o tipo penal de acumulação “não exige que uma conduta individual leve a uma lesão ou colocação em perigo, mas somente que pertença a um tipo de condutas que, se fossem realizadas em grande número, causariam uma lesão ou colocação em perigo”<sup>71</sup>. A justificativa legitimadora do tipo penal residiria na “ideia de que em muitos casos o comportamento racional individual, quando exercido em grande número, levaria a resultados irracionais ou não otimais”<sup>72</sup>. Portanto,

68 CAETANO, Matheus Almeida. Ofensividade e delitos de acumulação no direito penal ambiental. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, mar/2011, p. 12.

69 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, mar/2010, p. 03.

70 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Loc. cit.* Como bem explica Helena Regina Lobo da Costa: “Lothar Kuhlen propôs a idéia dos delitos de acumulação em um artigo em 1986, em que intentava analisar qual deveria ser o resultado da conduta tipificada no crime de poluição de águas do Código Penal alemão. Sua argumentação nesse texto, inicia-se com o exemplo de um morador, cuja casa fica nas margens do rio Main, que lança os efluentes de sua cozinha, com restos de comida, no rio. Esse material orgânico é ‘absorvido’ com facilidade pelo rio e não tem aptidão para causar efeitos prejudiciais aos animais ou plantas do rio. Kuhlen afirma que uma tal conduta seria considerada típica pela interpretação majoritária do tipo de poluição de águas adotada pelos tribunais alemães – com exceção, apenas, da hipótese de aplicação de uma cláusula bagatelar” (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59).

71 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Loc. cit.*

72 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, p. 60.

para este autor, seria apropriado usar o Direito Penal para vincular a conduta a um desvalor, de modo que o indivíduo não praticaria mais a conduta por critérios de racionalidade<sup>73</sup>.

Inúmeras críticas foram traçadas contra o estudo de Kuhlen<sup>74</sup>, merecendo destaque o escrito de Jesús Maria Silva Sánchez, para quem é inadmissível a responsabilização penal por delitos de estrutura acumulativa, devendo-se transferir tais condutas à seara administrativa<sup>75</sup>. Segundo esse autor, os delitos de acumulação lesionam o princípio da culpabilidade e não apresentam efetiva lesividade<sup>76</sup>. Além disso, Silva Sánchez ainda tece críticas à Kuhlen por meio da necessidade de individualização da pena<sup>77</sup> e das delimitações de coautoria<sup>78</sup>.

Ainda que haja a necessidade de se desenvolverem estudos sobre os delitos de acumulação, verifica-se que o não reconhecimento da insignificância em delitos ambientais<sup>79</sup> ou tributários pode ensejar na utilização, ainda que indireta, dessa modalidade de imputação.

73 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Loc. cit.*

74 Além da posição acima destacada, merecem nota os trabalhos de MENDOZA BUERGO, Blanca. **Limites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 64-65 (A autora faz duras críticas aos delitos de acumulação, especificamente no pertinente às punições de condutas bagatelares) e de SILVA DIAS, Augusto. <<What IF everybody did it?>>: sobre a <<(in)capacidade de ressonância>> do Direito Penal à figura da acumulação. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 13, n. 3, jul-set/2003, p. 303-345.

75 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La expansión del Derecho penal**: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011, p. 131-138 e 141.

76 “é inadmissível como critério de imputação penal para responsabilizar um determinado sujeito pelo significado concreto da conduta isolada que foi realizada, pois uma sanção assim fundamentada não deixa de ser, desde a perspectiva do Direito penal, uma sanção *ex iniuria tertii*. Não há nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*. Simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou – todavia melhor – perigo global” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Op. cit.*, p. 139).

77 “os termos de comparação em juízo de proporcionalidade são a pena que se impõe e o conteúdo do próprio risco da conduta (é óbvio afirmar: isoladamente considerada) de quem recebe essa pena. Pois, a pena não se “distribui” entre o conjunto de aporções individuais, senão que assenta, precisamente, individualmente a cada sujeito” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Op. cit.*, p. 147).

78 “nos casos de autoria acessória estamos diante de um único fato, que se projeta sobre um determinado objeto da ação. Nos casos dos delitos de acumulação, de outra forma, não se pode falar de um único fato sobre o qual se projetam várias aporções, senão de uma pluralidade de fatos que constituem um fenômeno global” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Op. cit.*, p. 148-149).

79 TJ/MS. RESE 2007.018555-0/0, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte DJ 25/07/2007.

## 2.4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CONSIDERAÇÃO PRÉVIA DE CULPABILIDADE

De acordo com a garantia da *presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade* se verifica que a culpabilidade se insere não apenas nos mecanismos de Direito material, mas é imprescindível à matéria processual<sup>80</sup>.

Essa garantia está prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, (bem como no art. 8, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e ganha maior importância na atualidade ante a atuação penal estatal, cada vez mais influenciada aos mecanismos midiáticos<sup>81</sup>.

Como bem define Rogério Lauria Tucci, a presunção de inocência consiste na “asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então a coisa julgada de autoridade relativa”<sup>82</sup>.

Assim, a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória resulta em três significados: 1) garantia política; 2) regra de tratamento do acusado; 3)

80 “O fato de que o princípio de culpabilidade seja fonte comum de outros princípios tanto na seara do direito material quanto do direito processual penal vem em reforço da idéia de comunhão de fontes entre o Direito penal e o Direito processual penal e em evidente rechace àqueles que preconizam a possibilidade de uma teoria geral do processo, capaz de abrigar sob um mesmo arcabouço principiológico o processo penal e o processo civil” (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 205). Posicionamento idêntico em BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39, rodapé 69. Sobre uma teoria autônoma do Direito Processual Penal frente ao Direito processual Civil: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 129 e ss.

81 Sobre o assunto, urge transcrever um trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não se desconhece que programas jornalísticos sensacionalistas infestam o cotidiano, influenciando de maneira sórdida a percepção e o raciocínio do cidadão, substituindo o resguardo do direito constitucional à informação por deturpação de fatos e versões. O “gosto de sangue” parece ser o mote principal desses veículos, que desconhecem respeito por vidas inocentes e honra alheia, em nome da necessidade de clientela e audiência, que, em substância, se reduzem a busca de mercado e, pois, de lucro sem compromisso ético” (HC 111756 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/12/2011, publicado em processo eletrônico DJe-022 divulg 31/01/2012 public 01/02/2012).

82 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 313.

regra probatória<sup>83</sup>.

Enquanto garantia política preserva a liberdade do acusado frente aos interesses punitivos do Estado, por isso se projeta enquanto “componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana”<sup>84</sup>.

Acerca do segundo significado, destaca Aury Lopes Jr que a presunção de inocência “impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”<sup>85</sup>. Na dimensão interna, impõe três circunstâncias: i) que a carga da prova seja inteiramente do acusador; ii) que a dúvida sobre o fato ou autor resulte em absolvição; c) sirva de restrição ao uso abusivo das prisões cautelares<sup>86</sup>. No âmbito externo, serve de “proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”<sup>87</sup>. Para Gustavo Badaró, ainda enquanto regra de tratamento, a garantia impossibilita a execução provisória ou antecipada da pena<sup>88</sup>.

Enquanto regra probatória, a garantia atua como regra de julgamento, pois além de imputar toda a carga probatória ao órgão acusador<sup>89</sup>, deve ser utilizada “sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”<sup>90</sup>. Outrossim, afirmar que a carga probatória é exclusiva da parte acusadora significa rejeitar a determinação do art. 156 do Código de Processo Penal no

83 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57. No mesmo sentido, LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176.

84 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Loc. cit.*

85 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

86 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, *Loc. cit.*

87 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, *Loc. cit.*

88 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 58.

89 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 507; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335-336.

90 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 57.

pertinente ao ônus das causas justificantes e exculpantes. Afinal, ser inocente não pode implicar na imposição de ônus probatória acerca de excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade<sup>91</sup>. Exigir-se que o acusado demonstre algo é inverter o ônus da prova e atribuir a ele uma presunção prévia de culpabilidade, algo como: *ou prova sua alegação ou é condenado*. Como bem destaca Badaró, “não se pode confundir o ônus da prova com o interesse em provar determinado fato”<sup>92</sup>.

Assim, a garantia de inocência é também agredida pelo processo penal em crimes econômicos. Diariamente, surgem defensores que objetivam relativizar a garantia política (que também pode ser transcrita como obediência às regras do jogo democrático), o tratamento do acusado e as regras probatórias. Um bom exemplo disso é o aceite de denúncias genéricas em casos de delitos societários, circunstância que além de dificultar o exercício da ampla defesa, impõe à defesa todo o ônus probatório<sup>93</sup>. Infelizmente, embora já existam julgados contrários<sup>94</sup> ao uso da denúncia genérica, tal prática ainda encontra anuentes no Poder Judiciário<sup>95</sup>.

Um exemplo pontual é a famigerada proposta *Moro-Bochenek* que busca atribuir “eficácia imediata” da sentença condenatória “independente do cabimento de recursos”, o que, segundo seus

91 Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 427-429.

92 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 429.

93 Sobre o assunto, KNOPFHOZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013, p. 156.

94 STF-HC 84580, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513; TRF-4-ACR: 10187 RS 2001.04.01.010187-5, Relator: Fábio Bittencourt da Rosa, Data de Julgamento: 15/10/2002, Sétima Turma, Data de Publicação: DJ 13/11/2002 PÁGINA: 1195.

95 Por todos, STJ-HC: 18952 PE 2001/0137261-5, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 17/12/2002, T5-Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 10.03.2003 p. 255; STJ HC 197.876/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 05/05/2011, DJe 09/06/2011; TRF-3-HC: 9164 SP 2008.03.00.009164-6, Relator: juiz convocado em auxílio Helio Nogueira, Data de Julgamento: 03/11/2008, Quinta Turma; TJ-MG 100000746541380001 MG 1.0000.07.465413-8/000(1), Relator: Eli Lucas De Mendonça, Data de Julgamento: 16/01/2008, Data de Publicação: 08/02/2008)

proponentes, “não viola a presunção de inocência”<sup>96</sup>. Notadamente, a proposta é apresentada em meio à atuação do magistrado na famosa *Operação Lava Jato*. O tema contido na proposta dos magistrados federais, já foi objeto de análise pelo STF, ao tratar da revogada lei sobre organizações criminosas (Lei nº 9.034/1995) e estatuto do desarmamento (Lei 10.826/2003) como destaca Décio Franco David:

A revogada Lei 9.034/1995 previa em seu artigo 7º a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos agentes que tivessem intensa e efetiva participação em organizações criminosas. A vedação foi acertadamente criticada pelo Ministro Celso de Mello em seu voto no HC 94404/SP. Igualmente, a Lei 10.826/2003 previa em seu artigo 21 a mesma vedação, sendo declarada sua inconstitucionalidade, por meio da ADI 3112/DF, em virtude da manifesta agressão à presunção de inocência e à obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente<sup>97</sup>.

Aliado ao clamor popular por “justiça”, as posturas do poder judiciário em casos de crimes econômicos com grande repercussão acaba por macular o significado de garantia política da presunção de inocência, pois aliado a isso, a divulgação excessiva na mídia dos casos fere a imagem do acusado, criando um contexto de presunção de culpabilidade.

Além disso, esta garantia tem sofrido com tentativas de flexibilização dos mecanismos processuais na materialização de delitos. Um exemplo pontual de inversão do ônus da prova e relativização da presunção de inocência em delitos econômicos consiste na proposta de criminalização da conduta de *enriquecimento ilícito* do funcionário público, a qual está prevista no art. 277 do Projeto de Reforma do Código Penal (PLS 236/2012). Em Portugal, foi reconhecida a inconstitucionalidade desta tipificação justamente

96 Texto disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>

97 DAVID, Décio Franco. As “boas intenções” causam mais um terremoto no sistema jurídico-penal. **Justificando**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/04/13/as-boas-intencoes-causam-mais-um-terremoto-no-sistema-juridico-penal/>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

em razão de serem flexibilizadas as garantias acima mencionadas<sup>98</sup>.

## 2.5. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Conforme já afirmado, o princípio da culpabilidade incide tanto no Direito Penal quanto no processo penal. Resultado lógico dessa constatação é que o princípio seja aplicado, igualmente, à execução da pena<sup>99</sup>. Aqui se insere a garantia da *Individualização da pena*. Por intermédio desta garantia, a culpabilidade “determina que cada sujeito tem o direito a sua própria pena, ou seja, que cada indivíduo tem o direito a que sua pena adquira uma conformação ajustada a ele próprio, tendo em vista os fins que visa alcançar”<sup>100</sup>.

Individualizar a pena é “aplicar a pena devida a cada condenado”<sup>101</sup>, isto é, a “pena deve ser aplicada de maneira proporcional à ofensa produzida pelo delito ao bem jurídico”<sup>102</sup>. Para tanto, deve-se fazer uma “diagnose embebida de significado valorativo”<sup>103</sup>, pois somente assim será alcançada a medida adequada e justa da reprovação. Afinal, individualizar a pena significa “quantificar a reprimenda penal em decorrência das características específicas do fato concreto”<sup>104</sup>. Inevitável vislumbrar na individualização da pena a necessidade de análise da proporcionalidade da sanção. Além disso, a individualização da pena é “incompatível com a noção de culpabilidade presumida”<sup>105</sup>. Assim, são identificáveis na individualização da pena três dimensões (ou momentos): 1) legislativa; 2)

98 BECHARA, Ana Elisa. A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público: Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out./2012, p. 503-538.

99 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, op. cit., p. 99.

100 BUSATO, Paulo César. *Fundamentos...*, p. 207.

101 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

102 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

103 REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 31.

104 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

105 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

judicial; 3) executória<sup>106</sup>.

A *individualização legislativa* ocorre durante o “processo de criação dos tipos penais incriminadores (criminalização primária), com a delimitação da conduta ilícita, a definição da espécie de pena cabível e sua respectiva quantidade mínima e máxima”<sup>107</sup>. Este *quantum* mínimo atua como garantia do bem jurídico tutelado, correspondendo à “medida da sanção necessária e proporcionada à sua proteção; o mínimo de pena cominada expressa, definitivamente, a dialética entre *favor libertatis* e a necessidade de tutela”<sup>108</sup>. Por sua vez, o limite máximo para a pena em abstrato é “expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito”<sup>109</sup>.

Ocorre que no campo dos delitos econômicos muitos tipos penais têm os limites de sua criminalização primária demasiadamente desproporcionais aos fins da pena. Um dos exemplos mais contundentes está contido na sanção do artigo 273 do Código Penal, que possui como pena mínima dez anos de reclusão. A desproporção da pena à conduta é enormemente aviltante que existem julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>110</sup> discutindo a possibilidade de ser aplicado o limite abstrato mínimo da pena prevista ao crime de tráfico de drogas a tais casos, ocorrendo aplicação de analogia em benefício do réu. Outrossim, é possível mencionar os inúmeros projetos de cunho estritamente simbólico que propõem aumentos injustificados

106 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.261-263.

107 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 261.

108 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161-162.

109 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Op. cit.*, p. 164.

110 STJ – HC: 167320 PR 2010/0056749-8, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 03/09/2013, T5–Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 11/09/2013; STJ – REsp 915442/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011.

de inúmeros crimes, como por exemplo a lavagem de dinheiro, a violação de impedimento em processos falimentares, concorrência desleal, etc., dentro os quais, merece destaque o PLS 236/2012. De acordo com o projeto, o crime de lavagem de dinheiro passará a ter uma pena máxima de dezoito anos, enquanto que a atual é de dez anos. Para o delito de violação de impedimento, previsto no artigo 177 da Lei 11.101/2005, a pena máxima aumentará de quatro para doze anos. Já para o crime de concorrência desleal, o projeto dobra pena máxima, aumentando de um para dois anos de prisão.

A *dimensão judicial* corresponde à dosimetria da pena do réu, pelo sistema trifásico e adoção, ao final, do regime de cumprimento de sanção e eventual aplicação de medida alternativa à prisão. Não é o enfoque do presente trabalho analisar todos os elementos que compõe cada fase da dosimetria da pena, mas apenas desmascarar que os delitos econômicos sofrem do mesmo mal que as demais formas delitivas, com a ampliação de penas bases, aumento indiscriminado de agravantes e causas especiais de aumento.

Guilherme de Souza Nucci elaborou um trabalho analisando a dosimetria realizada na AP 470, afirmando que o “STF avaliou todas as fases com precisão, estabelecendo parâmetros positivos e recomendáveis em matéria de individualização da pena”<sup>111</sup>. Não é possível concordar com tal afirmação, principalmente pelo fato de o então Ministro Joaquim Barbosa aumentar de forma absurda a dosimetria da pena para o delito de formação de quadrilha no intuito de “evitar prescrição”. A tática de Barbosa foi esclarecida pelo Ministro Ricardo Lewandowski com a publicação de tabelas demonstrativas do aumento injustificado<sup>112</sup>. Nucci em seu artigo

111 NUCCI, Guilherme de Souza. O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso *Mensalão*. in: **Revista dos Tribunais**, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 228.

112 As tabelas estão disponíveis no texto de Rafael Baliardo e Rodrigo Haidar para o site Consultor Jurídico (BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. Revisor diz que STF agravou penas para evitar prescrição. CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/lewandowski-supremo-agravou-penas-evitar-prescricao>>. Acesso em 18 jul. 2015.)

chega a indicar alguns pontos que ele questiona da dosimetria, mas termina o texto elogiando a adoção por alguns ministros de sua proposta de superação da política de pena mínima<sup>113</sup>. Em que pese os argumentos traçados pelo autor, tal proposta não merece prosperar. Se o mínimo de pena é definido pelo grau de proteção ao bem jurídico, um aumento da pena mínima só pode ocorrer em situações completamente justificadas e fundamentadas e não como uma regra “anti-impunidade”. Os critérios do art. 59 não podem servir de argumentos retóricos para um aumento injustificado da pena base. No mesmo sentido estão os posicionamentos de Salo de Carvalho<sup>114</sup> e de Juarez Cirino dos Santos<sup>115</sup>.

Logo, não se pode aceitar que a dosimetria da pena receba uma fórmula binária de *in put* e *out put* para os elementos do art. 59<sup>116</sup>. Em outras palavras, nem sempre a existência de um dos elementos

113 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 246-249. Em suas próprias palavras: “Sem dúvida, aplausos merecem os magistrados que deixaram o comodismo da *pena mínima*, cuja fundamentação era igualmente esquecida, passando a adotar o raciocínio lógico para fixar a pena concreta, na exata medida do merecimento de cada réu. Nesse sentido, lapidar decisão foi proferida pelo relator do caso *Mensalão*, ao abrir um espaço no seu voto, a fim de justificar a opção pela pena justa, estabelcida acima do mínimo legal” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 246)..

114 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 385. Nas palavras do autor: “não é forçoso lembrar que não há qualquer óbice à definição da pena-base no mínimo legal mesmo em caso de constatação da existência de uma ou alguma circunstâncias desfavoráveis, se o julgado entender que a pena, fixada no mínimo, é *necessária e suficiente* para *reprovação e prevenção* do delito ou que esta quantidade é *socialmente recomendável*, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal. Aliás, havendo estas constatações de suficiência, adequação e recomendação, injustificável seria o acréscimo sancionatório” (CARVALHO, Salo de. *Loc. cit.*).

115 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 560.

116 No HC 76196, o então Ministro Maurício Corrêa afirmou que “O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório.” (HC: 76196 GO, Relator: Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 29/09/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448). Este argumento é bastante preocupante, principalmente por ter sido utilizado nos votos do relator do caso *Mensalão*. Observe-se que o simples fato do réu ter algum dos critérios desfavorável não pode implicar em aumento imediato de pena base. Pelo contrário! A pena tem que ser filtrada sempre pela finalidade a ela imposta. Caso se aceite tal mecanização das circunstâncias, o critério humano é substituído por critérios de encaixe e desencaixe contrários ao modelo democrático e humano do Direito Penal.

justifica o aumento da pena base. Defender o contrário é confundir discricionariedade com arbitrariedade.

Por fim, a *individualização executória* está vinculada a duas tarefas. A primeira “de análise e decisão sobre as possibilidades de alteração da quantidade (redução, detração e comutação) e da qualidade (progressão e regressão de regime, livramento condicional e conversões) da pena, bem como das hipóteses de sua extinção”<sup>117</sup>. A segunda tarefa “compreende a tutela dos condenados contra os desvios e os excessos praticados por ação ou omissão pela administração penitenciária”<sup>118</sup>. Mais uma vez, verifica-se uma expressão da garantia que atinge todo o Direito Penal. Embora o STF já tenha se manifestado, inclusive por súmulas<sup>119</sup>, da necessidade de adequação de regime inicial proporcional<sup>120</sup> e sem valoração da gravidade em abstrato do delito, diariamente casos são relatados em que isso acaba acontecendo. Já no pertinente à tutela dos condenados, muitos são os casos de corrupção e chantagens dentro do sistema carcerário para que se cumpram direitos já previstos aos apenados, o que acaba por comprovar um ideário punitivista generalizado. Por isso, é sempre válido o alerta de que a punição em demasia na esfera econômica não é capaz de produzir igualdade social<sup>121</sup>.

### 3. CONCLUSÃO

Conforme visto no decorrer do trabalho, o princípio da culpabilidade tem sido posto em xeque em todas as suas cinco garantias. No entanto, isso não implica em aceitar a relativização do princípio, tampouco significa a recusa ou afastamento de alguma garantia.

117 CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.* 262.

118 CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.* 263.

119 Súmulas 718 e 719, STF.

120 HC 111840, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, processo eletrônico DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013

121 ROCHA JR, Francisco do Rêgo Monteiro. Criminalização dos delitos econômicos: um direito penal igual para todos? In: BONATO, Gilson. **Processo Penal, Constituição e Crítica**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 295-297.

É preciso que as garantias inerentes ao princípio da culpabilidade sirvam de filtro efetivo à manutenção de um Direito Penal democrático, seja na tutela econômica ou fora dela.

O processo de digressão dos conteúdos objetos de tutela penal<sup>122</sup>, inerente às modificações e multiplicidade das relações sociais, não podem se afastar do referencial da pessoa humana como instituto apto a garantir a coesão social da coletividade<sup>123</sup> e a preservação dos princípios estruturais do Direito Penal, haja vista que o Direito Penal Econômico não é uma ciência distinta do Direito Penal<sup>124</sup>.

### 4. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público: Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, n° 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out./2012, p. 503-538.

\_\_\_\_\_. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. In: **Boletim IBC-CRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, mar/2010, p. 03-05.

122 Sobre o assunto: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 173.

123 Ao abordar o “princípio ético da humanidade”, Max Ernst Mayer afirma que o Direito deve estar adequado aos valores culturais, no sentido de reforçá-los: “Uma das condições que contribuem para a relatividade do valor é a extensão e intensidade do fator de integração social; porém, possuem alcance geral, ainda que a expansão e profundidade da generalidade do interesse estejam germinadas com a linearidade e durabilidade da cultura dominante na sociedade correspondente. Portanto, assim como a proporção (plenamente abstrata) entre relatividade e linearidade não implica um critério para decidir sobre questões momentâneas, na proporção mais concreta existente entre a elaboração da ideia de comunidade e o valor dos valores culturais está contido um princípio ético, dotado de imediata aplicabilidade prática. Nem poderia ser de outro modo, porquanto a cultura é o cultivo dos interesses gerais. Agora, o Direito participa nesta prática, porquanto pode e deve contribuir muito, em todos os seus domínios para a efetividade do ideal de comunidade. E a tarefa aumenta quando vem à tona o desejo de criar relacionamentos duradouros, que ao alargar o círculo de cultura que afeta o valor (ou a norma), aumentam sua vida útil (MAYER, Max Ernst. **Filosofia del Derecho**. Traducción por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p. 208).

124 Sobre o assunto: DAVID, Décio Franco. **Fundamentação principiológica do Direito Penal Econômico**: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. 2014. 263p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná, p. 102-144.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: Parte Geral, vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *In: Ciências Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, set.-dez/2004, p. 171-184.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do Código Penal brasileiro. *In: Revista Liberdades*. Edição Especial: Reforma do Código Penal. São Paulo, 2012, p. 98-128.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAETANO, Matheus Almeida. Ofensividade e delitos de acumulação no direito penal ambiental. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, mar/2011, p. 12-13.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**: Aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. *in: Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 111-129.

\_\_\_\_\_; WEBER, Ariel Barazzertti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CESANO, José Daniel. La imputación penal em el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. *In: BERRUEZO, Rafael et al. Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: B de F, 2010, p.177-216.

COIMBRA, Fabio Claro. **Estruturação de unidade de gestão de risco operacional em bancos**: um estudo de caso. 2006. 128. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, n° 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev./2014, p. 215-230.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Tutela Jurídica das Relações de Consumo: uma análise da atuação do Direito Penal na pós-modernidade. *In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. v. 21.. p. 7497-7519.

\_\_\_\_\_. As “boas intenções” causam mais um terremoto no sistema jurídico-penal. **Justificando**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/04/13/as-boas-intencoes-causam-mais-um-terremoto-no-sistema-juridico-penal/>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação principiológica do Direito Penal Econômico**: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. 2014.263p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezi- nho, Paraná.

D’OTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. Curitiba: Editora Littero-técnica, 1980.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de F, 2009.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. *In: PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 274-291.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos [et al]. **Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Atlas, 2011.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In: GRECO, Luís [et al]. Autoria como domínio do fato*: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81-122

\_\_\_\_\_; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal. *in: Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 61-92.

GUARAGNI, Fábio André. “Interesse ou benefício” como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – A exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da Lei 9.605/98. *In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-131.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013.

KUHLEN, Lothar. Gestiones Fundamentales de *compliance* y Derecho penal. *In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de* (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 51-76.

LEITE, Leonardo Barém. O “compliance” e os departamentos jurídicos nas empresas brasileiras. **Letrado**, v. 101. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, jul.-dez./2012, p. 28-31.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MAYER, Max Ernst. **Filosofia del Derecho**. Traducción por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001.

ROCHA JR, Francisco do Rêgo Monteiro. Criminalização dos delitos econômicos: um direito penal igual para todos? *In: BONATO, Gilson. Processo Penal, Constituição e Crítica*: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 289-298.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso *Mensalão*. *in: Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 221-249.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PERES, Dulcídio Lavoisier de Oliveira. **A importância da gestão de riscos e controles internos como respostas a riscos empresariais**. 2010. 286. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa**

**Jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. *In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de* (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 207-218.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **La ignorância deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz Y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2007

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 18, nº 218. São Paulo: IBCCRIM, jan./2011, p. 11-12.

\_\_\_\_\_. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 19, nº 226. São Paulo: IBCCRIM, set./2011, p. 13-14.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro**: teoria e prática. Campinas: Millennium, 2008

SANTIN, Valter Foletto. **Crime Econômico no Comércio de Combustível Adulterado**. São Paulo: Verbatim, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Punibilidade e Responsabilidade. *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. Direito penal econômico*: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 67-70.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010,

\_\_\_\_\_. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *In: Boletim IBCCRIM*, nº 65. São Paulo: IBCCRIM, abril 1998, p. 3.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico**: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 349-357

\_\_\_\_\_; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). *In*: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 687-705.

SILVA DIAS, Augusto. <<What IF everybody did it?>>: sobre a <<(in)capacidade de ressonância>> do Direito Penal à figura da acumulação. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 13, n. 3, jul-set/2003, p. 303-345.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *In*: **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n. 246. São Paulo: IBCCRIM, mai./2013, p. 3-4.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TIEDMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

## Capítulo 6

# DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PARA A EXPANSÃO PARA ALÉM DO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL INSTITUÍDOS PELA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N.º 12.846/2013)

Guilherme Brenner Lucchesi<sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo analisar as sanções ditas civis e administrativas impostas às pessoas jurídicas condenadas pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, cominadas pela Lei Federal n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, conhecida como a “Lei Anticorrupção” ou a “Lei da Empresa Limpa”. Pretende-se, a partir da análise da obra “A Expansão do Direito Penal” de Jesús-María Silva Sánchez e do estudo comparativo das leis penais brasileiras que cominam sanções criminais às pessoas jurídicas (Lei Federal n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e o Projeto de Lei de Iniciativa do Senado n.º 206, de 10 de julho de 2012), demonstrar que as sanções civis e administrativas cominadas pela Lei Anticorrupção estão inseridas em uma agenda expansionista do controle social, situadas em uma legislação dita de segunda velocidade do Direito Penal, e são mais abrangentes e por vezes mais rigorosas que as próprias sanções penais cominadas

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Mestre em Direito pela Cornell Law School (EUA). Professor Substituto da UFPR. Conselheiro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Gestão 2015/2017. Diretor Financeiro Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE), Gestão 2015/2017. Advogado criminalista. Habilitado para o exercício profissional da advocacia em Nova York, EUA.