

# Revista Brasileira de Direito Penal Econômico

v. 4

ISBN 2595-8828

COORDENAÇÃO:

Bibiana Fontella, Claudia da Rocha e Maria Augusta Marçal

 [www.ibdpe.com.br](http://www.ibdpe.com.br)

## **COORDENAÇÃO:**

Bibiana Fontella  
Claudia da Rocha  
Maria Augusta Marçal

## **CONSELHO EDITORIAL REVISTA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO:**

Diogo Rudge Malan  
Francisco Monteiro Rocha Júnior.  
Guilherme Brenner Lucchesi.  
Gustavo Alberine Pereira.  
João Rafael de Oliveira  
Jovacy Peter Filho  
Luiza Terra  
Marion Bach.  
Marlus Heriberto Arns de Oliveira.  
Nicole Trauczynski



## PARECERISTAS

Aleir Fernando Santos Maia  
Beatriz Daguer  
Douglas Rodrigues da Silva  
Guilherme Siqueira Vieira  
Leonardo Vinicius Galvão Selva  
Rafael Junior Soares  
Thiago Merhy Parga Rodrigues Couto

**REVISTA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PENAL  
ECONÔMICO.** Curitiba/PR. V.4, 2023. Jan./Dez. Publicação  
anual.. IBDPE| Instituto Brasileiro De Direito Penal  
Econômico. Curitiba/PR. [revista@ibdpe.com.br](mailto:revista@ibdpe.com.br)  
ISSN 2595-8828



A Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, em seu 4.º número, traz artigos de professores e pesquisadores brasileiros e estrangeiros, em trabalhos realizados no Brasil e na Espanha, tratando de temas atuais do Direito Penal e Processo Penal em sua perspectiva econômica.

Em tempos desafiadores às instituições, direitos e garantias, sobretudo na área criminal e de maneira bastante expressiva na criminalidade político-econômica, é preciso analisar com seriedade e profundidade a atual conjuntura no sistema criminal.

Curitiba, primavera de 2023.

**BIBIANA FONTELLA**  
**CLAUDIA DA ROCHA**  
**MARIA AUGUSTA MARÇAL**



## Sumário

<b><i>IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS “INDICADORES EXTERNOS” DA LAVAGEM</i></b>	
Autor: Bruno Viana de Araújo .....	2
<b><i>INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS E PROCESSO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE USO DO SOFTWARE ESPÍÃO COMO PROVA E SEU APROVEITAMENTO NO PROCESSO JUDICIAL</i></b>	
Autor: Douglas Rodrigues da Silva .....	27
<b><i>ENFOQUE POLÍTICO-CRIMINAL: SOBRE A LEGITIMIDADE DA NOVATIPIFICAÇÃO PENAL DO FINANCIAMENTO ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS</i></b>	
Autora: Elena Nuñez Castaño.....	51
<b><i>PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA SUBSIDIARIEDADE: DIFERENCIAÇÕES E ANÁLISE QUANTO À REITERAÇÃO DELITIVA</i></b>	
Autor: Gustavo de Carvalho Guadanhin .....	77
<b><i>RESPONSABILIDADE PENAL DA EMPRESA: A CULPABILIDADE E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE</i></b>	
Autor: Luís Cláudio Senna Consentino .....	87
<b><i>OS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA NO CRIME PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/1990: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</i></b>	
Autora: Manuela Corrêa de Sagebin Cahú Rodrigues .....	113
<b><i>DISSONÂNCIAS ENTRE A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS</i></b>	
Autor: Pedro Nunes .....	140
<b><i>DELITOS DO COLARINHO BRANCO E STANDARD PROBATÓRIO PARA CONDENAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL</i></b>	
Autor: Remy Deiab Junior.....	168



## IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS “INDICADORES EXTERNOS” DA LAVAGEM

SUBJECTIVE IMPUTATION IN THE CRIME OF MONEY LAUNDERING:  
CONSIDERATIONS ABOUT WASHING “EXTERNAL INDICATORS”

Autor: Bruno Viana de Araújo\*

**Resumo:** A presente investigação tem por finalidade analisar o crime de lavagem de capitais, especificamente quanto à sua tipicidade subjetiva. A pesquisa iniciará com um panorama da construção normativa da lavagem de capitais para, em seguida, tratar dos conceitos fundamentais sobre tipicidade subjetiva. Após, serão apresentados os elementos normativos da lavagem de capitais e, por fim, será proposta uma forma de análise da tipicidade subjetiva da lavagem de capitais.

**Palavras chaves:** Lavagem de capitais. Tipicidade subjetiva. Dolo.

**Abstract:** The purpose of this research is to analyze the crime of money laundering, specifically with regard to its intentional act. The investigation will begin with an overview of the legal construction about money laundering, and then deal with the fundamental concepts of the intentional act. Then, the normative elements of money laundering will be presented and, finally, a form of analysis of the intentional act of money laundering will be proposed.

**Keywords:** Money laundering. Intentional action.

### 1 A lavagem de dinheiro e a sua construção normativa

O crime de lavagem de capitais vem sendo destinatário de diversas reflexões recentes no âmbito acadêmico, sendo notáveis os esforços direcionados para esclarecer os seus aspectos controversos. Tais empreendimentos dogmáticos, que inspiraram o presente artigo, convergem na tentativa de oferecer contornos mais sólidos a um tipo penal que é visivelmente dilatado pela prática forense, que converteu a lavagem de dinheiro na grande panaceia contra a criminalidade compreendida como organizada.

Preliminarmente, pode-se cogitar que o protagonismo do crime de lavagem de capitais nas acusações criminais de cariz econômico-financeira,

---

\* Graduado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com iniciação científica pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM.



especialmente no contexto dos megaprocessos<sup>1</sup>, deriva de duas determinações criminológicas que se interligam. A primeira decorre da criminalização primária, através do modelo normativo adotado para criminalizar a lavagem de capitais (definição legal de crimes e de penal<sup>2</sup>), enquanto a outra está relacionada à criminalização secundária, vinculada à forma pela qual os agentes estatais compreendem o delito e como se opera o etiquetamento dessa incriminação pelos agentes da justiça criminal<sup>3</sup>.

A despeito da tardia criação do crime de lavagem de dinheiro, que se proliferou pelo mundo em 1988 por meio da “Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas” (Convenção de Viena<sup>4</sup>), a sua prática remonta ao início do século passado, na época que vigorava nos Estados Unidos da América, o *Volstead Act* (“Lei Seca”), que proibiu o comércio de bebidas alcoólicas no país entre os anos de 1919 e 1933.

A lavagem de dinheiro, vista como fenômeno, e não como tipo penal, possui a sua origem, como aponta o *Federal Bureau of Investigation* (FBI<sup>5</sup>), nas estratégias articuladas por *Meyer Lansky*, um dos membros mais ilustres da máfia nos EUA na primeira metade de século XX<sup>6</sup>.

A fim de dissimular a origem espúria do capital proveniente das diversas atividades ilícitas que tinha participação (em especial do comércio ilegal de bebidas alcoólicas e da heroína), *Lansky* diluía o enorme fluxo de dinheiro em espécie em

---

<sup>1</sup> Termo empregado por Diogo Malan, Fernanda Prates e Thiago Bottino para definir os processos criminais vinculados à criminalidade econômico-financeira, especialmente no âmbito da chamada “Operação Lava-Jato”. (Cf. MALAN, Diogo. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, ano 27, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019 e PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 145-170, São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

<sup>2</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 06.

<sup>3</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 75/76.

<sup>4</sup> Muito embora a criminalização da lavagem de capitais tenha seu início enquanto fenômeno global em 1988, cumpre destacar que o primeiro movimento nesse sentido ocorreu na Itália, em 1978, quando, segundo DE CARLI, “o governo italiano editou o Decreto-lei nº 59 de 21 de março de 1978, que introduziu, no Código Penal Italiano, o artigo 648 *bis*. Esse artigo incriminou a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro”. Ademais, ainda segundo a autora, a lavagem de capitais foi criminalizada no Estados Unidos no ano de 1986, pelo *Money Laundering Control Act*. (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro – Ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 79 a 84)

<sup>5</sup> FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). *FBI records: Meyer Lansky*. Washington, D.C. Disponível em: <<http://vault.fbi.gov/meyer-lansky/meyer-lansky-part-01-of-26/view>>. Acesso em: 20 fev. 2022 apud CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>6</sup> Sobre Meyer Lansky, ver ENGLISH, T.J. *Noturno de Havana: como a máfia conquistou Cuba e a perdeu para a revolução*. São Paulo: Seoman, 2011, p. 68/73.



lavanderias ou postos de lavagem de automóveis<sup>7</sup>. Mais adiante, evoluiu para estratégias mais sofisticadas e passou a alocar os recursos ilícitos em bancos localizados fora do território norte-americano (*offshore banks*<sup>8</sup>), em países onde a regulação financeira fosse mais favorável, como a Suíça.

Nada obstante, a criação do tipo penal de lavagem de capitais se deu em uma quadra histórica distinta, sendo produto da “guerra às drogas” declarada pelos EUA na gestão *Ronald Reagan*<sup>9</sup>, iniciada em 1981. Como dito, a criminalização da lavagem de dinheiro possui seu marco legal na Convenção de Viena de 1988, cujo propósito, segundo CERVINI, foi o de impor aos países signatários “*la obligación, a cargo de cada país de incriminar y penalizar el lavado de dinero derivado del tráfico de drogas, para facilitar la cooperación internacional y la extradición*<sup>1011</sup>”. Esse procedimento, inclusive, constituiu uma das principais estratégias dos EUA na repressão aos traficantes dos países produtores, situados na América Latina<sup>12</sup>.

Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas (ONU), que sempre foi órgão internacional de proteção dos direitos humanos, aderiu à agenda norte-americana de repressão penal aos traficantes de drogas, inaugurando um movimento de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais.

Importante alertar, como faz STRANGE, que um regime internacional não surge da convergência das vontades de todos os Estados, mas sim dos interesses daqueles mais poderosos e com o maior poder de barganha<sup>13</sup>. No caso da Convenção de Viena, impulsionada pela diplomacia norte-americana, a aderência às

---

<sup>7</sup> DE CARLI, Carla Veríssimo. Op. Cit., p. 82/ 83.

<sup>8</sup> Bancos estrangeiros ou filiais de bancos nacionais localizadas no estrangeiro.

<sup>9</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

<sup>10</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114.

<sup>11</sup> Em igual sentido, PITOMBO ensina que “a estratégia internacional focou-se no objetivo de perseguir o produto e o proveito de determinados crimes: em particular, o dinheiro obtido pelas organizações criminosas por meio do tráfico ilícito de entorpecentes” (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Op. Cit., p. 41).

<sup>12</sup> Em 1988 estava em vigor uma nova etapa da “guerra às drogas”, em que os Estados Unidos, por meio da *Drug Enforcement Administration* (DEA), deflagrava capturas dos traficantes colombianos para que estes fossem extraditados para o país norte-americano e lá cumprissem pena (tais procedimentos foram bem retratados na série *Narcos*, do serviço de *streaming* da *Netflix*).

<sup>13</sup> STRANGE, Susan. Cave! Hic dragones: a critique of regime analysis. *International Organization*, [S.l.], v. 36, n. 2. Spring 1982, p. 487.



normas pelos países signatários foi motivada, também, em razão da pressão política exercida pela maior potência econômica do mundo à época<sup>14</sup>.

Portanto, na esteira da incriminação da lavagem de dinheiro na legislação norte-americana, por meio do *Money Laundering Control Act*, em 1986, e sob o pretexto de uniformizar as investigações sobre o comércio ilícito de drogas e a responsabilização criminal delas derivada, foram formulados tratados internacionais<sup>15</sup> para impor aos países de todo o mundo a criminalização da movimentação e disposição de valores originários da comercialização de drogas ilícitas, de modo a evidenciar o rastro financeiro do crime organizado na economia formal.

Assim, a lavagem de capitais, corporificada na técnica de investigação “*following the money*”, foi alçada da condição de método investigatório para a de tipo penal autônomo, constituindo, a um só tempo, uma forma eficiente de investigação e em um tipo penal sem estrutura dogmática para tanto, pois, como se logo percebe, trata-se da criminalização de uma metáfora, uma figura de linguagem, o que já dá o sentido da pouca densidade da norma incriminadora<sup>16</sup>.

O compromisso assumido pela comunidade internacional redundou na construção de um tipo penal que se pretendia adequado a distintas tradições jurídicas. Em outras palavras, o crime de lavagem de capitais foi construído de acordo com o modelo normativo norte-americano (*common law*) e imposto aos países de tradição europeia continental (*civil law*), como o Brasil. Ou seja, um tipo penal gestado na racionalidade norte-americana, mas difundido em todo o mundo.

Como observa VALOIS, a Convenção de Viena criou uma “legislação policial internacional, repleta de medidas repressivas, procedimentos a serem tomados entre governos, como se fosse uma norma procedimental a ser observada

---

<sup>14</sup> Para que se tenha noção dessa influência, em 1986, através do *Anti-Drug Abuse Act* (Lei Anti-Abuso de Drogas), os Estados Unidos passaram a exigir uma certificação dos principais países produtores e de trânsito de drogas ilícitas (países latinos), em que o Presidente norte-americano certificava a adequação das providências tomadas por esses países em relação as medidas antidrogas americanas. Se o Presidente não certificasse um país, ou se o Congresso desaprovasse a certificação, era previsto que os Estados Unidos retirassem a maioria da ajuda econômica ou militar, juntamente com o apoio no Banco Mundial e outros empréstimos (*The White House, National Drug Control Strategy*, 1989, p. 61 – 67. Disponível em: [www.ncjrs.gov/pdffiles1/ondcp/119466.pdf](http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ondcp/119466.pdf). Acesso em 15/03/2022 apud VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra às drogas. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2017, p. 304.

<sup>15</sup> Nomeadamente, a Convenção de Viena e os tratados de Mérida e Palermo.

<sup>16</sup> DIETER, Maurício Stegemann. IAB [Instituto dos Advogados Brasileiros] - Lei de Lavagem de dinheiro - 20 anos depois. Rio de Janeiro-RJ, 2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=6\\_r5Y4YMwHw&t=3880s](https://www.youtube.com/watch?v=6_r5Y4YMwHw&t=3880s). Minuto: 47:20-47:39. Data de acesso: 13/03/2022.



dentro de um único país, como que ignorando as soberanias e fronteiras, como se existisse, de fato, uma polícia mundial<sup>17</sup>.

Como exemplo, cite-se a primeira redação do crime de lavagem de capitais na legislação pátria (a Lei nº 9.613/98), que é a exata tradução do dispositivo que tratava do referido delito na Convenção de Viena (artigo 1º, I, b), sem mediações com a língua portuguesa e com o nosso modelo normativo.

Conforme esclarece OLIVEIRA, a redação do crime de lavagem de capitais está inscrita na lógica dos “delitos de intenção”, em que se une uma ação (adquirir, receber, converter) a um objetivo (para ocultar ou dissimular a origem ilícita), sem que o legislador seja capaz de aclarar que aqui se exige um elemento subjetivo específico adicional (a finalidade de ocultar e dissimular), ou se descreve uma conduta tendente a conseguir tal finalidade<sup>18</sup>.

Essa técnica legislativa é identificada também na redação dos crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)<sup>19</sup>, seguindo a mesma diretriz de formular tipos penais que preveem mais de uma forma de execução do delito, de modo a ampliar o âmbito de proteção da norma. Essa tendência é denominada por ZAFFARONI como a “multiplicação dos verbos”, em que há uma inflação dos tipos legais através da descrição exagerada de condutas, muitas delas precedentes a atos materialmente executórios, resultando numa criminalização pleonástica<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> VALOIS, Luís Carlos. Op. Cit., p. 296-297.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. – 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 69.

<sup>19</sup> Como exemplo, o artigo 33 da Lei 11.343:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación “antidrogas” latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario. In Fascículos de Ciências Penais, v. 3, nº 2. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1990, p. 18.



Por esses fatores que são corriqueiras as interpretações do texto legal da lavagem de capitais que apelam para a literalidade do verbo “ocultar” ou que buscam criminalizar toda e qualquer movimentação de recursos provenientes de uma atividade criminosa, ainda que desvinculada do propósito específico de dissimulação da origem ilícita do bem.

Dessa forma, incrimina-se atos de exaurimento do crime antecedente (violando o princípio da consunção no âmbito do conflito aparente de normas) e condutas do cotidiano/neutras, em que agentes econômicos movimentam valores de origem espúria; contudo, sem a intenção de dissimular a origem dos bens<sup>21</sup>.

Logo, a lavagem de capitais se tornou, no campo da criminalização secundária, vinculada à ação dos órgãos repressivos, um dos principais mecanismos de excesso acusatório (*overcharging*), em que o referido tipo penal é utilizado para inflar acusações, facilitar a decretação de medidas cautelares (reais ou pessoais), inviabilizar acordos de não persecução penal, além de ser funcional para a negociação de acordos de colaboração premiada.

## **2 Uma associação problemática: dolo e lavagem de dinheiro**

No presente artigo, será agregada a esse tipo penal, de difícil assimilação pelos agentes da justiça criminal, uma categoria dogmática que, por vezes, é vulgarizada na prática forense, visto que comumente reduzida a um conceito demasiadamente fluido, a tipicidade subjetiva, o dolo.

Essa combinação tem gerado diversas interpretações problemáticas do crime de lavagem de capitais, especialmente nas situações onde se presume o conhecimento do agente em relação aos elementos objetivos do tipo (o crime antecedente e os bens, direitos e valores provenientes deste crime), em razão de vínculos sociais do agente (de amizade ou familiares), do cargo que ocupa em uma empresa e quando se admite a imputação de lavagem de capitais a título de dolo eventual, apoiado ou não na teoria da cegueira deliberada<sup>22</sup>.

Nota-se que a tipicidade subjetiva desempenha um papel decisivo na ampliação indevida do âmbito de aplicação da norma. Isso ocorre por conta da

---

<sup>21</sup> Recentemente, o verbo “ocultar” tem sido utilizado também para incriminar pelo crime de lavagem de dinheiro os sujeitos obrigados enumerados no art. 9º da Lei 9.613/98, quando estes deixam de reportar uma movimentação financeira atípica ao COAF, e, por isso, “ocultam” informações.

<sup>22</sup> MAFRA, Antenor. O crime de lavagem de dinheiro: uma análise da tipicidade do delito à luz da teoria do conflito aparente de normas. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2020, p. 87/88.



indeterminação atribuída à categoria dogmática em questão, principalmente na jurisprudência, em que o dolo é recorrentemente reduzido a um aspecto puramente psicológico e, por isso, de obscura verificabilidade probatória.

Tanto na redação do crime de lavagem de capitais, como na formulação do dolo, é possível identificar aquilo que CARVALHO denominou de “vazios e dobras de legalidade<sup>23</sup>”, em que a indeterminação de conceitos jurídicos permite um amplo poder criminalizador às agências da persecução criminal. Estruturas normativas abertas, contraditórias ou complexas criam zonas dúbias que são instantaneamente ocupadas pela racionalidade e discricionariedade do intérprete.

Dito isso, as linhas que se seguem têm como propósito identificar parâmetros mais seguros no âmbito da imputação subjetiva para valorar o dolo do crime de lavagem de capitais.

O caminho deste artigo será formado por três tópicos. No primeiro, será sedimentado o marco teórico da definição do dolo e seus elementos. No segundo tópico, será apresentado o crime de lavagem de capitais, com destaque aos elementos objetivos que o constituem. No tópico final, serão delineadas as principais questões referentes à imputação subjetiva no crime de lavagem de capitais.

### **3 Tipicidade subjetiva: pressupostos da conduta dolosa**

Desde a redação do Código Penal de 1940, a doutrina afirma indistintamente que a teoria da vontade/volitiva foi a concepção de dolo escolhida pelo legislador ordinário, ao positivar que o crime será doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo<sup>24</sup>”.

Nesses termos, o dolo tem os seguintes pressupostos: em primeiro lugar, o conhecimento de que a conduta irá (dolo direto) ou poderá (dolo eventual) gerar um determinado resultado; e, em segundo lugar, a vontade direcionada a um propósito perseguido pelo autor da conduta<sup>25</sup>. Logo, o dolo é composto por esses dois elementos, o cognitivo (conhecimento) e o volitivo (vontade).

<sup>23</sup> CARVALHO, Salo. Política de Drogas: mudanças e paradigmas. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63 (edição especial), p. 02.

<sup>24</sup> Originalmente, o conceito de dolo constava no artigo 15 do Código Penal, entretanto, com a reforma de 1984, passou a ser previsto no artigo 18 do Código Penal. No mais, importante destacar que a teoria do consentimento ligada ao dolo eventual é um desdobramento da teoria volitiva. Isto é, não constitui uma teoria autônoma (BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal: parte geral, 23ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 349).

<sup>25</sup> GOMES, Márcio Schlee, Dolo: cognição e risco: avanços teóricos/ Márcio Schlee Gomes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 73.



O elemento volitivo do dolo é definido pela doutrina como a “vontade de realização da conduta típica”, sendo esta compreendida naquilo que o agente pretende alcançar como objetivo de sua ação, o meio e o resultado necessários para alcançar esse objetivo, bem como o resultado possível que assumiu o risco de produzir<sup>26</sup>.

O elemento cognitivo, por sua vez, consiste na representação, o conhecimento da ação e das circunstâncias previstas na incriminação do fato, do resultado, e da correspondente relação de causalidade<sup>27</sup>. Em outras palavras, o elemento cognitivo do dolo exige do autor o conhecimento acerca dos elementos objetivos que integram um determinado tipo penal.

Portanto, existe uma ordem entre os elementos, pois o elemento volitivo depende do elemento cognitivo prévio, uma vez que todo querer pressupõe um conhecer<sup>28</sup>. Por isso, o conhecimento precede à vontade, funcionando como uma moldura, pois só poderá haver a manifestação da vontade depois que o contexto fático for representado pelo agente.

Embora esses conceitos estejam cristalizados há muito na literatura especializada, muito se tem debatido na doutrina acerca da real necessidade do elemento volitivo para identificação do dolo na conduta, sob o fundamento que o querer não é passível de valoração, mas só o saber. Desse modo, bastaria avaliar todas as circunstâncias da conduta que cerca o sujeito ativo, ou seja, a sua representação e o perigo ao bem jurídico provocado pela conduta, para afirmar se seu comportamento foi doloso ou não.

Em razão dos limites da presente abordagem, não será possível discorrer longamente sobre a questão. Em todo caso, para elucidar a precisa problemática deste artigo, será utilizado o conceito volitivo de dolo, como exposto acima, haja vista a sua ampla utilização pela doutrina brasileira<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral/ 12ªed., rev por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 172.

<sup>27</sup> Idem. p. 171.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. - Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 433.

<sup>29</sup> Pelo que se extrai da literatura especializada, apenas dois autores defendem a adoção de uma teoria cognitiva do dolo, são eles Eduardo Viana (VIANA, Eduardo, Dolo como compromisso cognitivo/ Eduardo Viana – 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017) e Márcio Schelee Gomes (GOMES, Márcio Schlee, Dolo: cognição e risco: avanços teóricos/ Márcio Schlee. Op. Cit., p., 2019).



Por outro lado, há um debate doutrinário que é indispensável para aquilo que propõe a presente investigação. Trata-se da necessidade de normatização do dolo, defendida por quase todos recentes teóricos que se dedicam ao estudo sobre a imputação subjetiva, sejam os adeptos à teoria volitiva, sejam os adeptos à teoria cognitiva.

### **3.1 A normatização do dolo: a teoria dos indicadores externos como vetor orientador**

A normatização do dolo aparenta ser o centro de gravidade na discussão a respeito da imputação subjetiva. Essa concepção defende que o dolo é produto de uma valoração, derivando de um processo de atribuição de sentido, que deve ser justificado a partir de elementos concretos acerca da conduta do agente. Por conseguinte, tem-se como irrelevante descrever um determinado estado mental do agente quando praticava um delito para afirmar se a conduta criminosa foi dolosa.

Na esteira das lições de PÉREZ, para determinar se uma ação foi intencional não é necessário “atender a inverificáveis processos mentais que residem no fundo da alma, a desejos e propósitos, mas – conforme parâmetros normativos – ao dado de se na ação realizada se põe ou não de manifesto um compromisso de atuar por parte do autor<sup>30</sup>”.

Nesse sentido, necessário recorrer à chamada teoria dos indicadores externos, formulada por HASSEMER, a qual concebe o dolo (vontade e consciência) enquanto elemento interno do ser. Além do mais, compreende que a única forma de deduzir o interno é a partir do externo, pois são as circunstâncias externas que darão forma ao dolo<sup>31</sup>. Veja-se, portanto, que a teoria une uma dimensão material e uma dimensão processual do dolo.

A teoria dos indicadores externos parte da premissa de que o dolo escapa ao campo de contemplação do observador, não podendo ser descrito, pelo que, a aproximação do tema deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> PÉREZ, Carlos Martínez- Buján In BUSATO, Paulo César. Dolo e direito penal: modernas tendências/ coordenador Paulo César Busato. – 3ª ed. – Florianópolis-SC: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 41.

<sup>31</sup> HASSEMER, Winfried. *Los elementos características del dolo. Tradução de María del Mar Díaz Pita. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1999, p. 909-931.* Disponível em: <<https://bit.ly/2GZtMiS>>. Acesso em: 02/03/2022

<sup>32</sup> Idem.



HASSEMER, entretanto, não desenvolve as especificidades dos indicadores, sendo impossível descrever um método pelo qual seria suficiente subsumir o caso ao método e obter a resposta acerca do dolo<sup>33</sup>. O próprio autor adverte a necessidade de manter aberto o catálogo para abarcar as características do caso concreto, para não incorrer no equívoco de tentar descobrir o dolo por subsunção<sup>34</sup>. De todo modo, ele dá uma pista fundamental para a valoração do dolo, que é a necessidade de observar as circunstâncias externas para afirmar o fenômeno interno, o dolo do agente<sup>35</sup>.

Por fim, embora a teoria apresentada por HASSEMER aparente certo grau de sofisticação, é preciso dizer que tal formulação é bastante simples, dado que não seria racional punir fundamentando no que se supôs que passou pela cabeça do agente no momento do delito, vez que esta informação é impossível de ser obtida. O que resta, portanto, é deduzir o dolo a partir de circunstâncias objetivas do caso concreto.

HUNGRIA, a propósito, ensinava na década de 1950 que “já que não se pode devassar o foro interno, tem-se de presumir o dolo quando as circunstâncias externas (meios empregados, relação entre o resultado e a ação, motivos averiguados, ocasião, conduta do agente antes, durante e depois do fato etc.) indicarem que o agente não podia ter deixado de querer o resultado<sup>36</sup>”.

Fixadas as premissas (em primeiro lugar, que os elementos do dolo são consciência e vontade e, em segundo lugar, que esses elementos só podem ser demonstrados a partir da identificação dos indicadores externos da conduta), passaremos à análise do crime de lavagem de capitais. Com isso, pretende-se, ao

---

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> COSTA, Pedro Jorge, Dolo penal e sua prova/ Pedro Jorge Costa – São Paulo: Atlas, 2015 – (Coleção Ciência Criminal Contemporânea; v. 3/ Cláudio Brandão, coordenador), p.144.

<sup>35</sup> No âmbito da criminalização da lavagem de capitais, podemos enxergar os reflexos da teoria dos indicadores externos de Winfred Hassemer em duas normativas internacionais sobre o tema. Na Nota Interpretativa da Recomendação nº. 3 do GAFI (Grupo de Atuação Financeira Internacional), item 7, “a”, que prevê a “possibilidade de o elemento intencional [dolo do crime de lavagem de capitais] ser deduzido a partir de circunstâncias factuais objetivas”. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em: 21/04/2021. Em igual sentido prevê o artigo 1.6 da Directiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=PT>. Acesso em: 21/04/2021. apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 131.

<sup>36</sup> HUNGRIA, Nelson, Comentários ao código penal, volume I, tomo II; V; IX/ Nelson Hungria. – 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 154.



término do trabalho, delimitar o que os indicadores externos devem apontar, a fim de que seja possível identificar a conduta dolosa.

#### 4 Lavagem de dinheiro, objetivamente. O que é lavar dinheiro?

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 prevê que pratica lavagem de dinheiro aquele que “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Nos dois parágrafos subsequentes, agregou-se ao *caput* uma série de condutas (adquirir, receber, trocar, negociar, guardar, movimentar, transferir etc<sup>37</sup>) que tendem a realizar a conduta nuclear do tipo (ocultar ou dissimular a origem espúria de um bem). Contudo, o legislador não indicou que tais condutas são relevantes apenas se realizarem com o propósito de dissimulação e ocultação da origem do capital ilícito.

A redação do crime de lavagem de dinheiro, como dito anteriormente, é orientada por uma lógica distinta da usual técnica legislativa de construção de tipos penais no Brasil. O aludido injusto foi elaborado com base nas diretrizes internacionais dos tratados de “combate às drogas”, incorporando a técnica legislativa norte-americana ao formular um delito de intenção<sup>38</sup>, em que se une uma ação (adquirir, receber, converter) a um objetivo (para ocultar ou dissimular a origem ilícita do capital).

Para compreender a natureza da lavagem de dinheiro, é possível fazer um paralelo com o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), que se materializa quando o sujeito ativo pratica condutas como remeter, preparar, adquirir,

---

<sup>37</sup> (...) § 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.

<sup>38</sup> “Fazer alguma coisa com a finalidade específica de lavar dinheiro”. A partir de uma breve análise dos crimes do ordenamento norte-americano será possível observar com frequência a locução “*with the intent*” na descrição de condutas incriminadas.



oferecer, ter em depósito, transportar, guardar, prescrever, entre outras<sup>39</sup>, desde que estas estejam vinculadas com o propósito de comercialização de drogas ilícitas.

Tal cotejo lógico-sistemático se faz necessário, pois a interpretação literal do delito, especialmente das hipóteses do § 1º e § 2º, permite à criminalização de atos preparatórios da lavagem e de condutas do cotidiano (neutras) desvinculadas do propósito do crime de lavagem de capitais. Por exemplo, tem-se a dissimulação da origem ilícita de um determinado ativo, em que há movimentação de dinheiro ilícito (como exemplo, a compra de um bem ou a contratação de um serviço mediante pagamento de dinheiro oriundo de atividade criminosa).

Por isso da advertência de TAVARES e MARTINS, no sentido de que as disposições do §1º e §2º, devem ser interpretadas em consonância com o *caput*, uma vez que tais hipóteses não podem estar dissociadas da essência do delito: a dissimulação da origem de bens ou valores providos de um delito antecedente<sup>40</sup>. Para ilustrar esse raciocínio, os autores questionam se algumas situações cotidianas constituiriam crime de lavagem de dinheiro:

pedir dinheiro emprestado a alguém que cometeu um crime e utilizá-lo para fazer compras de supermercado já significa converter o valor em lícito? E emprestar o dinheiro e devolvê-lo dois dias depois? Pagar uma consulta médica com o dinheiro retirado da conta comum com o cônjuge infrator realiza o tipo penal? Considerar que o mero depósito de dinheiro em conta bancária já consistiria na atividade de conversão em ativos lícitos, como pretende parte da doutrina, de mostra o grau de abertura do tipo penal, até porque o simples depósito em conta jamais poderá equiparar-se a um ato

<sup>39</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

<sup>40</sup> TAVARES, Juarez; MARTINS, Antônio. Lavagem de dinheiro: fundamentos e controvérsias – 1ª. Ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 123.



de conversão: o dinheiro não perde sua natureza se estiver em conta bancária ou debaixo do colchão<sup>41</sup>.

Nesse sentido, a conduta objetivamente proibida é a dissimulação da origem ilícita de bens ou valores auferidos através de atividade ilícita, o que ocorre por meio de manobras fraudulentas envolvendo capital de origem ilícita ou a transformação das suas características, por meio de alternância de titularidades, atos de disposição dos bens que sejam de algum modo irracionais sob uma perspectiva lógica/mercadológica para a condução ordinária de um negócio, de modo a evidenciar um desvio da atividade lícita de um profissional, ou transações que sejam, desde o início, conduzidas por meios ilegais/fraudulentos<sup>42</sup>.

Em outras palavras, a essência do crime de lavagem de capitais está na pretensão do agente de justificar um enriquecimento ilícito, criando respostas “mentirosas” (contrafação de documentos, simulação de operações comerciais etc.<sup>43</sup>) para legitimar um determinado incremento patrimonial perante às autoridades fiscalizadoras.

Por isso, o crime em análise passa necessariamente por uma estratégia fraudulenta para induzir em erro as autoridades, em que o sujeito ativo, assim como no crime de estelionato (art. 171 do CP), precisa utilizar-se de “artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento” para a consecução do crime.

Por fim, ainda no campo descritivo da lavagem, o núcleo da proibição é o verbo “dissimular”, pois o que orienta a configuração do crime de lavagem de capitais é o comportamento que objetivamente subjaz às condutas de lavagem, nomeadamente a dissimulação ou ardil necessários para a produção de uma sequência de transações que seja minimamente compatível com a finalidade de dissimulação da origem ilícita<sup>44</sup>.

Desse modo, a ocultação só é relevante para a caracterização do crime de lavagem se for compreendida como etapa anterior à dissimulação. Consequentemente, deve-se discernir o crime de lavagem daquela conduta de quem comete um crime e esconde debaixo da sua cama o dinheiro obtido com a empreitada criminosa, e, portanto, oculta o bem do ponto de vista objetivo, mas não

---

<sup>41</sup> Idem, p. 119.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., p. 71.

<sup>43</sup> Idem, p. 68.

<sup>44</sup> Idem, p.70.



realiza a tipicidade do crime de lavagem, porquanto ausente o contexto de reciclagem do capital<sup>45</sup>.

### **5 Tipicidade subjetiva da lavagem de capitais: conhecimento acerca dos elementos objetivos do tipo e conduta compatível com o propósito de dissimular a origem ilícita do capital**

Para inferir a tipicidade subjetiva do crime de lavagem de dinheiro, é preciso demarcar quais são os elementos objetivos que o constituem, uma vez que é necessário demonstrar a consciência/representação do agente em relação a essas elementares.

PITOMBO destaca que integram o dolo típico da lavagem de dinheiro: conhecer os bens; a ocorrência do crime antecedente; e a relação entre tais bens e o crime antecedente<sup>46</sup>, de modo que o agente precisa saber da natureza espúria dos bens (elemento cognitivo) e, mesmo assim, querer praticar a ação típica (elemento volitivo).

Posto isto, duas questões assumem maior relevância quanto a tipicidade subjetiva do crime de lavagem de capitais.

#### **a) O elemento cognitivo do tipo**

A primeira se refere ao conhecimento do agente de que os bens, valores ou ativos que movimentou são provenientes de uma conduta criminoso, uma vez que é indispensável a comprovação do conhecimento do autor acerca da origem dos valores. Essa premissa decorre da condição de ilícito relacional da lavagem de capitais, cuja existência passa, necessariamente, pelo reconhecimento de uma ilicitude penal prévia<sup>47</sup>, eis que o próprio desvalor do crime se fundamenta na existência do delito antecedente.

É em razão dessa acessoriedade material do crime de lavagem de capitais que se exige do autor o conhecimento sobre o crime antecedente, os seus proveitos e relação de causalidade entre si. Isso significa dizer que não é só o delito antecedente que deve ser cabalmente demonstrado, mas também o conhecimento

---

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Op. Cit., p. 138.

<sup>47</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. O problema da autonomia na lavagem de dinheiro. Breves notas sobre os limites materiais do ilícito-típico à luz da legislação brasileira. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 51-79, jul./set.. 2019.p.26-27.



do sujeito ativo da lavagem quanto à atividade criminosa que redundou no bem material que é lavado.

Sobre o detalhamento do delito antecedente na acusação formal como condição para o reconhecimento da lavagem de capitais, TAVARES e MARTINS sugerem que “se o crime de lavagem pressupõe um delito antecedente, este deve ser descrito de modo exaustivo pelo Ministério Público<sup>4849</sup>”.

Não se pode exigir, porém, que o autor do crime de lavagem tenha conhecimento sobre todos os detalhes do delito antecedente. Contudo, para contemplar o elemento cognitivo do tipo (o conhecimento do delito anterior), deve-se comprovar tanto que o autor sabia de qual atividade ilícita os bens foram originados, isto é, qual o crime antecedente (corrupção passiva, tráfico de drogas, estelionato etc.), como também que sabia em que contexto o injusto se deu (local, vítima, se houver etc.)<sup>50</sup>.

Evidentemente que não se exige a certeza do conhecimento do sujeito ativo em relação às elementares do delito de lavagem de capitais, eis que tal pretensão é incompatível com a sistemática processual penal brasileira, notadamente no que se refere à valoração probatória. Certeza ou verdade absoluta, como ensina TARUFFO, “não pertencem ao mundo das coisas humanas, e, do mesmo modo, evidente é que não pertencem ao mundo da justiça e do processo<sup>51</sup>”.

Para a configuração do crime de lavagem de capitais, em consonância com o que está ao alcance do direito processual penal, deve-se extrair da conduta do sujeito ativo uma elevada probabilidade que este conhecia as circunstâncias dos ativos que estava movimentando<sup>52</sup>. Nesse sentido, JENIFFER BADARÓ entende que:

Aplicando o conceito de dolo adotado para o conhecimento da proveniência ilícita dos bens, exige-se que haja uma elevada probabilidade de que o bem, o direito ou valor seja de proveniência ilícita. Esta alta probabilidade deve ser constatada por meios objetivos, através dos quais se possa concluir que

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Segundo os referidos autores, os “indícios do crime antecedente” (§ 1º do artigo 2º da Lei 9.613/98) são suficientes para contemplar o standard probatório da decisão que recebe a denúncia, o que não desobriga o órgão de acusação a descrever de maneira exaustiva a atividade criminosa que originou os valores lavados.

<sup>50</sup> BONFIM, Márcia Monassi Mougnot; BONFIM, Edilson Mougnot. Lavagem de dinheiro 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54 apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APn 470 (parecer). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 478.

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele. Simplement la verdad: el juez y la construcción de los hechos. Milão: Giuffrè, 1992 apud CASARA, Rubens Roberto Rebello. Mitologia Processual Penal. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

<sup>52</sup> Ou como alguns preferem, deve haver prova que o sujeito detinha conhecimento *para além da dúvida razoável*.



um sujeito que pensa e age racionalmente, diante daquele bem, direito ou valor, deveria supor que tivesse origem ilícita<sup>53</sup>.

Em outro flanco, porém, ainda sobre o nível de conhecimento do agente sobre os elementos objetivos do tipo, é preciso referir, ainda que brevemente, sobre a possibilidade de imputação por lavagem de capitais à título de dolo eventual, uma vez que essa já ecoara no sistema de justiça criminal, embora de forma pontual.

Como dito acima, caracteriza-se a lavagem por demandar do sujeito ativo um elemento especial do tipo (dolo específico): converter, adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, ter em depósito, movimentar, transferir, importar, exportar, utilizar etc., com a finalidade específica de lavar dinheiro. O elemento especial do tipo, ou dolo específico, é incompatível com a modalidade de dolo eventual, eis que a existência do especial fim de agir impõe que a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de violar a norma incriminadora, razão pela qual o tipo penal somente pode ser cometido com dolo direto<sup>54</sup>.

BOTTINI, analisando de forma lógico-sistêmica os tipos legais que pressupõem a ciência de um estado/fato/circunstância anterior para sua configuração, como os crimes de perigo de contágio venéreo<sup>55</sup>, de receptação qualificada<sup>56</sup> e de excesso de exação<sup>57</sup>, constata que, em todos esses tipos legais há a locução “sabe ou deveria saber”, o que evidencia que a hipótese é punível a

---

<sup>53</sup> BADARÓ, Jennifer Falk. Dolo no crime de lavagem de dinheiro. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p.175.

<sup>54</sup> A título de ilustração, Rogério Greco ao analisar o crime previsto no art. 131 do CP (perigo de contágio de moléstia grave) analisa que: “Trata-se de infração eminentemente dolosa, cujo tipo penal exige um especial fim de agir, vale dizer, a prática de ato com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado. Poderá ser praticado com dolo eventual? Entendemos que não, pois a existência do especial fim de agir demonstra que o tipo penal somente pode ser cometido com dolo direto. A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida finalisticamente no sentido de transmitir a moléstia grave de que está contaminado (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 11ª ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 321).

<sup>55</sup> Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de *que sabe ou deve saber* que está contaminado: (grifei)

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

<sup>56</sup> Art. 180 (...) Receptação qualificada. § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, *coisa que deve saber ser produto de crime*: (grifei)

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa

<sup>57</sup> Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social *que sabe ou deveria saber* indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: (grifei)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.



título de dolo direto (quando o autor sabe), mas também o é a título de dolo eventual (quando o autor deveria saber)<sup>58</sup>.

Como o tipo penal de lavagem de capitais também demanda uma circunstância anterior (proveniência ilícita dos bens), mas não indica a expressão “devendo saber”, como fazem os outros tipos penais apontados, entende-se que a ausência dessa menção expressa ao dolo eventual aponta para a impropriedade desta modalidade<sup>59</sup>.

#### **b) O elemento volitivo do tipo**

A segunda questão relevante para a imputação subjetiva do crime de lavagem se refere ao ato de dissimular: se determinada movimentação de ativos de origem ilícita é idônea para desvinculá-los de seu passado obscuro, conferindo aparência lícita na economia formal.

Daí a necessidade, de que as ações perpetradas pelo agente visando à reintrodução no mercado de valores provenientes do crime, como se lícitos fosse, sejam mais do que o mero possuir, guardar ou usufruir das vantagens patrimoniais auferidas através da prática delitiva anterior, ainda que, por razões óbvias, evite-se ostentar a sua origem delitiva<sup>60</sup>.

Isso implica uma exigência de sofisticação do mecanismo utilizado para dissimular, de modo que as movimentações financeiras não podem redundar da mera manutenção dos bens de origem ilícita, como, por exemplo, esconder o dinheiro, depositar de forma fracionada na própria conta corrente ou até mesmo utilizar os valores de origem ilícita para compras de bens lícitos<sup>61</sup>.

Para a configuração da lavagem de dinheiro, como orienta DE CARLI, deve-se considerar o conjunto de operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam, pois na lavagem o agente não utiliza instrumentos em si ilegais. O que diferencia a lavagem de uma atividade legal é o fato de que, nela, o ato ou negócio jurídico não tem o conteúdo esperado, uma vez que os procedimentos são

<sup>58</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Op. Cit., p. 134.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. Cit, p. 62.

<sup>61</sup> Isso sem falar nos casos em que a vantagem ilícita, por exemplo, do crime de corrupção é entregue a algum “laranja” do sujeito ativo do crime antecedente (normalmente parentes), de modo que não há o que se falar em ocultação do bem, mas sim o recebimento de propina por interposta pessoa (recebimento indireto), configurando, assim, o exaurimento do delito de corrupção passiva, não havendo o que se falar em crime de lavagem de capitais na hipótese.



orientados por finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico, resultando em operações “nonsense” de acordo com os critérios mercadológicos<sup>62</sup>.

De igual maneira, BOTTINI entende que “a dissimulação é um ato um pouco mais sofisticado do que o mascaramento original”, constituído a partir de “um conjunto de idas e vindas no círculo financeiro ou comercial que atrapalha ou frustra a tentativa de encontrar sua ligação com o ilícito antecedente”:

Dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores. É um ato um pouco mais sofisticado do que o mascaramento original, um passo além, um conjunto de idas e vindas no círculo financeiro ou comercial que atrapalha ou frustra a tentativa de encontrar sua ligação com o ilícito antecedente. *São exemplos de dissimulação as transações entre contas correntes no país ou no exterior em nomes de terceiros, a movimentação de moeda via cabo para estruturas nas quais o beneficiário não é claramente identificado, a compra e venda sequencial de imóveis por valores artificiais, a efetuação de retro empréstimos – empréstimos simulados em que o tomador é o real titular da soma que obteve por meios ilícitos -, sempre com o intuito de conferir revestimento ou aparência de legitimidade aos bens de origem maculada. (...) A mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação, não configura o tipo do caput. Assim, se o agente utiliza o capital precedente da infração para comprar um imóvel, bens, ou o deposita ou transfere para conta corrente, no Brasil ou no exterior, em seu próprio nome, ou em empresas, fundações ou trusts nas quais consta abertamente como instituidor, não existe o crime em discussão (grifei)<sup>63</sup>.*

OLIVEIRA defende que, para a configuração da lavagem de dinheiro, é necessário identificar um processo caracterizado por “manobras fraudulentas com capital de origem ilícita ou a transformação das suas características, a alternância de titularidades, atos de disposição dos bens que sejam de algum modo irracionais para uma transação financeira ou para a condução normal de um negócio, que representem um desvio na atividade lícita de um profissional, ou transações que sejam, desde o início, conduzidas por meios ilegais e fraudulentos<sup>64</sup>”.

Isto é, a dissimulação da lavagem de dinheiro precisa seguir uma estratégia que se dá por meio de um elemento fraudulento, um mecanismo capaz de convencer as pessoas físicas e jurídicas elencadas no artigo 9º da Lei 9.613/98, que

<sup>62</sup> DE CARLI, Carla Veríssimo. Op. Cit.83.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit, p. 71.



possuem a obrigação de comunicar às autoridades públicas operações suspeitas que indiquem uma possível prática de lavagem de dinheiro

Nesse sentido, parece oportuno o paralelo com o crime de estelionato, em que o sujeito ativo obtém uma vantagem ilícita em prejuízo alheio “induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Na lavagem de capitais, exige-se, igualmente, uma forma fraudulenta para induzir em erro o banco ou qualquer outro dos sujeitos obrigados que a operação provém de ativos de origem lícita.

Em conclusão, no que concerne ao elemento volitivo, o essencial é delimitar qual é a estratégia de manobras fraudulentas com o capital ilícito, cujo propósito é dissimular a sua origem espúria e se tal estratégia é idônea para tanto.

## **6 Considerações finais: a imputação subjetiva na lavagem de capitais e a teoria dos indicadores externos de Hassemer. O que os indicadores externos da conduta praticada pelo agente do crime de lavagem de capitais devem indicar?**

Como visto ao longo deste artigo, o dolo, a partir de uma concepção normativista, demanda a valoração das circunstâncias objetivas que integram a conduta do agente criminoso para concluir se a conduta foi dolosa ou não.

A partir dessa constatação, HASSEMER formulou a teoria dos indicadores externos, segundo a qual é preciso identificar indicadores externos da conduta para deduzir algo interno do ser, como consciência e vontade.

Tendo em vista o escopo do presente trabalho, questiona-se: o que os indicadores externos da conduta praticada pelo agente do crime de lavagem de capitais devem indicar? Quais são as premissas que devem ser formuladas para orientar a atividade probatória voltada a afirmar o dolo do crime de lavagem de capitais<sup>65</sup>?

Conforme exposto nos tópicos anteriores, as questões relevantes para identificação do dolo no crime de lavagem de capitais a partir da inferência dos indicadores externos da conduta do sujeito ativo são: (i) o conhecimento do agente

---

<sup>65</sup> Verifica-se que tais formulações convergem com a legislação internacional sobre lavagem de capitais, notadamente no âmbito de *soft law* (recomendações, diretrizes etc), que sugere que o “elemento intencional [do crime de lavagem de capitais] deve ser deduzido a partir de circunstâncias factuais objetivas” (Ver Recomendação n.º. 3, item 7, “a”, do GAFI (Grupo de Atuação Financeira Internacional) e o artigo 1.6 da Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu. A primeira disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em: 21/03/2022. A segunda disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=PT>. Acesso em: 21/03/2022.



acerca da elevada probabilidade de que o bem, direito ou valor que movimentou provém de origem ilícita; e (ii) a capacidade de que, com as suas condutas, poderá dissimular a origem do bem, direito ou valor, de maneira que as ações do agente são idôneas para burlar a fiscalização estatal.

#### **a) Em busca dos indicadores externos da lavagem de capitais**

Seguindo a lição de ROXIN de que “o dolo não está na cabeça do autor, mas sim na cabeça do juiz<sup>66</sup>”, e a de HASSEMER, no sentido de que, para valorar o dolo, aprende-se muito mais com a jurisprudência do que com a doutrina, pois é naquela onde se aplicam as formas às peculiaridades do caso concreto e onde se encontram dados observáveis, faz-se necessário observar quais são os indicadores externos utilizados pelos tribunais para a constatação da tipicidade subjetiva da lavagem de capitais.

HASSEMER já dizia que a sua teoria, que constitui o marco teórico deste artigo, só pode ser aplicada casuisticamente, sendo indispensável analisar a jurisprudência para verificar quais são os critérios ou fatores determinantes no processo de inferência do dolo feita por aqueles que dão concretude aos problemas dogmáticos<sup>67</sup>.

BLANCO COREDEIRO, em obra específica sobre a lavagem de capitais, alerta que, com base na experiência adquirida pelos operadores jurídicos espanhóis nas investigações sobre lavagem de capitais, as principais dificuldades enfrentadas são: a) determinar a origem criminosa dos bens, ou seja, evidenciar a conduta criminosa que gerou os bens, e b) o conhecimento dessa origem pelo sujeito ativo (elemento cognitivo do dolo no crime de lavagem de capitais)<sup>68</sup>.

Ainda segundo o autor, para responder essas questões, a jurisprudência espanhola concluiu que é preciso recorrer à prova de indícios/prova circunstancial. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal espanhol enumerou os três principais elementos indiciários do dolo do crime de lavagem de dinheiro: a) o incremento inusitado de patrimônio e a existência de operações financeiras manifestamente anômalas; b) inexistência de atividades econômicas ilícitas que justifiquem o

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. *Uber den Dolus Eventualis. Studi in onore di Mario Romano. Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano. Napolina, Itália: Jovene Editore*, 2011, p. 1214. (Tradução livre).

<sup>67</sup> HASSEMER, Winfried. Op. Cit, p. 928/929. (Tradução livre).

<sup>68</sup> CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales. 2ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.*, 2002, p. 394.



aumento patrimonial inusitado, posse de quantias incomuns em dinheiro (papel-moeda) ou transferências de propriedade de bens titularidade) anômalas; e c) verificação de relações com pessoas implicadas em práticas ilícitas<sup>69</sup>.

Além desses elementos indiciários, a jurisprudência espanhola se refere a outras circunstâncias indicativas do dolo da lavagem de capitais, a saber: a movimentação de quantias inusitadas de dinheiro, a ausência de negócios legais que justifiquem tais rendimentos, o uso de empresas fictícias sem qualquer atividade econômica, especialmente quando localizadas em paraísos fiscais, a existência de “laranjas”, pessoas sem real disponibilidade econômica sobre os bens que estão sob sua titularidade, a existência de lançamentos irregulares nos livros contábeis, o fracionamento de depósitos bancários para dissimular o seu valor, o uso de documentos falsos em que se verificam importações inexistentes, a simulação de negócios ou operações financeiras que não correspondem à realidade, a existência de comissões desproporcionais por parte dos intermediários etc.<sup>70</sup>.

Na jurisprudência brasileira, o cenário não é muito distinto, como aponta a pesquisa de LUIZA MARTINS na FGV-SP, intitulada “Tipicidade subjetiva no direito penal econômico: análise do dolo eventual na lavagem de dinheiro na perspectiva dos Tribunais Regionais Federais<sup>71</sup>”. Ao término da pesquisa, a autora, a partir da análise de 146 acórdãos coletados nos sítios eletrônicos oficiais dos Tribunais Regionais Federais brasileiros, identificou quais são os principais indicadores externos utilizados para afirmar o dolo na lavagem de capitais, incluindo tanto as hipóteses de dolo direto, como de dolo eventual.

Conforme MARTINS, os indicadores externos utilizados para demonstrar a consciência e vontade do agente de praticar o crime de lavagem de dinheiro devem se dirigir aos três elementos normativos da lavagem de capitais: a) origem ilícita dos bens, direitos ou valores; b) os atos de ocultação ou dissimulação; e c) a realização do resultado típico<sup>72</sup>.

Em relação ao primeiro, acerca da existência de circunstâncias seguras a partir das quais se possa afirmar que o indivíduo tinha conhecimento da elevada

---

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> Idem, p. 395/396

<sup>71</sup> MARTINS, Luiza Farias. Tipicidade subjetiva no direito penal econômico: análise do dolo eventual na lavagem de dinheiro na perspectiva dos Tribunais Regionais Federais. – 2021. 155 f. Orientadora: Heloisa Estellita. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

<sup>72</sup> Idem, p. 125



probabilidade de que os bens tenham proveniência ilícita, expõe a autora que os indícios devem ter relação com as circunstâncias que envolvem o ilícito antecedente ou com a factual probabilidade de sua ocorrência: conhecimento, ainda que relativo, do contexto da prática do delito antecedente naquela situação específica<sup>73</sup>, como exemplo:

Ciência da existência de tratativas para pagamento de propina, a ciência do envolvimento do indivíduo em fatos ilícitos anteriores daquela natureza ou de forma reiterada, a incompatibilidade patrimonial dos recursos manejados com a capacidade do indivíduo, o montante envolvido e o seu contexto, a experiência e as vivências do agente, a estrutura da relação em que ocorrida a prática, considerando a possível existência de hierarquia, e/ou confiança, a quantidade de informações transmitidas ao agente, se transmitidas, e o seu nível de envolvimento com o contexto ilícito no geral<sup>74</sup>.

Quanto aos atos de ocultação ou dissimulação (item b), precisamente sobre a capacidade de que, com as suas condutas, o agente poderá dissimular a origem do bem, direito ou valor, MARTINS sugere que a análise deva ser “centrada nos mecanismos empregados para manejo dos recursos, tais como: a utilização de interpostas pessoas (“laranjas”), a emissão de notas fiscais sem lastro e formulação de contratos sem a efetiva prestação de serviços, depósitos e saques fracionados, a utilização de estrutura *offshore* em nome de terceiros, o empréstimo de contas bancárias etc.”<sup>75</sup>.

No que concerne à realização do resultado típico, MARTINS sustenta que, considerando a identificação e a intensidade dos indicadores que já tenham sido reunidos, o presente elemento possui um caráter complementar, devendo-se observar o objetivo do agente, ou seja, o motivo da prática da conduta, como exemplo:

A prestação de auxílio para terceiros (amigos, parentes, colegas), a relação envolvida (de confiança, profissional, afetiva, familiar), a natureza de atuação, que pode figurar como mera realização de atividade regular (utilização, transferência, aquisição de bens), a duração ou a repetição da prática e até mesmo a observância do binômio benefício/prejuízo ao agente<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> Idem, p. 126.

<sup>76</sup> Idem.



Por fim, cabe advertir, como o faz MARTINS, que os indicadores externos mencionados acima servem apenas para auxiliar na constatação da tipicidade subjetiva na lavagem de capitais<sup>77</sup> e devem ser determinados de forma cumulativa e em intensidade suficiente para configuração dolosa do delito<sup>78</sup>.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Jennifer Falk. Dolo no crime de lavagem de dinheiro. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BONFIM, Márcia Monassi Mougnot; BONFIM, Edilson Mougnot. Lavagem de dinheiro 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54 apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APn 470 (parecer). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 110.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-book.

CARVALHO, Salo. Política de Drogas: mudanças e paradigmas. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63 (edição especial).

CASARA, Rubens Roberto Rebello. Mitologia Processual Penal. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CORDERO, Isidoro Blanco. El delito de blanqueo de capitales. 2ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2002.

COSTA, Pedro Jorge, Dolo penal e sua prova/ Pedro Jorge Costa – São Paulo: Atlas, 2015 – (Coleção Ciência Criminal Contemporânea; v. 3/ Cláudio Brandão, coordenador).

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O problema da autonomia na lavagem de dinheiro. Breves notas sobre os limites materiais do ilícito-típico à luz da legislação brasileira. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 51-79, jul./set. 2019, p.26-27.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro – Ideologia da criminalização e análise do discurso. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

---

<sup>77</sup> Idem, p. 125.

<sup>78</sup> Idem.



DIETER, Maurício Stegemann. IAB [Instituto dos Advogados Brasileiros] - Lei de Lavagem de dinheiro - 20 anos depois. Rio de Janeiro-RJ, 2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=6\\_r5Y4YMwHw&t=3880s](https://www.youtube.com/watch?v=6_r5Y4YMwHw&t=3880s)

ENGLISH, T.J. Noturno de Havana: como a máfia conquistou Cuba e a perdeu para a revolução. São Paulo: Seoman, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral/ 12ªed., rev por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Márcio Schlee, Dolo: cognição e risco: avanços teóricos/ Márcio Schlee Gomes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HUNGRIA, Nelson, Comentários ao código penal, volume I, tomo II; V; IX/ Nelson Hungria. – 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

HASSEMER, Winfried. Los elementos características del dolo. Tradução de María del Mar Díaz Pita. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1999, p. 909-931. Disponível em: <<https://bit.ly/2GZtMiS>>. Acesso em: 02/03/2022.

MAFRA, Antenor. O crime de lavagem de dinheiro: uma análise da tipicidade do delito à luz da teoria do conflito aparente de normas. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2020.

MALAN, Diogo. Megaprocessos e direito de defesa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 159, ano 27, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

MARTINS, Luiza Farias. Tipicidade subjetiva no direito penal econômico: análise do dolo eventual na lavagem de dinheiro na perspectiva dos Tribunais Regionais Federais. – 2021. 155 f. Orientadora: Heloisa Estellita. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. – 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PÉREZ, Carlos Martínez- Buján In BUSATO, Paulo César. Dolo e direito penal: modernas tendências/ coordenador Paulo César Busato. – 3ª ed. – Florianópolis-SC: Tirant Lo Blanch, 2019.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 162. ano 27. p. 145-170, São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

ROXIN, Claus. Uber den Dolus Eventualis. Studi in onore di Mario Romano. Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano. Napolina, Itália: Jovene Editore, 2011.

STRANGE, Susan. Cave! Hic dragones: a critique of regime analysis. International Organization, Vol. 36, n. 2. Spring 1982, p. 479-496.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TARUFFO, Michele. Simplement la verdad: el juez y la construcción de los hechos. Milão: Giuffre, 1992.



TAVARES, Juarez; MARTINS, Antônio. Lavagem de dinheiro: fundamentos e controvérsias. – 1ª. Ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación “antidrogas” latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario. In Fascículos de Ciências Penais, v. 3, nº 2. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. - Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 2015.



## INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS E PROCESSO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE USO DO SOFTWARE ESPÃO COMO PROVA E SEU APROVEITAMENTO NO PROCESSO JUDICIAL

### INVESTIGACIONES CORPORATIVAS Y PROCESO PENAL: UN ESTUDIO SOBRE LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR EL SOFTWARE ESPÍA COMO PRUEBA Y SU USO EN EL PROCESO JUDICIAL

Autor: Douglas Rodrigues da Silva\*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo examinar em que condições se pode considerar a licitude do material probatório colhido nas investigações corporativas por intermédio de *softwares* de infiltração virtual, também conhecidos pela alcunha de *software* espão. À vista disso, no afã de melhor compreender o fenômeno do aproveitamento da prova originada em investigações corporativas pelo Estado e seus limites (considerando-se, desde logo, que existem), sobretudo a partir do uso de *softwares* espões, buscar-se-á a compreensão do que se pode entender como infiltração virtual e a forma com a legislação brasileira regulamenta (se é que regulamenta) o seu uso por parte do Estado. Na sequência, após a análise sobre o fenômeno das investigações corporativas e sua constante tensão com as regras tradicionais do processo penal, intentar-se-á apresentar um panorama de validade da prova colhida pela empresa e seu eventual aproveitamento pelos agentes do Estado, em acusações criminais. Por fim, verificar-se-á sobre a possibilidade de uso do *software* espão em investigações corporativas e sobre o uso de seus resultados em eventual processo penal conduzido pelo Estado.

**Palavras-chave:** investigações corporativas; prova; software espão; validade.

**RESUMEN:** El alcance de este trabajo es examinar las condiciones bajo las cuales se puede considerar la legalidad del material probatorio recolectado en investigaciones corporativas a través de software de infiltración virtual, también conocido con el sobrenombre de software espía. Ante ello, en un esfuerzo por comprender mejor el fenómeno del uso de la prueba originada en las investigaciones corporativas por parte del Estado y sus límites (considerando, de entrada, que existen), especialmente a partir del uso de software espía, se intentará a la comprensión de lo que puede ser entendido como infiltración virtual y la forma en que la legislación brasileña regula (si regula) su uso por el Estado. Luego, luego de analizar el fenómeno de las investigaciones corporativas y su constante tensión con las reglas procesales penales tradicionales, se intentará presentar un panorama sobre la validez de las pruebas recaudadas por la empresa y su eventual uso por parte de agentes del Estado, en acusaciones criminales. Finalmente, se verificará la posibilidad de utilizar el software espía en investigaciones corporativas y la utilización de sus resultados en cualquier proceso penal adelantado por el Estado.

---

\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Membro relator da Comissão da Advocacia Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná (OAB/PR). Membro relator da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná (OAB/PR). Advogado Criminal. E-mail: douglas@agcadvogados.com.br.



**Palabras clave:** investigaciones corporativas; prueba; software espía; validad.

## 1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo examinar em que condições se pode considerar a licitude do material probatório colhido nas investigações corporativas por intermédio de *softwares* de infiltração virtual, também conhecidos pela alcunha de *software* espião. O tema se mostra pertinente à medida que se verifica a popularização do uso de instrumentos internos de investigação por parte de empresas – até mesmo como forma de tornar eficaz seu programa de integridade – e a tendência de utilização do material recolhido nesses procedimentos como prova incriminatória pelos agentes do Estado. Ou seja, o desafio reside em entender quais são as prerrogativas da empresa na condição de investigadora ante seus colaboradores (que também são investigados) e o limite de utilização da prova pelo Estado, para fins de instrução de processo penal derivado.

É sabido que os limites probatórios do Estado, quando diante de garantias fundamentais do cidadão, são bastante rígidos – ou, ao menos, deveriam ser –, somente autorizando a intervenção em âmbitos de proteção constitucional, como a privacidade, quando a legislação indica de modo preciso os limites dessa intervenção e, claro, quando ela se mostra proporcional à finalidade pretendida. Problema diferente ocorre quando se olha para a empresa como investigadora. Nesses casos, há nitidamente uma intersecção entre o direito público e privado, criando choques entre as prerrogativas da pessoa jurídica, escoltadas na figura do denominado poder diretivo e fiscalizatório, e as esferas de proteção jurídica dos colaboradores, que, para além de empregados, são também sujeitos de direitos, possuindo expectativas de respeito às suas garantias fundamentais mesmo em searas privadas, como o ambiente laboral. A existência de limites de intervenção e a proporcionalidade, então exigidos do Estado, não se apresentam de modo claro nas relações privadas. E isso torna-se mais complexo quando se autoriza o uso de material colhido por particulares em investigações e processos penais, demandando reflexões profundas sobre os riscos não desprezíveis da “fraude de etiquetas”. Em suma, é preciso que se compreendam os limites de licitude dessa prova.

Em especial, dentro dos limites de cognição deste artigo, é importante entender e analisar criticamente as ferramentas – cada vez mais comuns – de



infiltração virtual à disposição das empresas e o risco de apropriação por parte dos agentes públicos.

À vista disso, no afã de melhor compreender o fenômeno do aproveitamento da prova originada em investigações corporativas pelo Estado e seus limites (considerando-se, desde logo, que existem), sobretudo a partir do uso de *softwares* espíões, buscar-se-á a compreensão do que se pode entender como infiltração virtual e a forma com a legislação brasileira regulamenta (se é que regulamenta) o seu uso por parte do Estado. Na sequência, após a análise sobre o fenômeno das investigações corporativas e sua constante tensão com as regras tradicionais do processo penal, intentar-se-á apresentar um panorama de validade da prova colhida pela empresa e seu eventual aproveitamento pelos agentes do Estado, em acusações criminais. Por fim, verificar-se-á sobre a possibilidade de uso do *software* espião em investigações corporativas e sobre o uso de seus resultados em eventual processo penal conduzido pelo Estado.

Essas são as bases do presente trabalho.

## **2 A infiltração virtual e seus estreitos limites de admissão e licitude: o problema das intervenções em direitos e garantias fundamentais**

A infiltração virtual é tema recorrente nos constantes debates entre os limites de atuação do Estado, diante das garantias fundamentais do cidadão, e as demandas sociais por combate aos modelos atuais de criminalidade organizada. E isso tem razão de ser. Os denominados *softwares* espíões tocam em aspectos sensíveis da proteção da privacidade do cidadão ao mesmo tempo que se apresentam como ferramentas eficazes na colheita de informações relevantes sobre atividades criminosas. O seu funcionamento é relativamente simples: consiste na instalação de um programa informático no aparelho de alguém (como um *smartphone* ou um computador) com a finalidade de extrair informações ali presentes sem o consentimento do seu titular<sup>1</sup>. Contudo, esses programas costumam ser instalados de modo oculto no aparelho, geralmente de forma sub-reptícia – como, por exemplo, pela inserção de *malwares* na máquina –, e permitem o acesso a dados extremamente sensíveis de seu titular. Existem *softwares* espíões que permitem

<sup>1</sup> RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, a. 27, p. 91-139, jun./2019. p. 101.



acesso remoto a câmeras, microfones, aplicativos, localização em tempo real, documentos de texto, imagens e o monitoramento em tempo real do “alvo”, criando uma ampla vantagem informacional em favor de quem tem o domínio da ferramenta intrusiva<sup>2</sup>.

Disso já se consegue imaginar a complicada relação entre essas ferramentas e os limites de interferência do Estado na privacidade do cidadão.

No âmbito da infiltração virtual, por intermédio dos *softwares* de espionagem, o ponto central do debate costuma passar pelos limites de intocabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais. É preciso compreender, como nos alerta Jürgen Wolter<sup>3</sup>, em quais condições a vida privada e a dignidade humana se constituem em barreiras à atividade estatal, sobretudo quando diante de complexas investigações relacionadas à criminalidade organizada, definindo-se dogmaticamente um núcleo estreito de inviolabilidade de uma garantia fundamental e até que ponto se enxerga como legítima uma intervenção estatal que atinja essa garantia. Ou, de modo mais claro, é preciso entender de que maneira se pode considerar lícita uma intervenção em direitos e garantias fundamentais, pois “onde se lê inviolabilidade no texto constitucional (e esse é o termo técnico presente em outras constituições), não se deve compreender intangibilidade (intocabilidade)”<sup>4</sup>, porquanto “ser inviolável não significa ser impassível de intervenções”<sup>5</sup>.

A primeira questão a ser respondida, portanto, está justamente em saber quais são os parâmetros justificáveis de intervenção na vida privada, notadamente por meio do uso de ferramentas intrusivas de espionagem.

## **2.1 As intervenções em direitos e garantias fundamentais e a máxima de que não existem direitos absolutos**

Quando se instaura uma colisão entre direitos e garantias fundamentais, é lugar comum na doutrina e na jurisprudência a afirmativa de que não existem direitos absolutos, ocorrendo, em algumas hipóteses, a preponderância de uma espécie de direitos em detrimento de outros. Contudo, a principal questão reside em

---

<sup>2</sup> RIBOLI, 2019, p. 103-104.

<sup>3</sup> WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Tradução Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 101-108.

<sup>4</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 33.

<sup>5</sup> GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 33.



como tratar essa colisão de direitos e como entender os limites do exercício de um direito.

Convém notar que há circunstâncias nas quais o exercício de um direito fundamental por parte de um titular pode conflitar com o exercício de outro direito, da mesma envergadura, por outro titular. A esse confronto, Canotilho<sup>6</sup>, deu o nome de colisão de direitos fundamentais autêntica. Mas também existem hipóteses em que o conflito não se dá entre direitos fundamentais e seus respectivos titulares, mas entre bens jurídicos constitucionalmente assegurados (como segurança pública, saúde, educação) e o exercício de um direito fundamental por parte do cidadão (como a privacidade, por exemplo). Nesses casos, o que se tem é a denominada colisão de direitos em sentido impróprio. Porém, nas duas circunstâncias, é preciso que se disponha de mecanismos de resolução que indiquem qual direito deve prevalecer nessa situação, compreendendo-se, desde logo, que um deles terá seu exercício limitado.

Em situações envolvendo a colheita de provas por intermédio de métodos ocultos de investigação, como é o caso da infiltração virtual, o conflito costuma se instaurar sob a modalidade imprópria. Ou seja, não se trata propriamente do conflito entre dois titulares de um direito fundamental, mas, sim, entre a defesa de objetos valiosos elencados pelo legislador constitucional e o exercício de um direito por um sujeito. Especificamente, quando se fala na prova do processo penal, surge o argumento de que o interesse público, pautado em premissas de defesa da segurança pública e combate ao crime – até como forma de dar proteção eficiente a tais bens jurídicos –, permite a relativização de direitos fundamentais do investigado, como a privacidade<sup>7</sup>. Como afirmou Antônio Scarance Fernandes<sup>8</sup>, “de um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada”, mas, como também advertiu, “por outro, deve o cidadão ter garantida sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais”. E nesse prisma caberia encontrar uma forma justa de

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1270.

<sup>7</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

<sup>8</sup> FERNANDES, 2010, p. 81.



resolução do conflito a partir da restrição do direito fundamental individual em prol da proteção desse conjunto de bens jurídicos constitucionais.

O caminho tradicional, nesses casos, seria o princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Scarance Fernandes, quando se está diante sobre a possibilidade de admitir determinadas provas no processo penal, “vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição”<sup>9</sup>. Com efeito, partindo-se dessa premissa, aparentemente não seria impossível a admissão de provas oriundas da infiltração virtual no processo penal brasileiro se, na hipótese concreta, se verificasse sua necessidade como forma de assegurar o interesse público no accertamento dos fatos relacionados à acusação criminal. Seria como dizer que “tal direito constitucional não é absoluto e que o mesmo deve ser sopesado no plano do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social”<sup>10</sup>.

Não parece, entretanto, a solução adequada.

Como já advertiu o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 95.009, o simples fato de se reconhecer que direitos fundamentais “não são absolutos” não pode se transformar em “gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia fundamental”<sup>11</sup>. Ou seja, ainda que seja certo que direitos fundamentais não são absolutos – e de fato não são -, é preciso que se compreenda o real significado dessa afirmação, não transformando tal assertiva em simples arranjo retórico de sustentação de decisões arbitrárias. Pois embora não sejam absolutos, os direitos fundamentais também não podem ser enxergados como passíveis de violação. Assim, o que se deve ter em mente, quando se olha para os direitos e garantias fundamentais, é a justificação jurídica de intervenções em determinados aspectos desse direito e em quais condições essa justificativa está presente. Os direitos e garantias fundamentais efetivamente não são absolutos, mas

---

<sup>9</sup> FERNANDES, 2010, p. 83.

<sup>10</sup> BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 179.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 95009**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=95009&classe=HC>. Acesso em: 25 mar. 2023.



“valem até o momento em que não esbarram em justificações que autorizam fazê-los ceder”<sup>12</sup>.

É preciso, pois, saber quando essas intervenções se justificam.

Os direitos fundamentais, como dito, são sempre invioláveis, mas, em certas ocasiões, é possível se vislumbrar um campo legítimo para que possam sofrer intervenções. E aqui é preciso olhar atentamente ao texto constitucional. Determinados direitos fundamentais apresentam no próprio texto as condições em que podem sofrer intervenções. No caso do sigilo das comunicações e a proteção do sigilo da correspondência, v.g., previstos no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, o legislador constituinte apontou como possível a intervenção por intermédio da reserva de jurisdição (só o juiz pode autorizar) e nos termos em que a lei extraconstitucional autorizar. Veja-se que, nesses casos, como nos ensina Marcos Eberhardt<sup>13</sup>, a Constituição não apresentou um espaço para “relativização” de um direito fundamental a partir de exclusiva ponderação do julgador entre direitos que entender maiores ou menores, mas se trata de um limite de intervenção trazido pelo legislador, que, nesse caso, resolveu deixar exposto as condições interventivas na própria redação da norma constitucional, sobretudo vinculando a ação à lei. Nesses casos, se a intervenção seguir estritamente os preceitos interventivos, não há motivos que permitam considerá-la ilegal.

Porém, dúvida surge quando a Constituição não faz essa ressalva expressa. Como indicam Gleizer, Montenegro e Viana<sup>14</sup>, alguns direitos fundamentais têm o seu exercício limitado à lei, mas sem que se faça qualquer reserva legal qualificada em relação a eles – seria uma espécie de reserva legal simples; enquanto outros exigem, em casos de intervenção, uma reserva legal qualificada (caso da interceptação telefônica), sobretudo diante da gravidade da ação interventiva; ao passo que, num terceiro grupo, a norma constitucional não aponta para uma reserva legal ou para exceções interventivas. Pode-se pensar, nesse último caso, que a intervenção estaria justificada na simples ponderação de interesses, sopesando o que se entende como mais afinado ao “interesse público e social”. Ou seja, bastaria o juiz fazer o enfrentamento entre os direitos em debate e

<sup>12</sup> GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 32.

<sup>13</sup> EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 239.

<sup>14</sup> GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 33-35.



decidir qual se sobrepõem, autorizando uma limitação ao outro. Mas essa posição não pode ser acolhida. O fato de determinado direito fundamental não vir acompanhado das hipóteses de intervenção e de uma cláusula que remeta sua licitude à lei extraconstitucional, não torna a reserva de lei desnecessária. Assim como também se costuma entender que o fato de não vir nenhuma ressalva no texto normativo não torna o direito fundamental absoluto.

Disso, pode-se concluir que todo direito fundamental aceita intervenções, mas elas só podem ser justificadas quando amparadas em autorizações legais, ainda que a Constituição não indique expressamente a modalidade de reserva exigível. A única ressalva feita pela Constituição está no núcleo essencial dos direitos fundamentais (conforme artigo 60, § 5º), mas sem impedir de modo absoluto as intervenções. Com base nisso, aceita-se que direitos fundamentais sem “reserva” também são passíveis de intervenção, contudo, é preciso que essa ação esteja amparada na lei (não se diferenciando daqueles que exigem a reserva legal simples) e que o ato intervencionista esteja amparado em outros valores de envergadura constitucional<sup>15</sup>.

Portanto, a autorização em lei sempre será o ponto central na avaliação da intervenção em direitos fundamentais, pois sua falta torna qualquer ação desse tipo ilegítima. E isso nos remete à avaliação da figura do *software* espião no direito brasileiro dentro desses pressupostos de legitimidade da intervenção em direitos fundamentais. Na forma atual, não se consegue verificar em que condições esse mecanismo de invasão da privacidade estaria justificado na lei pátria.

## **2.2 A impossibilidade do uso do *software* espião como meio de obtenção de provas no direito brasileiro: uma intervenção em direito fundamental sem autorização**

A partir da Lei n. 12.850/2013, conhecida também como “lei de organizações criminosas”, a discussão sobre a possibilidade ou não do uso *software* espião passou a ganhar maior espaço no debate jurídico brasileiro. E a razão é bastante simples. A nova legislação, para além de prever a tipificação do crime de organização criminosa – até então inexistente na ordem jurídica pátria – trouxe diversos meios de obtenção de provas típicos de contextos de “emergência

---

<sup>15</sup> GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 35.



probatória”, dentre eles a denominada infiltração virtual de agentes, trazida no artigo 10-A.

Essa modalidade de obtenção de prova, de modo resumido, consiste na autorização concedida ao agente policial para que ingresse – a partir do ambiente virtual – de modo oculto em atividades de um grupo criminoso a fim de colher informações com capacidade de indicar caminhos para produção da prova acusatória<sup>16</sup>. Seria, pois, um agente policial, sem identificação ostensiva dessa condição, que ganha a confiança dos membros de uma organização criminosa, se inserindo em suas ações de modo mais íntimo, e, diante dessa proximidade, consegue colher elementos capazes de orientar a colheita da prova necessária à persecução penal. E essa infiltração, de modo geral, se daria a partir da “criação de perfis falsos pelas autoridades investigativas a fim de que elas estabeleçam relações de confiança em um ambiente criminoso virtual, bem como se integrem na atividade criminosa, com o intuito de obter informações”<sup>17</sup>.

A dúvida que surge, porém, é se a infiltração virtual do agente pode se dar também por intermédio do uso de *malwares* alocados em dispositivos informáticos dos “alvos” da investigação, permanecendo como uma interrogação se a lei restringe a infiltração virtual do agente policial à criação de um perfil falso na rede. Essa discussão, em certa medida, se baseou em experiências estrangeiras acerca do uso de ferramentas espãs, havendo registros de seu uso como prova em países europeus, a exemplo da Alemanha e Espanha, e nos Estados Unidos<sup>18</sup>. O ponto de reflexão, portanto, está em saber qual é o limite dessa infiltração virtual e quais ferramentas para sua implementação são permitidas.

Pode-se pensar que a redação genérica da lei sobre a infiltração virtual se constitui em cláusula autorizativa da mais ampla invasão da intimidade do investigado, pois – e isso é verdade – não existe uma definição legal de que modo o agente pode se inserir no interior do grupo criminoso no ambiente virtual. A lei limita-se a indicar a legitimidade da ação de agentes de polícia infiltrados virtualmente, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, com o fim de investigar os crimes

---

<sup>16</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

<sup>17</sup> RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães; CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso; FUMACH, Débora Moretti. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 1463-1500, 2022. p. 1483.

<sup>18</sup> RIBEIRO; CORDEIRO; FULMACH, 2022, p. 1466.



previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas. Não há propriamente uma definição do modo em que a medida deve ser executada. A lei apenas se preocupa em definir as condições de necessidade (a emergência probatória), tempo (até 720 dias) e relatoria das atividades dos agentes. E aqui poderia existir um espaço aberto para o uso dos *malwares*. Pois o cerne da medida de infiltração está em se aproximar do organismo criminoso, o que logicamente pode se dar por uma simples troca de mensagens em aplicativos de redes sociais ou correio eletrônico, mas igualmente poderia ocorrer com a quebra de protocolos de segurança ou com técnicas de *hacking*<sup>19</sup>. Numa primeira leitura, em suma, o uso de *software* espião não parece irregular, ao menos partindo-se da lacuna sobre o modo de execução do agente infiltrado virtual.

Mas essa não parece ser a posição mais adequada sobre o tema. E algumas razões confirmam essa inadequação.

A primeira objeção pode ser vista na própria posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ao tratar sobre a infiltração virtual, asseverou a Suprema Corte que a essência do denominado agente infiltrado reside na sua capacidade de adquirir a confiança dos membros do grupo criminoso por meio da ocultação de sua qualidade de policial<sup>20</sup>. Ou seja, a figura de sujeito infiltrado apresentada pela norma não está amparada na possibilidade de utilização de métodos ocultos e clandestinos de interceptação de dados ou informações, sobretudo a partir da instalação de programas maliciosos em dispositivos informáticos. Além disso, o agente infiltrado deve agir como se fosse parte do grupo investigado, integrando-se a ele com o auxílio de técnicas de aproximação, fazendo com que os “alvos” passem as informações essenciais de modo espontâneo, acreditando que suas declarações estarão protegidas pelo vínculo de intimidade criado entre o grupo e o agente policial. E essa relação de confiança seguramente não ocorre por meio da inserção de ferramentas espiãs, até porque, nesses casos, o “alvo” sequer sabe que suas informações estão monitoradas, ou seja, não há um repasse espontâneo ao infiltrado (trata-se pura e simplesmente de invasão).

<sup>19</sup> GIACOMOLLI, Nereu; CANI, Luiz Eduardo. O acesso autorizado a parelhos *smart*: burla ao agente infiltrado virtual?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 30, v. 352, 2022. p. 5.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 147837**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181369>. Acesso em: 15 fev. 2023.



A segunda objeção se infere da própria interpretação sistemática da Lei n. 12.850/2013, notadamente quando trata das formas de infiltração de agentes. Seja na infiltração física ou virtual, a norma faz referência a um ser humano como o agente infiltrado, não a dispositivos eletrônicos ou congêneres. A infiltração, nos estreitos limites da lei, somente pode ser executada diretamente por pessoas físicas, na qualidade de policiais. Portanto, o fato de a lei prever uma figura humana como o infiltrado já afastaria o uso de um agente não humano – como um *software*.

A terceira objeção – e talvez a mais importante delas – reside justamente nos limites de intervenção sobre direitos fundamentais. Em circunstâncias tão invasivas como a captação de informações por meio de *softwares* espiões, somente se poderia considerar como legítima essa forma de atuação estatal diante da existência de regras claras e definidas sobre as hipóteses autorizativas e sua justificação. Sobretudo porque essa modalidade de investigação “afeta gravemente o livre desenvolvimento da personalidade, e jamais pode ser judicialmente autorizado enquanto não houver lei que o autorize”<sup>21</sup>. Cabe recordar, uma vez mais, que a privacidade, enquanto direito fundamental, embora não seja absoluta, não permite ações que atinjam em cheio seu núcleo sem que se esteja diante de uma situação justificada de intervenção, cujas hipóteses (as mais restritas possíveis) devem constar em lei.

Aliás, se for levado em consideração a experiência estrangeira, é perceptível que sua aceitação em ordenamentos diversos passa primordialmente pela previsão legislativa, em que se permite ao cidadão conhecer exatamente os limites de intervenção do Estado sobre o direito fundamental à privacidade e à autodeterminação informacional. Na Espanha, por exemplo, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* permite o uso de métodos de invasão de dispositivos informáticos pelo Estado apenas em situações de crimes contidos em catálogo estrito (como o terrorismo) e somente diante da observância de requisitos rigorosos, especialmente relacionados ao tempo da medida, à forma de execução e ao método de arrecadação das informações<sup>22</sup>. E, examinando-se a Lei n. 12.850/2013, não se consegue visualizar absolutamente nenhum ponto capaz de indicar ao cidadão os limites,

<sup>21</sup> GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 120.

<sup>22</sup> RIBOLI, 2019, p. 120-121.



condições e requisitos justificadores de uma intervenção na intimidade e na privacidade tão agressiva.

De maneira geral, não parece haver autorização do uso da ferramenta espião na lei de organizações criminosas.

Diante disso, poder-se-ia pensar na legitimidade de utilização de *malwares* em dispositivos informáticos como modalidade de busca e apreensão, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos. Mas essa também não parece ser uma saída juridicamente adequada. Como bem destacam Ribeiro, Cordeiro e Fulmach<sup>23</sup>, a lei brasileira sempre exigiu que as medidas de busca e apreensão ocorressem de modo ostensivo e à luz do dia<sup>24</sup>, o que, evidentemente, torna o seu regulamento incompatível com uma técnica baseada em arrecadação oculta e maliciosa de informações a partir da falta de conhecimento do “alvo” da medida.

Outra hipótese que poderia ser ventilada é a inserção dos *softwares* espiões na disciplina conferida pela Lei n. 9.296/96 às interceptações telefônicas e telemáticas. Porém, igualmente não parece haver paralelo entre os métodos de investigação. Malgrado o *malware* possa servir como forma de interceptação de dados contidos num aparelho informático, é certo que suas funções podem ir além, pois ele não só capta a comunicação em tempo real – o que seria o escopo da interceptação –, como ele também pode viabilizar a arrecadação de tudo o que esteja armazenado no interior do dispositivo, inclusive comunicações pretéritas e dados arquivados, não se assemelhando à interceptação telemática ou telefônica<sup>25</sup>. Afora que a interceptação se vale de um meio externo ao dispositivo de comunicação interceptado para arrecadar as informações, o que não é o caso do *software* espião, que é inserido diretamente na máquina que se quer devassar<sup>26</sup>. Seria, pois, uma analogia incabível diante dos limites de intervenção em direitos fundamentais já tratados no tópico anterior.

---

<sup>23</sup> RIBEIRO, CORDEIRO, FULMACH, 2022, p. 1481.

<sup>24</sup> “Os arts. 245 e seguintes do CPP estipulam uma série de orientações a serem seguidas pelo agente que irá cumprir a diligência de forma a assegurar que estará revestida da legalidade necessária à violação do domicílio alheio. Assim, de posse do mandado de busca e apreensão, a autoridade policial deverá comparecer até o local especificado no documento e ler o seu teor ao morador ou seu representante, intimando-o a abrir a porta, lembrando-se que em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência” (EBERHARDT, 2018, p. 231).

<sup>25</sup> RIBOLI, 2019, p. 128.

<sup>26</sup> RIBEIRO, CORDEIRO, FULMACH, 2022, p. 1482.



À vista disso, no momento, não parece existir espaço na legislação brasileira que autorize ou justifique a intervenção estatal no direito à privacidade e à intimidade mediante a adoção de ferramentas de invasão de dispositivos informáticos, os denominados *softwares* espões. Isso não quer dizer que em situação futura essa justificação não possa existir. Mas é certo, olhando-se para as disposições da Lei n. 12.850/2013, da Lei n. 9.296/96 ou mesmo para as regras de busca e apreensão, que não há arcabouço normativo capaz de permitir o uso de *malwares* como forma de obtenção de prova no atual estágio do processo penal brasileiro. O uso eventual dessas ferramentas, como é de se supor, tornam a prova ilícita e impossível de ser aproveitada.

### **3 As investigações corporativas como fenômeno da privatização do processo penal**

Assentada a premissa de que o *software* espião não tem seu uso autorizado pelo Estado, enquanto meio de obtenção de prova, seja a partir da leitura da figura do agente infiltrado virtual ou da análise dos institutos da busca e apreensão e da interceptação telefônica ou telemática, questão interessante reside em saber sobre a possibilidade de uso desse mecanismo em caso de investigações privadas, mais especificamente no caso de investigações internas corporativas. E, claro, se o resultado dessa ação poderia ser aproveitado como prova no processo penal.

São várias as razões que tornam esse debate necessário.

Atualmente é inegável a existência de um intenso contexto de privatização da persecução penal. Desde o advento de importantes inovações legislativas, iniciando com a promulgação da Lei n. 12.846/2013 (lei anticorrupção) e mais recentemente com o novo estatuto de licitações, positivado na Lei n. 14.133/2021, os programas de integridade (ou *compliance*) passaram a exercer forte influência no âmbito de organização interna das empresas<sup>27</sup>. Diante do risco de responsabilização objetiva por eventuais danos gerados em ações empresárias ou mesmo a partir das exigências de controle e vigilância dos riscos da atividade econômica, impostas como contrapartida a uma maior liberdade organizacional concedida às pessoas jurídicas, a implementação de mecanismos internos de contenção e persecução de

---

<sup>27</sup> SILVA, Douglas Rodrigues da. Investigações corporativas e aproveitamento da prova no processo penal: o problema da quebra da cadeia de custódia da prova. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, a. 3, v. 9, p. 53-82, 2022. p. 70.



condutas ilícitas perpetradas dentro da empresa ganharam relevância. A empresa passa a ter obrigações positivas de gestão dos próprios riscos, visto que se apresenta como verdadeira fonte de perigo<sup>28</sup>. E isso também decorre, como já indicou Silva Sánchez<sup>29</sup>, a partir de uma intensa assunção de papéis públicos pelas pessoas jurídicas, fruto de uma transição entre modelos de estados prestacionais em direção a estados focados na gestão de setores, nas quais suas atividades tradicionais passam a ser privatizadas, incluindo nisso o próprio processo de persecução penal. Assim, tem-se um modelo de estado que não renuncia à titularidade do poder punitivo, definindo regras gerais de regulação empresarial, mas que exige – como contrapartida a uma maior liberdade privada – comportamentos proativos das empresas para prevenção e contenção de atos ilícitos originados no seu interior.

Em suma, “trabalha-se, no âmbito penal econômico, com estímulo à empresa não cometer ilícito, autogerindo-se para tanto”<sup>30</sup>. Cria-se, pois, um incentivo a uma verdadeira atividade de “polícia empresarial”<sup>31</sup>, exercida por meio das ações de *compliance*. E aqui podem ser vistas as investigações corporativas.

### 3.1 As investigações corporativas e o risco de fraude de etiquetas

O principal debate das investigações corporativas no âmbito do processo penal, porém, reside na sua adequação às regras probatórias e ao devido processo legal.

Como destacado por Nieto Martín<sup>32</sup>, por se tratar de um instrumento investigatório calcado em prerrogativas empresariais, há um grande risco de utilização indevida, por parte do Estado, do material coletado nessas investigações internas, num claro ato de “fraude de etiquetas”. Pois antes de ser um procedimento derivado das regras do processo penal, as investigações corporativas decorrem dos

<sup>28</sup> ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; RIOS, Rodrigo Sánchez. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 114, p. 341-376, maio-jun. 2015.p. 350

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos del derecho penal económico empresarial de nuestro tempo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 321, p. 3-6, 2019. p. 6.

<sup>30</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

<sup>31</sup> SILVA, Douglas Rodrigues da. *Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova*. Londrina: Thoth, 2021. p. 74

<sup>32</sup> NIETO MARTÍN, Adan. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adan et al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 232.



poderes diretivos conferidos à empresa na relação laboral, sobretudo como forma de possibilitar a efetiva fiscalização do cumprimento das regras internas por parte de seu corpo de funcionários e executivos<sup>33</sup>. E aqui residem os pontos tormentosos da matéria. Por não se tratar de uma investigação conduzida pelo Estado, há situações em que a prova coletada não se dará segundo a liturgia tradicionalmente exigida das autoridades públicas, e, por isso mesmo, haverá uma clara tensão entre prerrogativas da empresa, direitos individuais dos investigados e a possibilidade do Estado se valer do resultado probatório<sup>34</sup>.

Segundo Montiel<sup>35</sup>, o que torna as investigações corporativas um ambiente peculiar no processo penal reside na sua característica híbrida, entre o direito público e o direito privado. Não raras vezes serão encontrados pontos de colisão entre esses prismas jurídicos amplamente distintos. Isso, como bem descreveu Nieto Martín<sup>36</sup>, se dá porque as investigações corporativas, com maior frequência, têm se apresentado como verdadeira “antessala” da investigação pública, existindo um maior incentivo do Estado para que a apuração do ilícito seja, em primeiro lugar, conduzida pela própria empresa, até mesmo pela sua ampla vantagem informacional. Mas o grande perigo disso está no fato de que as autoridades públicas, como o Ministério Público ou mesmo a Polícia, podem simplesmente induzir a instauração dessas investigações privadas visando criar uma situação de “atalho” à consecução da prova e se utilizando justamente das prerrogativas e regulamentos precipuamente privados que normatizam as atividades da empresa, inclusive a investigação privada.

É imprescindível, à vista disso, que alguns limites sejam também impostos às atividades privadas de investigação, evitando-se que sirvam de caminho “alternativo” à colheita probatória por parte do Estado. Até porque, ainda que sejam vistas sob a ótica privada, as investigações corporativas não estão isentas de cumprir garantias e direitos fundamentais. Dentro de uma perspectiva horizontal, os direitos e garantias fundamentais também são oponíveis em âmbitos privados,

---

<sup>33</sup> NIETO MARTÍN, 2015, p. 234

<sup>34</sup> SILVA, 2022, p. 71.

<sup>35</sup> MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2014. p. 511-512.

<sup>36</sup> NIETO MARTÍN, 2015, p. 234-235



especialmente nas relações entre a empresa e seus empregados, na qual existe notória assimetria entre os personagens envolvidos<sup>37</sup>. É dizer: ainda que se possa dar espaços à autonomia privada no âmbito dessas relações – existindo marcos normativos menos rígidos que os impostos ao Estado –, isso não retira a necessidade de se estipularem limites baseados na garantia dos direitos fundamentais, pois estes não são sobrepostos apenas pelo exercício do poder diretivo da empresa.

E nesse espectro surgem debates sobre a possibilidade de uso do denominado *software* espião por parte das empresas na condução dessas investigações corporativas.

#### **4 O software espião e seu uso aproveitamento enquanto prova derivada da investigação interna**

A partir da prerrogativa do poder diretivo, algumas empresas têm adotado mecanismos internos de monitoração em tempo real de seus funcionários. Basicamente, grandes companhias instalam nas máquinas e equipamentos cedidos aos empregados *softwares* capazes de registrar visualmente todas as ações de um determinado usuário e encaminhar imediatamente as informações a um superior. Um grande exemplo de ferramentas dessa natureza são os programas *Teramind*, *InterGuard*, *StaffCop* e *Spyera*.

Ilustrativamente, segundo os desenvolvedores da ferramenta *Spyera*<sup>38</sup>, o *software* pode rastrear todas as atividades de um equipamento em tempo real, procedendo ao registro de uso do teclado (como o *keylogger*), capturando telas em intervalos regulares, detectando as atividades de acesso a sites e aplicativos, o tempo gasto no equipamento, histórico de navegadores de internet, e-mails recebidos e enviados, localização do equipamento, acesso remoto à câmera, registros de chamadas de aplicativos e redes sociais e até mesmo assumir o controle dos arquivos presentes na máquina. O titular da ferramenta pode ter acesso a tudo isso por meio de relatórios gerados com determinada frequência ou quando as ações são praticadas pelo usuário.

Não há dúvida, pois, que os programas indicados tratam de verdadeiros *softwares* espiões instalados em ferramentas de trabalho cedidas aos empregados.

---

<sup>37</sup> SILVA, 2021, p. 138.

<sup>38</sup> Disponível em: <https://spyera.com/pt/recursos/>. Acesso em: 28 mar. 2023.



O desafio, nesse momento, é entender se as informações colhidas ali, em casos de investigações corporativas, poderiam ser utilizadas e aproveitadas como prova no processo penal.

#### **4.1 A proteção da privacidade e o aproveitamento das provas oriundas da investigação corporativa: da possibilidade do software espião**

Um debate frequente em matéria de investigações corporativas reside precipuamente na possibilidade de uso de informações obtidas pela empresa diretamente de acessórios e dispositivos eletrônicos cedidos aos seus empregados. Essa tensão ocorre, sobretudo, em virtude da ampla utilização de dispositivos eletrônicos para o exercício de atividades laborais, situação que se tornou mais comum no âmbito da denominada “quarta revolução industrial”<sup>39</sup>. Com a possibilidade cada vez maior de usos de tecnologias em “nuvem” e da possibilidade de realização de serviços por meio remoto – o que acaba por exigir uma maior cessão de ferramentas digitais de trabalho por parte dos empregadores, como computadores e celulares –, as empresas têm adotado novas estratégias de monitoramento e controle dos colaboradores, aperfeiçoando o poder diretivo para essa nova realidade laboral<sup>40</sup>. E isso, por óbvio, suscita discussões importantes sobre o respeito à privacidade dos empregados,

À primeira vista, por se tratar de equipamento ou ferramenta de trabalho cedido pelo empregador, não haveria maiores dúvidas sobre a possibilidade de monitoramento do seu uso por parte da empresa, notadamente porque seu uso deve ser dirigido ao exercício das atividades laborais previstas no contrato de trabalho e segundo às vontades do empregador<sup>41</sup>. Contudo, é certo que os trabalhadores não perdem sua proteção constitucional no exato momento em que dão início à atividade laboral, como se fosse possível suspender essa esfera de proteção jurídica no período de expediente. Mesmo em hipóteses nas quais não há dúvida sobre a propriedade dos equipamentos cedidos aos empregados, existem fortes discussões sobre os limites de atuação da empresa na devassa e monitoramento de dados, pois não é incomum que se verifiquem espaços de uso personalizado desses

<sup>39</sup> SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

<sup>40</sup> GUARAGNI, Fábio André; SILVA, Douglas Rodrigues da. A proteção da privacidade no processo penal e investigações corporativas: uma análise sobre o monitoramento de smartphones. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 186, a. 29, p. 177-203, dez./2021. p. 191-192.

<sup>41</sup> SILVA, 2021, p. 172.



equipamentos e ferramentas, fazendo com que existam, em certas situações, expectativas reais de privacidade por parte dos colaboradores.

Segundo Montiel<sup>42</sup>, em algumas circunstâncias, ainda que se trate de ferramenta cedida pelo empregador, é viável se afirmar a expectativa quase absoluta do empregado em ter sua privacidade respeitada. Nesses casos, mesmo diante da prerrogativa do poder diretivo, não poderia o empregador promover verdadeira devassa em prejuízo do colaborador. Um exemplo disso, seria aquelas hipóteses em que a empresa cede espaços e materiais para uso personalizado, como armários, gavetas e vestiários. Em hipóteses assim, é legítimo ao empregado presumir que sua privacidade será respeitada e não haverá uma intervenção em sua esfera jurídica por parte da empresa, ainda que se trate, repita-se, de ferramentas cedidas pelo próprio empregador.

Há casos, por outro lado, que a expectativa de privacidade é quase inexistente. Um exemplo pode ser visto na colocação de câmeras em locais públicos da empresa, como corredores e espaços coletivos de trabalho. Igualmente se pode pensar em casos nos quais se tenha “um local de acesso livre a informações”, em que há opção ao trabalhador em colocá-las ali ou não, “como pode ser um computador de uso público e sem proteção de senhas”<sup>43</sup>. Nesse caso, o trabalhador não detém condições de opor qualquer expectativa de privacidade contra a empresa.

O principal problema, porém, reside em hipóteses nas quais o empregado recebe ferramentas e equipamentos para o desempenho de suas atividades sem que exista uma regulamentação específica sobre seu uso, gerando dúvidas sobre a possibilidade de se ter ou não expectativas de privacidade. Em circunstâncias assim, “não há uma linha demarcatória clara que permita compreender as expectativas de privacidade de um empregado”<sup>44</sup>. É dizer: “há uma grande intersecção entre direito à privacidade e prerrogativa da empresa, não estando claro em que medida um deve se sobrepor ao outro”<sup>45</sup>, tornando-se “um fator que varia conforme maiores são as

---

<sup>42</sup> MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (coord.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 232.

<sup>43</sup> GUARAGNI; SILVA, 2021, p. 194.

<sup>44</sup> GUARAGNI; SILVA, 2021, p. 194.

<sup>45</sup> GUARAGNI; SILVA, 2021, p. 194.



condutas éticas e informativas por parte da empresa”<sup>46</sup>. Conforme Goñi Sein<sup>47</sup>, nesse conjunto de casos, a maior ou menor expectativa de privacidade estará ligada a presença de maiores ou menores informações prévias dadas ao empregado, especialmente relacionadas ao manejo e aos limites de uso dessas ferramentas digitais. Ou seja, “o monitoramento e devassa desses equipamentos tanto será legítima quanto for o grau de informação sobre a política de seu uso dada a seus empregados e colaboradores, notadamente quanto à possibilidade de vigilância desses equipamentos”<sup>48</sup>.

Essa posição também espelha o entendimento já perfilhado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que, a despeito de entender lícito o monitoramento de equipamentos cedidos aos empregados<sup>49</sup> – até como desdobramento do poder diretivo da empresa –, exige a transparência dessas ações, condicionando a validade da prova ao prévio conhecimento do empregado sobre as políticas internas e a possibilidade de vigilância das ferramentas a ele cedidas<sup>50</sup>. Ou, como assevera Teresa Moreira, na regulação interna sobre equipamentos eletrônicos e demais dispositivos, é imprescindível a existência de uma “carta de boa conduta” firmada de modo transparente, entre funcionários e a empresa, que contenha “questões como utilização para fins pessoais, sobre o controle do empregador”<sup>51</sup>.

Outro ponto enfatizado, quando se trata de privacidade do empregado e o monitoramento de equipamentos, está na avaliação de proporcionalidade da medida. Pois, ainda que as expectativas de privacidade do empregado sejam reduzidas em determinada hipótese, é preciso que o meio invasivo adotado

<sup>46</sup> GUARAGNI; SILVA, 2021, p. 194.

<sup>47</sup> GOÑI SEIN, José Luís. Programa de cumplimiento empresarial (compliance programs): aspectos laborales. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. MontevideoBuenos Aires: BdeF, 2014. p. 393-394.

<sup>48</sup> GUARAGNI; SILVA, 2021, p. 195.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma. **Recurso de Revista n. 613/2000-013-10- 00.7**. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/eba8ba45bcab845ef7d14fd638c9c1d9>. Acesso em: 28 mar. 2023.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 1461-48.2010.5.10.0003**. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/274b3fbbee5e39de26a6bc6edee7885f>. Acesso em: 28 mar. 2023.

<sup>51</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregado**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 309.



efetivamente seja necessário à consecução da informação pretendida e não possa ser obtido a partir do uso de mecanismos menos agressivos à privacidade<sup>52</sup>.

Em resumo, ainda que se possa falar na possibilidade de uso de dados e informações obtidos diretamente pela empresa a partir da monitoração de equipamentos cedidos aos empregos – inclusive como prova no processo penal –, isso não desobriga a empresa de observar a esfera de proteção jurídica do empregado. Pois, mesmo que se tenha aqui um marco regulatório menos rígido que o imposto ao Estado, já que consubstanciado em grande medida no poder diretivo do empregador, é necessário que se impeça o uso da prova pelos agentes públicos em processos incriminadores a partir de uma “fraude de etiquetas”. Por isso, “quando se tratar de monitoramentos e invasões de dispositivos cedidos ao empregado, é preciso não apenas a avaliação da expectativa de privacidade existente pelo empregado, mas também o grau de proporcionalidade da medida”<sup>53</sup>.

À vista disso, é possível se posicionar favorável ao uso de *softwares* espíões por parte da empresa, como estratégia de monitoração e arrecadação de informações relevantes no curso de uma investigação corporativa. No entanto, para que esses dados possam ser validamente aproveitados no processo penal – especialmente diante da inexistência da prerrogativa de uso dessas ferramentas pelo Estado –, é imprescindível que os colaboradores da empresa tenham ciência prévia do uso desses mecanismos nas máquinas e aparelhos informáticos que lhes são cedidos, existindo o cumprimento de verdadeiro dever de transparência por parte da empresa ao indicar a monitoração constante e remota desses dispositivos. De todo modo, essa menor expectativa de privacidade não desonera a empresa, quando fizer uso desse material, de limitar a intervenção aos casos nos quais a informação não possa ser alcançada por meio menos invasivo. E isso, claro, também amparado num dever de limitar a colheita de dados àquilo que seja relevante à investigação, sem criar verdadeiro aparelho de “arapongagem” empresarial. Respeitando-se, assim, as expectativas de privacidade e a proporcionalidade, essenciais à licitude do aproveitamento da informação como prova incriminatória.

---

<sup>52</sup> NIETO MARTÍN, 2015, p. 247.

<sup>53</sup> GUARAGNI; SILVA, 2021, p. 198.



## 5 Conclusões

Partindo-se das premissas levantadas nesse artigo, é possível adotar as seguintes conclusões:

1. embora nenhum direito fundamental seja absoluto, isso não significa dizer que há espaços a sua relativização amparada apenas em argumentos retóricos de proteção do interesse público ou ponderação de interesses. Toda intervenção estatal em direito fundamental deve ser, antes de tudo, prevista em lei prévia e certa, permitindo a todos conhecer os limites dessa intervenção e, ainda assim, ser escoltada em ordem judicial fundamentada, respeitando sempre o núcleo do direito fundamental atingido;

2. o denominado *software* espião, portanto, não pode ser usado como ferramenta válida pelo Estado como instrumento de investigação em situações de “emergência probatória”, porquanto inexistente regulamentação legal que ampare esse tipo de intervenção no direito fundamental à privacidade do cidadão, impedindo, assim, a legitimidade de seu uso. E tal lacuna interventiva não pode ser suprimida por interpretações amplas de regramentos relativos à busca e apreensão, à infiltração virtual ou às interceptações telefônicas, pois, como dito, a intervenção em direitos fundamentais exige lei certa e prévia específica, não se contentando com simples arranjos retóricos ou analogias demasiado amplas em institutos jurídicos distintos;

3. no caso de investigações corporativas, originadas em programa de integridade empresarial, ainda que se possa visualizar um marco regulatório mais flexível na colheita da prova, o seu aproveitamento no processo penal não pode conduzir à chamada “fraude de etiquetas”, sobretudo porque os direitos fundamentais também devem ser respeitados em esferas privadas, como é o caso da relação entre a empresa e o empregador;

4. quando há opção pelo uso de informações obtidas mediante monitoramento de ferramentas digitais e informáticas cedidas pela empresa ao colaborador, é imprescindível, para sua validade e aproveitamento como prova, que a ação tenha sido precedida da prévia ciência do empregado, demonstrando que este possui menor expectativa de privacidade em relação ao uso dos equipamentos laborais, e que a colheita da informação pretendida não possa ocorrer por meio de diligência menos invasiva;



5. o que, por conseguinte, conduz à autorização do uso de *software* espião como mecanismo de investigação interna, desde que, evidentemente, o uso dessa ferramenta seja justificada aos colaboradores, mantendo-os informados de que o uso de materiais de trabalho não está imune a monitoramentos e demais ações de relativização da privacidade, e que não há qualquer expectativa de privacidade nesse sentido. Ademais, também é imprescindível que as informações obtidas pelo *software* espião não possam ser obtidas por outro meio menos invasivo. Caso contrário, não se pode concluir pelo aproveitamento da prova dali derivada em processo penal.

## REFERÊNCIAS

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; RIOS, Rodrigo Sánchez. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, n. 114, p. 341-376, maio-jun. 2015.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 95009**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=95009&classe=HC>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 147837**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181369>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma. **Recurso de Revista n. 613/2000-013-10-00.7**. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/eba8ba45bcab845ef7d14fd638c9c1d9>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 1461-48.2010.5.10.0003**. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/274b3fbbee5e39de26a6bc6edee7885f>. Acesso em: 28 mar. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinação e jurisprudencial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.



FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOÑI SEIN, José Luís. Programa de cumplimiento empresarial (compliance programs): aspectos laborales. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. MontevideoBuenos Aires: BdeF, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu; CANI, Luiz Eduardo. O acesso autorizado a aparelhos *smart*: burla ao agente infiltrado virtual?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 30, v. 352, 2022.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; SILVA, Douglas Rodrigues da. A proteção da privacidade no processo penal e investigações corporativas: uma análise sobre o monitoramento de smartphones. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 186, a. 29, p. 177-203, dez./2021.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (coord.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madri: Marcial Pons, 2013.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (Coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2014.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregado**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NIETO MARTÍN, Adan. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adan et al. **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 156, a. 27, p. 91-139, jun./2019.

RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães; CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso; FUMACH, Débora Moretti. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 1463-1500, 2022.

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



SILVA, Douglas Rodrigues da. **Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova**. Londrina: Thoth, 2021.

SILVA, Douglas Rodrigues da. Investigações corporativas e aproveitamento da prova no processo penal: o problema da quebra da cadeia de custódia da prova. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, a. 3, v. 9, p. 53-82, 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos del derecho penal económico empresarial de nuestro tempo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 27, n. 321, p. 3-6, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal**. Tradução Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.



## ENFOQUE POLÍTICO-CRIMINAL: SOBRE A LEGITIMIDADE DA NOVATIPIFICAÇÃO PENAL DO FINANCIAMENTO ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS \*

### *POLITICAL-CRIMINAL APPROACH: ON THE LEGITIMACY OF THE NEW CRIMINAL TYPE OF ILLEGAL FINANCING OF POLITICAL PARTIES*

Autora: Elena Nuñez Castaño \*\*

Traduzido ao português pelo Prof. Me. Luis Ricardo de Oliveira Dantas e pela Profa. Me. Luiza Borges Terra

**Resumo:** A reforma realizada pela L.O. 1/2015, de 30 de março, incorporou pela primeira vez no Código penal espanhol o delito de financiamento ilegal de partidos políticos, que constitui um dos temas mais conflitivos e questionados pela sociedade em relação a este tipo de organizações, desde o prima de ser considerado como uma manifestação da corrupção política que existe no nosso país. Entretanto, nem a técnica de tipificação, nem as condutas incluídas são as adequadas para enfrentar, mas, pelo contrário, existe uma regulação incoerente, insuficiente, que permitirá diversas lacunas de punibilidade, assim como um sério questionamento da legitimidade penal. Por isso, o tema do presente artigo, além de uma análise dos elementos típicos de cada um dos delitos de financiamento ilegal, se dedica a ressaltar os aspectos mais questionáveis e controversos desta regulação.

**Palavras Chaves:** Financiamento ilegal, corrupção pública; criminalidade organizada; princípio de legalidade.

**Abstract:** The reform realized by da L. O. 1/2015, of March 30 incorporated for the first time in spanish Criminal law, the crime of illegal financing in political parties, which was constituting one of the topics most troubled and questioned by the society in relation with this type of organizations, from the perspective of his considerations as a manifestation of the public existing corruption in our country. Nevertheless, neither the technique of criminalization, nor the conducts include are adequate to face it, but on the contrary has been made an incoherent, insufficient regulation, which will give place to important absences as well as to a serious question of his criminal legitimacy. Therefore, the subject of this article, in addition to an analysis of the typical elements of each of the crimes of illegal financing, is dedicated to highlighting the most questionable and controversial aspects of the regulation itself.

**Key Words:** Illegal financing; public corruption; organized criminality; legality.

---

\* O presente artigo se refere à primeira parte de artigo feito no âmbito do Projeto de Investigação I+D+I DER2014-53159-P, sobre "Regeneración Democrática y Estrategias penales en la lucha contra la corrupción", do Ministério da Economia e Competitividade. Traduzido ao português pelo Prof. Me. Luis Ricardo de Oliveira Dantas e pela Profa. Me. Luiza Borges Terra (Doutoranda e Mestra em Ciência Jurídicas pela Universidad Pablo de Olavide).

\*\* Professora Titular de Direito Penal da Universidad de Sevilla.



## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O DELITO DE FINANCIAMENTO ILEGAL DE PARTIDOS NA ESPANHA

A introdução no Código Penal Espanhol de um delito de financiamento ilegal de partidos políticos após a reforma realizada pela Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, constitui uma novidade absoluta ao longo da história do ordenamento jurídico penal, e, inclusive, com relação às legislações do entorno europeu. Dessa forma, inclui-se dentro do âmbito penal o que até este momento estava, exceto com relação aos delitos eleitorais, à sua margem, ou seja, as finanças dos partidos políticos.

Talvez seja por isso que MUÑOZ CUESTA<sup>1</sup> indaga “*por que não se havia tipificado este delito até o ano de 2015?*”, respondendo que a razão provavelmente foi que os partidos políticos não estavam interessados na existência de normas que controlassem penalmente sua atividade econômica, e como são eles que compõem o Governo e Parlamento Espanhol, e que têm a iniciativa legislativa, eles impediram essa possibilidade. Nesta mesma linha se pronuncia MAROTO CALATAYUD<sup>2</sup> ao afirmar que “*talvez lembrando que até agora não constituía uma infração penal cause mais estranheza do que qualquer outra coisa na opinião pública que já assumiu os escândalos de corrupção como uma narrativa fundamental na sua compreensão política*”.

Na minha opinião, a questão mais adequada talvez não seja por que não foi tipificado até agora, senão por que se tipifica agora o financiamento ilegal de partidos políticos como delito? Pode parecer aquilo mesmo que os anteriores autores questionavam, mas de todo não é. Eles partem da base de que as condutas de financiamento irregular de partidos políticos constituíam e constituem uma lesão de algum interesse que reclama proteção jurídico-penal e que, por razões essencialmente políticas, até este momento não havia recebido a proteção necessária; pelo contrário, aqui partimos de uma abordagem inversa, ou seja, se até este momento foi considerado pelo legislador que as condutas de financiamento

---

<sup>1</sup> Cfrs. MUÑOZ CUESTA, “La financiación ilegal de partidos políticos. Estado actual de la cuestión. Examen del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, em [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233), ult. consult. 24 de janeiro de 2017, pág. 1.

<sup>2</sup> Cfrs. MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, em QUINTERO OLIVARES E OUTROS, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi 2015, pág. 756.



irregular realizadas no seio dos partidos políticos não vulneravam qualquer interesse suscetível de proteção penal, o que mudou para que agora, sim, vulnerem?

A resposta é evidente: a percepção da opinião pública sobre isso mudou. De fato, em um ambiente de preocupação social com a corrupção, como aquele em que nos encontramos, as ações dos partidos políticos, que no final são os que, posterior ou simultaneamente, controlarão o funcionamento das instituições públicas, tornam-se um problema de extremo interesse e preocupação social, pois são percebidos como mais uma forma – e prévia nesse caso – da corrupção institucional. Assim, na minha opinião, uma coisa é a percepção social de um tema, e outra coisa a realidade jurídico-penal existente. É inegável que os partidos políticos têm (ou terão no futuro quando seus membros formem parte das instituições) uma influência decisiva sobre o regular funcionamento da Administração Pública e, portanto, a correção em seu funcionamento, incluído o aspecto do financiamento, respeitando as regras e princípios democráticos estabelecidos a este respeito, torna-se um ponto que necessita da máxima atenção por parte do legislador.

Todavia, da mesma forma, também é inquestionável que a incidência no funcionamento da Administração Pública não se converte em automática, nem deve constituir uma suposição de corrupção. De fato, nenhum dos países do entorno jurídico espanhol incorpora um delito específico de financiamento ilegal de Partidos Políticos (embora haja algumas disposições penais específicas na matéria), nem sua regulação foi objeto de preocupação em nenhuma das distintas normativas e resoluções europeias elaboradas com vistas à erradicação da corrupção pública. É por isso que se torna obrigatória uma análise prévia do que pode ter servido de razão político-criminal para que se convertesse em conduta típica uma série de comportamentos que, tanto na legislação espanhola, quanto no restante do entorno, estavam à margem da intervenção penal<sup>3</sup>. O problema está em aceitar se as razões político-criminais, ou somente políticas, empregadas para a tipificação desse tipo de comportamento são ou não realmente legítimas.

---

<sup>3</sup> Que as razões foram essencialmente políticas, e em menor grau, criminais, já foi destacado por diversos autores que trabalharam sobre essa matéria. Concretamente, MUÑOZ CUESTA, afirma que *“era um clamor geral a exigência da tipificação de algumas condutas relacionadas ao financiamento ilegal de partidos políticos, as mais graves ou socialmente reprováveis, que poderiam afetar a pureza do sistema democrático espanhol baseado na participação cidadã através desses, demanda social que se manifestou como uma pressão sobre o poder público derivada dos escândalos políticos do momento, que não deu outra opção ao executivo a não ser levar aos órgãos legislativos uma reforma legal que resultou na criação dos tipos delitivos”*, cfrs. MUÑOZ CUESTA, *ibidem*.



Os partidos políticos desempenham um papel protagonista no sistema político espanhol; papel que está incluído no artigo 6º da Constituição espanhola, ao afirmar que *"expressam o pluralismo político, concorrem para a formação e manifestação da vontade popular e são o instrumento fundamental da participação política"*, ao que se soma a sua influência sobre praticamente a totalidade das instituições políticas e administrativas do Estado<sup>4</sup>. E é precisamente essa transcendência para o sistema político o que levou a que seu apoio econômico se convertesse em peça-chave tanto no âmbito político quanto institucional.

Assim, segundo ARIÑO ORTIZ<sup>5</sup> *"o financiamento da vida política, que se reflete principalmente nos partidos, não é apenas um elemento instrumental, senão que constitui um dos parâmetros configuradores do modelo de democracia de um país"*. Com base nisso, aponta SANDOVAL CORONADO<sup>6</sup>, que, atualmente, os partidos políticos se converteram em *"máquinas eleitorais que, em vez de se fortalecerem como organização de militantes que custeiam seus gastos com contribuições e trabalho voluntário, privilegiaram a obtenção de subsídios públicos e doações de grupos econômicos como formas de enfrentar os gastos gerados pelas campanhas eleitorais"*, entendendo que é nesse contexto de busca de recursos econômicos onde *"se aprecia de maneira mais pronunciada o fenômeno da corrupção no financiamento dos partidos políticos"*.

O financiamento dos partidos políticos é um dos temas mais conflituosos e questionados pela sociedade em relação a esse tipo de organização. Assim, a falta de transparência em relação, tanto à sua renda, quanto às suas despesas determina uma importante ausência de controle sobre suas finanças e atividades. Acrescenta-se a tudo isso o fato de que, nos últimos tempos, tem sido numerosos os casos de financiamento "irregular" de partidos políticos que vieram à tona no país.

Dessa forma, esse tipo de "corrupção" que havia sido entendida como um fenômeno individual, pois só afetava um concreto número de funcionários ou autoridades, *"tem se manifestado nos últimos anos com toda a sua dureza através de vários casos que monopolizaram a atenção da mídia, como um fenômeno quase*

<sup>4</sup> Cfrs. SANDOVAL CORONADO, "La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del «caso Pallerols»", em *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, PUENTE ABA (Directora), Barcelona, 2015, pág. 329.

<sup>5</sup> Cfrs. ARIÑO ORTIZ, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la sociedad civil, nº 1, 2009, pág. 4, <http://www.medioscan.com/pdf/financiacionpartidos.pdf>, ult. consult. 28.10.2016.

<sup>6</sup> Cfrs. SANDOVAL CORONADO, "La financiación corrupta de los partidos políticos", op. cit., pág. 330.



*sistêmico que tem sido introduzido no coração dos partidos políticos, corroendo suas estruturas e corrompendo dirigentes e importantes cargos dos partidos políticos mais relevantes*<sup>7</sup>.

De fato, desde os anos 80 do século passado na Espanha houve, quase ininterruptamente, diversos escândalos de financiamento de partidos políticos<sup>8</sup>, assim, desde o caso *Filesa*, que afetou plenamente o financiamento do Partido Socialista Operário Espanhol, podemos chegar à atualidade com o caso *Gurtel*, ou o caso *Barcenás*, ainda em andamento, e que incidem no financiamento do Partido Popular, com certos tons, inclusive, da existência subjacente das organizações criminosas. Esses escândalos ocuparam durante anos as primeiras páginas dos jornais e manchetes dos noticiários, e marcaram de forma retumbante e decisiva a evolução da política nacional<sup>9</sup>.

Apesar dessa atualidade raivosa e inegável onipresença do fenômeno que dava a entender que o financiamento irregular de partidos políticos tinha resposta jurídico-penal no ordenamento jurídico espanhol, o certo é que, como tal, não existia até a Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, mediante a introdução de um

<sup>7</sup> Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015, pág. 475.

<sup>8</sup> A deficiente regulamentação do financiamento de partidos políticos se prolonga desde o início da democracia, de modo que a Lei 54/1978, de 4 de dezembro, sobre Partidos Políticos não fazia referência alguma ao seu financiamento, revogando disposições pré-constitucionais relativas às associações políticas, permitindo assim que os partidos políticos optassem por qual forma de financiamento seria possível. É na década de 80 que a produção de diversos escândalos, essencialmente o caso *Flick*, que derivavam das necessidades financeiras de partidos ainda com pouca penetração na sociedade civil, e absolutamente endividados com os Bancos, determina uma resposta legislativa que se concretaria na LO 3/1987, de 2 de julho, sobre o financiamento dos partidos políticos; lei que sobreviveu a sucessivos escândalos de financiamento de partidos políticos durante os anos noventa e quase a primeira década do século XXI, mas que foi substituída pela LO 8/2007, de 4 de julho, sobre o financiamento ilegal de partidos políticos, que regula uma série de proibições extraídas dos comportamentos que nas décadas anteriores haviam alarmado especialmente a sociedade, essencialmente em relação aos casos de financiamento privado. Posteriormente modificado pela LO 5/2012, de 23 de outubro, a fim de regular o financiamento público, e pela LO 3/2015, de 30 de março.

<sup>9</sup> Assim, em resumo, podemos apontar como casos mais relevantes ou conhecidos: caso *Flick* (novembro de 1984), no qual o PSOE foi acusado de ter recebido dinheiro negro procedente de fundações alemãs; Caso das tragaperras (março de 1990), no qual se concediam licenças de máquinas caça-níqueis sem seguir os canais legais em troca de comissões que, supostamente, serviram em parte para o financiamento do PNV; Caso *Naseiro* (abril de 1990), no qual são descobertos indícios de que o PP obriga empresas imobiliárias a pagar comissões para poder construir; Caso *Filesa* (maio de 1991), no qual três empresas cobravam quantias significativas de dinheiro para prestar assessoramento para destacadas empresas e bancos, atividade que nunca ocorreu, e que ocultava um financiamento do PSOE; Caso *Ave* (maio de 1992), originado do caso *Filesa*, onde foram investigadas supostas comissões pagas na construção da linha de Alta Velocidade de Madri-Sevilha, que serviu para financiar o PSOE; Caso *Soller* (maio de 1995), no qual houve cobrança de comissões à empresa vencedora da licitação para a construção do túnel de Soller e que se dedicaram ao financiamento do PP; Caso *de 3%* (2003), a CIU cobrava comissões de 3% das empresas vencedoras das licitações para a concessão de contratos de construção na Catalunha; Caso *Gurtel* (2009), trata-se de uma concertação para cobrança de comissões ilegais às empresas para o financiamento do PP; Caso *Campeão* (2011), onde se detecta uma concertação para captar subsídios ilegais, que afetou vários partidos políticos, PP, PSOE, BNG; Caso *Bárceñas* (2013), é um derivado do Caso *Gurtel* no qual o tesoureiro do PP supostamente pagava bônus a altos cargos do PP que eram fornecidos com comissões pagas por empresas que possuíam contratos com a Administração; Caso *Palleroles* (2013), por financiamento ilegal da Convergência de Catalunha, onde supostamente se cobraram seis milhões de euros de comissões de distintas empresas.



novo Título no Código penal, o XIII *bis*, dedicado especificamente ao financiamento ilegal de *partidos políticos*.

E isso deriva da evidente marginalização que a questão do financiamento ilegal de partidos políticos sofre no discurso internacional anticorrupção; de fato, nenhuma das Decisões Marco ou Diretivas da União Europeia faz qualquer menção à regulação específica nas legislações dos países membros, de um delito relativo ao financiamento ilegal de partidos políticos<sup>10</sup>. Apesar disso, são numerosos os países que estabelecem disposições penais específicas sobre o financiamento de partidos<sup>11</sup>.

Ao mesmo tempo, é preciso pontuar que o Conselho da Europa criou o Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO), que foi encarregado do acompanhamento e controle das medidas adotadas pelos distintos Estados signatários em relação ao cumprimento das recomendações que o Grupo realizava em matéria de corrupção. Com base nisso, em 8 de abril de 2003, o GRECO adotou uma recomendação, assinada pela Espanha, referente às medidas de combate à corrupção política em cada um dos países signatários, e em 2007 lançou uma avaliação sobre a transparência no financiamento dos partidos políticos. Os relatórios GRECO correspondente aos anos de 2009, 2011 e 2013 mostraram uma avaliação muito crítica do regime de transparência nos partidos políticos espanhóis, sugerindo uma série de propostas de reforma nessa matéria<sup>12</sup>. No entanto, o certo é que, além dos relatórios específicos do GRECO, nenhuma atividade legislativa da União Europeia tem sido destinada a fornecer diretrizes específicas em relação aos casos de financiamento ilegal de partidos políticos, apesar da abundante normativa anticorrupção que se produziu no âmbito internacional nos últimos anos. Parece que os supostos atos de financiamento ilegal foram irrelevantes ou insignificantes, ou se encontravam claramente à margem da corrupção pública. Na minha opinião não é

---

<sup>10</sup> Fora do âmbito da União Europeia, todos os convênios anticorrupção aprovados desde a década de 90 do século passado evitaram este tema, com a única exceção do artigo 7.3 da Convenção das Nações Unidas sobre a corrupção ao afirmar que "cada Estado Parte também considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos desta Convenção e de acordo com os princípios fundamentais de seu direito interno, para aumentar a transparência no que diz respeito ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando for o caso, no que diz respeito ao financiamento de partidos políticos".

<sup>11</sup> Cfrs, MAROTO CALATAYUD, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid 2015, *passim*.

<sup>12</sup> Assim, o relatório de avaliação de 2013 determinava que só seis das 15 recomendações do GRECO haviam sido adotadas corretamente pela Espanha. Cfrs. BUSTOS RUBIO, "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", em *Revista Penal*, nº 37, Janeiro 2016, pág. 63.



certo o primeiro, e pode ser questionável o segundo, e a realidade, pelo menos a realidade espanhola, demonstra que é um dos principais temas de preocupação na sociedade.

Assim, à margem do que poderia ser considerado como representativo desse tipo de comportamento para fins de regulação legislativa de um determinado Estado, o certo é que antes de recorrer a um instrumento coercitivo e reativo como é o Código penal, é necessário, como aponta BUSTOS RUBIO<sup>13</sup>, “*ênfatizar muito mais os instrumentos eminentemente preventivos frente ao fenômeno da corrupção em geral, e da corrupção dos partidos políticos em particular*”, observando que a chave está na transparência e em um alto grau de participação cidadã<sup>14</sup>. Mas para isso é preciso acrescentar outra matização no sentido de que, aceitando a necessidade de que a intervenção penal pudesse ser imprescindível em alguns casos de financiamento de partidos políticos, haveria que determinar se esses casos encontrariam ou não resposta penal na aplicação de outros tipos delitivos (por exemplo, os delitos contra a Administração Pública), e, sendo assim, talvez fosse necessário defender que não seria preciso a tipificação específica desse delito, uma vez não contar os casos restantes com a suficiente relevância penal, ainda que haja a relevância administrativa<sup>15</sup>.

Na situação descrita, não foi até a reforma realizada pela LO 1/2015<sup>16</sup>, onde o legislador espanhol incorporou a tipificação expressa de diversas condutas consistentes em financiamento ilegal de partidos políticos. Até então, as possíveis

---

<sup>13</sup> Cfrs. BUSTOS RUBIO, *ibídem*.

<sup>14</sup> Cfrs. BUSTOS RUBIO, *ibídem*; NAVARRO CARDOSO, “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, em *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, dezembro de 2014, págs. 106 e ss.

<sup>15</sup> Assim, aponta GARCIA ARAN, “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos”, em MAQUEDA ABREU, MARTIN LORENZO, VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en Homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 601 e 602, que deveria atuar com precaução no momento de novas tipificações penais a fim de não sobrepor comportamentos com aqueles já constitutivos de ilícitos administrativos ou, quando imprescindível, dotar de uma clara delimitação de ambos. Assim, afirma que, embora essa questão não levantava problemas especiais enquanto os partidos políticos não tinham responsabilidade penal (deixando, portanto, essas ações reservadas ao âmbito administrativo, exceto no caso de delitos eleitorais), após a regulação específica dessa responsabilidade penal desde a LO 7/2012, surgem imediatamente problemas do *ne bis in idem*, o que implica a delimitação necessária entre os possíveis delitos (corrupção, financiamento ilegal ou outros) e as infrações da Lei Orgânica sobre o Financiamento de Partidos Políticos.

<sup>16</sup> Assim, aponta MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, págs. 756 e 757 que a introdução desse tipo penal foi uma das propostas incluídas no chamado “Plano de Regeneración Democrática” anunciado pelo Governo em outubro de 2013, e que compreendia um Projeto de Lei para regular o exercício do alto cargo da Administração Geral do Estado, o Projeto de Lei de Reforma do Código penal, e o Projeto de Lei Orgânica de Controle da Atividade Econômica e Financeira dos Partidos Políticos.



irregularidades no financiamento de agentes e partidos políticos poderiam constituir alguma das infrações previstas na Lei de Financiamento de Partidos Políticos (LOFPP)<sup>17</sup>, ou algum dos delitos eleitorais previstos na Lei do Regime Eleitoral geral<sup>18</sup>, especificamente, a figura contida no artigo 149, que pune a falsidade da contabilidade eleitoral, mas aplicável exclusivamente durante o período das eleições, ou a aplicação de maneira criativa de alguns delitos contidos no Código penal, como poderiam ser os delitos contra a Administração Pública<sup>19</sup>, apropriação indébita<sup>20</sup>, delitos societários, falsidade ou delitos contra a Fazenda Pública. Inclusive se chegou a aventar a possibilidade de aplicar o delito de associação ilícita, considerando que poderiam ser casos de criminalidade organizada<sup>21</sup>.

Em relação ao exposto, é necessário destacar que, em relação a esses casos, podemos encontrar, como já indicamos, diferentes grupos de casos. Assim, por exemplo, em relação a algumas das infrações incluídas na LOFPP, como poderiam ser a não apresentação das contas junto ao Tribunal de Contas, ou superação do limite de gastos permitido etc.<sup>22</sup>, seriam casos claros de infrações

<sup>17</sup> Aprovada pela LO 8/2007, de 4 de julho, e modificada pela LO 5/2012, de 23 de outubro, e 3/2015, de 30 de março, mediante a qual se regula o *financiamento ordinário*, isto é, a destinada a custear os gastos dos partidos relacionados com o funcionamento e as atividades de caráter extra eleitoral.

<sup>18</sup> Lei orgânica 5/1985, de 19 de junho, onde se legisla o *financiamento eleitoral*, destinado a custear os gastos próprios das campanhas por conta das eleições. Neste sentido, a sentença do *Caso Filesa* (STS de 28 de outubro de 1997) apontava que “o *financiamento irregular dos partidos políticos em nosso país não constitui, por si só, delito algum, salvo o relativo às campanhas eleitorais como será visto adiante, outra coisa é a possibilidade, que agora está sendo processada, de que devido a essa irregularidade, não penal, puderam ter sido cometidas concretas infrações tipificadas como delitivas no Código Penal de 1973, ressalvada a aplicação do Código de 1995, se este retroativamente resulte mais benéfico*”.

<sup>19</sup> Assim, foram aplicados os delitos de corrupção, prevaricação, peculato ou tráfico de influência; no entanto, o certo é que esses tipos delitivos seriam de fato delitos conexos ou a partir dos quais as ações de financiamento ilegal derivam, o que não abarcaria o desvalor próprio que se pretende outorgar a esses comportamentos, senão outro colateral e diverso. A esta situação, MAROTO CALATAYUD chamou de “*atipicidade relativa*”, afirmando que essa situação persiste após a reforma de 2015, na qual, dada a redação dos novos tipos penais, permanecerão na atipicidade “*uma ampla gama de condutas, comumente associadas ao financiamento ilegal de partidos: todas aquelas que estão fora dos artigos 5º, apartado 1 e 7 da LOFPP*”, cfrs. MAROTO CALATAYUD, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., págs. 175 e 176.

<sup>20</sup> No entanto, na realidade, os casos mais relevantes não constituem uma suposição de que um sujeito pertencente à organização política se apropria irregularmente de seus recursos, senão que a própria organização é financiada por meio de fundos obtidos de forma irregular.

<sup>21</sup> De fato, na minha opinião, a realidade criminológica que se desprende do principal e mais grave caso de financiamento ilegal que ocorreu até agora em nosso país, ou seja, o *caso Gurtel*, destaca a existência de uma concertação para corrupção que funciona como uma autêntica estrutura organizada para a comissão de diferentes tipos delitivos, em particular corrupção, peculato, tráfico de influência, incluindo lavagem de dinheiro, e, evidentemente, como conduta conexa ou derivada das anteriores, o financiamento ilegal do partido político em questão. Em uma linha similar, embora se conectando com a responsabilidade penal do partido político como pessoa jurídica, aponta MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., págs. 475-476 que “*não se trata, ou não só, da corrupção individual dos dirigentes e membros do aparato político ou burocrático dos partidos, que têm ou devem ter sua resposta punitiva pelos correspondentes delitos que cometam, mas de elevar à categoria de delito o financiamento ilegal do próprio partido como instituição política e, portanto, se necessário, até mesmo exigir a responsabilidade penal do próprio partido político, como pessoa jurídica, sem prejuízo do que corresponda àqueles que atuam em seu nome ou representação*”.

<sup>22</sup> Cfrs. art. 17 LFPP.



administrativas sem que apresentem um risco claro e manifesto para os interesses protegidos penalmente<sup>23</sup>. Mas, por outro lado, podem ser vistas infrações que mantêm clara conexão e são até mesmo limítrofes em relação a delitos de corrupção, como poderiam ser as condutas relativas ao descumprimento do limite de doações, ou a exclusão de determinado tipo de doações, as doações finalistas, que implicavam a finalidade de obter atos ou resoluções benéficas para o doador por parte das Administrações Públicas ou seus organismos que "controlem" o partido político em questão, em definitivo, aqueles orientados a obter um tratamento favorável. Nesses casos, é evidente que a regulação administrativa deveria permanecer em segundo plano, e somente no que diz respeito àqueles que não impliquem risco à imparcialidade e ao correto funcionamento da Administração Pública; pelo contrário, aqueles outros diretamente encaminhados à obtenção de um ato benéfico ou a favor da Administração Pública e que impliquem um risco para o seu funcionamento, se encaixam na classificação concreta como delitos de corrupção (ou qualquer outro relativo à Administração Pública)<sup>24</sup>. Restaria, portanto, determinar se os casos de financiamento ilegal de partidos políticos que não puderam ser incluídos entre algum dos delitos previstos no Código Penal, especificamente qualquer um dos relativos à Administração Pública, implicam uma especial gravidade ou relevância no que diz respeito aos bens ou interesses jurídico-penais que determinem a necessidade de sua expressa tipificação penal<sup>25</sup>.

Em resumo, do que se trata em concreto é de estabelecer se efetivamente era ou não necessária e legítima a reforma penal nesta matéria, no sentido de incluir um novo delito relativo ao financiamento ilegal de partidos políticos, ou se seria suficiente a sanção administrativa derivada da infração da LOFPP.

---

<sup>23</sup> Cfrs. GARCIA ARAN, "Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos", op. cit., pág. 602.

<sup>24</sup> Cfrs. GARCIA ARAN, *ibidem*.

<sup>25</sup> Nesse sentido, afirma GARCIA ARAN, que "os espaços em que cabe propor a tipificação expressa do financiamento ilegal são, em linhas gerais, dois: a) o que hoje constituem clara e tão somente infrações administrativas (não apresentação ou apresentação deficiente das contas, exceder os gastos eleitorais (...)) e b) outras irregularidades como a infração de limites quantitativos e qualitativos de doações, quando não exista ou não possa ser provado seu destino para obter determinadas atuações do partido ou das Administrações controladas por ele" (...) "Acredito que não é aconselhável nem necessário elevar à categoria de delito as atuais infrações administrativas indicadas em primeiro lugar (a) (...) o cumprimento de um dever administrativo não é, per se, um bem jurídico digno de proteção penal e recorrer a isso suporia manter artificialmente um bem jurídico dos chamados intermediários que são necessários para a proteção do bem jurídico realmente legitimado por sua necessidade, mas que carecem da suficiente legitimação autônoma e supõem uma extensão injustificada da intervenção penal" , da mesma forma, nega a necessidade de uma tipificação autônoma daqueles casos contemplados em segundo lugar (letra b), pelas razões que explicaremos, cfrs. "Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos", op. cit., pág. 603.



Em relação a essa questão e como, muito acertadamente, enfatiza GARCIA ARAN<sup>26</sup>, a própria regulação dos delitos de corrupção, visando a proteção do correto funcionamento da Administração Pública, implica uma proteção claramente adiantada mediante a utilização como técnica de tipificação de delitos de perigo; desse modo, criminalizar no Código Penal a realização de qualquer infração da LOFPP (em particular, as relativas aos limites quantitativos e qualitativos das doações) que não se vise claramente à obtenção de um tratamento favorável ou ato benéfico da Administração Pública controlada pelo partido político, e, portanto, não pode constituir delito de corrupção, implicaria um adiantamento absolutamente injustificado que determinaria a introdução de delitos de *suspeita*, ou a tipificação do que tem sido chamado por esta autora como "*perigo de perigo*".

Assim poderíamos estar frente a duas situações possíveis em relação aos casos descritos: a) que se entenda que, embora não concorram os elementos típicos, especificamente, os finalísticos exigidos pelo delito de corrupção, certamente essas condutas poderiam constituir a base em que se fundamenta o futuro comportamento delitivo constitutivo de corrupção, que é o que implica o perigo para o correto funcionamento da Administração Pública, ou seja, o *perigo do perigo* é o que fundamenta a tipificação autônoma do novo delito de financiamento ilegal; e b) as condutas realizadas individualmente resultam absolutamente inócuas e irrelevantes penalmente, mas poderiam se converter em perigosas para o bem jurídico nos casos em que se trata de um comportamento reiterado ou sistemático<sup>27</sup>.

Na minha opinião, nenhuma das duas opções resulta legítima ou compatível com os requisitos do sistema penal que foi estabelecido em um Estado democrático de Direito. É por essa razão, que GARCIA ARAN<sup>28</sup>, com quem concordamos de modo geral, com as nuances que iremos expondo ao longo deste trabalho, sustenta categoricamente a suficiência da regulação existente antes da introdução do novo delito contido nos artigos 304 *bis* e *ter* Cp, para sancionar o financiamento ilegal de partidos políticos, embora aponte que o que resultaria

---

<sup>26</sup> Cfrs. GARCIA ARAN, "Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos", op. cit., págs. 603 e ss.

<sup>27</sup> É o que tem sido chamado de *delitos de acumulação*, que se converteu em uma das características da exacerbação do punitivismo que tem implicado a sociedade do risco (ou da segurança cidadã), cfrs., ALCACER GUIRAO, "La protección del futuro y los daños cumulativos", em *revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, *passim*.

<sup>28</sup> Cfrs. GARCIA ARAN, "Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos", op. cit., pág. 605.



necessário seria a realização de uma *"eficaz atuação integrada dos instrumentos penais e extra-penais relacionados com o âmbito criminológico em questão"*, que implique que não existam atrasos eternos nos processos e a exigência de uma colaboração obrigatória dos distintos organismos da Administração Pública.

Portanto, à margem dessas posturas concretas que acabamos de apontar, e que compartilhamos em seus aspectos gerais, no sentido da desnecessidade de uma regulação penal específica e autônoma em matéria de financiamento irregular de partidos políticos, o certo é que por décadas houve vozes que defendiam a inclusão expressa desse tipo delitivo<sup>29</sup>, e isso provocou que o debate surgisse já por ocasião da elaboração do Código penal de 1995, com a Lei de Financiamento de Partidos Políticos, e com a reforma do Código penal, realizada pela Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho. No entanto, foi só na Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, quando se tipificou de maneira expressa o delito de financiamento ilegal de partidos políticos.

É necessário destacar que a incorporação desse novo tipo penal não estava prevista no Anteprojeto, mas foi incluído durante o processo legislativo, como consequência dos escândalos de financiamento de partidos políticos e de corrupção que foram surgindo<sup>30</sup>.

Assim, diante da suposta brecha legal existente no Código penal espanhol, o legislador de 2015 optou por incluir uma série de figuras delitivas que sancionam penalmente o que tem sido chamado *de financiamento ilegal de partidos políticos*<sup>31</sup>. Desse modo, por meio da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, foi incluído no Livro II do Código penal, o Título XIII *bis*, sob o título *"Dos delitos de financiamento ilegal de partidos políticos"*, que abrange dois novos preceitos, o art. 304 *bis* e o art. 304 *ter*, mediante os quais se tipificam condutas delitivas que,

<sup>29</sup> Vid, por todos, MAROTO CALATAYUD, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*,

[https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n\\_y\\_financiaci%C3%B3n\\_ilegal\\_de\\_partidos\\_pol%C3%ADticos\\_un\\_an%C3%A1lisis\\_pol%C3%ADtico-criminal](https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n_y_financiaci%C3%B3n_ilegal_de_partidos_pol%C3%ADticos_un_an%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico-criminal), pag. 82, nota 229, ult. Consult. 18 de novembro de 2015.

<sup>30</sup> Cfrs. SAINZ-CANTERO CAPARROS, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", em MORILLAS CUEVA (Direct.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid 2015, pág. 659.

<sup>31</sup> Assim, como delimitaremos, serão consideradas "financiamento ilegal" todas aquelas contribuições, doações ou ingressos realizados e/ou recebidos fora do disposto na LO 8/2007, de 4 de julho, sobre o financiamento dos partidos políticos, e suas sucessivas reformas, e, mais especificamente, quando os valores que custeiam sua atividade forem obtidos fora do disposto pela LOFPP, ou não correspondam aos limites e requisitos previstos no referido diploma. Por exemplo, no caso de doações privadas, o art. 5 LOFPP, estabelece que os partidos políticos não poderão aceitar doações anônimas (apartado 1, a), ou superiores a 50.000 euros (apartado 1 b), ou doações de pessoas jurídicas (apartado 1 c), juntamente com isso obrigam a declarar al Tribunal de contas as doações superiores a 25 mil euros e as doações de bens imóveis (apartado 2).



segundo a Exposição de Motivos da mencionada Lei, consistem em aceitar ou receber doações ilegais, ou que participam em estruturas e organizações cujo principal objeto seja financiar ilegalmente um partido político<sup>32</sup>.

Essa nova incorporação típica implicou uma ampla e profunda modificação do LOFPP, a fim de estabelecer uma harmonização e coesão entre a regulação penal e administrativa dos casos de financiamento dos partidos políticos. É por isso que, em 31 de março de 2015, foi publicada no Boletim Oficial do Estado a LO 3/2015, de 30 de março, sobre o controle da atividade econômico-financeira dos partidos políticos, pela qual se modificam, entre outras, a LO 8/2007, de 4 de julho, e pela qual se regula especificamente o canal por meio do qual são realizadas doações, se delimita o conceito de doação, se proíbem as doações realizadas por pessoas jurídicas, assim como o perdão de dívida por instituições de crédito<sup>33</sup>, se regula expressamente a figura do responsável pela gestão econômico-financeira<sup>34</sup> e se incorpora, junto ao catálogo de infrações muito graves já previstas, uma série de faltas graves e leves, que determinam a imposição de sanções à margem do Direito penal<sup>35</sup>.

Apesar de tudo isso, as incoerências e lacunas na regulação penal nessa matéria seguem sendo graves e importantes. Nesse sentido, aponta NIETO MARTIN<sup>36</sup> que *“a legislação sobre financiamento de partidos tem estado e está repleta de lacunas inexplicáveis que dificultam o controle de seu financiamento, que justamente é percebido como um dos grandes problemas da democracia”*, e assim destaca, por exemplo, a ausência de regulação legal e penal em relação ao financiamento das fundações dos partidos políticos, o que implica a falta de controle

---

<sup>32</sup> Tal como apontado por MUÑOZ CUESTA, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, em *revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015, pág. 1, a descrição contida nos novos artigos 304 *bis* e 304 *ter*, os configura como normas penais em branco, uma vez que a delimitação do que é considerado “financiamento ilegal”, é feita com remissão à LO 8/2007, através da qual são determinados os requisitos e condições do financiamento legal.

<sup>33</sup> Na LOFPP, versão anterior à LO 3/2015, os arts. 4 e 5 permitiam a realizada feita por pessoas jurídicas, e o limite estabelecido era de 100.000 euros; além disso, o art. 4, apartado 4 previa a possibilidade de perdão de dívidas por parte das instituições de crédito sujeitas ao limite de 100.000 euros por ano. Após a LO 3/2015, o mesmo art. 4, apartado 4, parágrafo 2º proíbe expressamente o perdão total ou parcial de dívidas dos partidos políticos.

<sup>34</sup> A LO 3/2015, introduz um novo artigo, o 14 *bis*, em relação ao responsável pela gestão econômico-financeira, no qual se estabelecem tanto os requisitos para sua nomeação, como suas funções e regime de responsabilidade do mesmo.

<sup>35</sup> O art. 17 da LOFPP, estabelece as infrações muito graves no apartado 2º, as graves no apartado 3º e as leves no apartado 4º; enquanto o art. 17 *bis* determina as sanções correspondentes a cada uma.

<sup>36</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, em GOMEZ RIVERO E OUTROS, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Madrid 2015, pág. 472.



da transferência de fundos de um para o outro<sup>37</sup>; do mesmo modo, aponta que, embora seja verdade que, após a última reforma do LOFPP, sejam proibidos os perdões totais ou parciais das dívidas dos partidos políticos por parte das instituições de crédito (art. 4, apartado 4 LOFPP), por considerar que seria uma doação realizada por uma pessoa jurídica, no entanto, esse comportamento, embora constitua uma muito grave da LOFPP, estaria fora da regulação penal, sendo, portanto, atípica<sup>38</sup>.

Em relação à concreta intervenção penal estabelecida pela LO 1/2015, tampouco se produziu da mesma forma e intensidade em todos os âmbitos. De fato, na regulação que se realiza em nosso ordenamento jurídico de financiamento de partidos políticos, é possível distinguir dois grandes âmbitos: o financiamento de campanhas políticas, ou seja, que se refere aos gastos no período eleitoral que está regulada na Lei Orgânica do Regime Eleitoral geral (LOREG); e o financiamento dos gastos ordinários dos partidos políticos, que é a que se refere a mencionada LOFPP.

Não terminam aqui os defeitos dos quais, na minha opinião, padece a regulação desse novo tipo penal, ou dito de uma melhor forma, não começam aqui. A primeira delas vem determinada pela questão de qual seja o bem jurídico que se pretende proteger ao sancionar esse tipo de comportamento. São vários os objetos de tutela que se embaralham, sem que, no momento, exista acordo doutrinário em relação a qual ou quais são esses bens jurídicos, e nem mesmo com relação a se existe um bem jurídico, e se as condutas especificamente reguladas são ou não lesivas para ele ou para os concretos objetos de tutela, ou para qualquer outro com relevância penal, como já expusemos.

Essa indefinição do bem jurídico a proteger provoca um segundo defeito que causa ainda maior confusão sobre o tema: o de sua questionável localização sistemática. A reforma operada pela LO 1/2015 introduz o novo Título XIII *bis*, entre o Título XIII relativo aos delitos contra o patrimônio e a ordem socioeconômica e o Título XIV dos delitos contra a Fazenda Pública e a Seguridad Social. Tal como apontado por SAINZ-CANTERO CAPARROS<sup>39</sup>, resulta surpreendente que uma modificação cuja causa principal se encontra na necessidade de aprimorar e

---

<sup>37</sup> Aponta NIETO MARTIN, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte Especial*, op. cit., *ibidem*, como exemplo, que o pessoal do partido poderia ser aparentemente contratado pela fundação, com o que trabalhando para aquele seja custeado por esta, ou que a fundação pudesse se encarregar de determinados atos ou campanhas do partido, ou pagar a hipoteca ou aluguel das sedes que compartilham, etc.

<sup>38</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, *Ibidem*.

<sup>39</sup> Cfrs. SAINZ-CANTERO CAPARROS, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., págs. 660 e 661.



implementar instrumentos de repressão e prevenção da corrupção pública, como indicado na Exposição de Motivos da Lei, cuja justificação se inclui entre os delitos contra a Administração Pública, termine sistematicamente localizada em um lugar que tem pouco ou nada que ver com a corrupção pública. E isso poderia indicar que, na vontade do legislador, a vertente pública desse tipo de comportamento tem pouca relevância, considerando que se trata de um comportamento corrupto que incide principalmente na esfera privada.

Nada mais distante dessa concepção no que se refere aos partidos políticos, dado que, em minha opinião, se tivesse alguma transcendência no âmbito penal somente estaria justificada desde o prisma do apego do "público" que isso pudesse determinar. É por isso que considero inadequada essa localização sistemática, devendo ter sido situado em outro lugar do Código penal, onde se reflita mais adequadamente a natureza e transcendência dos comportamentos que estão sendo tipificados<sup>40</sup>. Assim, muito acertadamente aponta MUÑOZ CONDE<sup>41</sup> que, embora pudesse ser considerado como um delito de enriquecimento ilícito com caráter patrimonial e econômico,

*"no entanto, dada a importância institucional dos partidos políticos em um Estado democrático como representantes e canalizadores da vontade popular (art. 6 CE), poderia sim ser considerado que se trata de um delito contra a ordem constitucional, cujo correto funcionamento depende de que os partidos políticos exerçam, em condições de igualdade e garantindo o pluralismo político, seu trabalho como representantes da vontade popular sem a mediação dos grandes grupos de pressão econômica".*

Além disso, acrescenta-se a possibilidade de considerá-lo como um delito contra a Administração Pública, desde que o financiamento ilegal seja levado a cabo pelos dirigentes dos partidos políticos que possam ter caráter de autoridade ou

---

<sup>40</sup> No mesmo sentido, aponta SAINZ-CANTERO CAPARROS, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., pág. 661, que teria sido mais conveniente situá-lo como acrescido aos delitos contra a Administração Pública ou mesmo àqueles relativos à Constituição, dado que os partidos políticos, em sua concepção atual, são um instrumento essencial para o desenvolvimento do estado social e democrático de direito, "não apenas por causa das funções a eles atribuídas pela Constituição, senão porque, ao final, no nosso sistema são os partidos políticos que podem mediar, condicionar, compor os órgãos dos quais dependem os três poderes do Estado".

<sup>41</sup> Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015, pág. 475.



funcionário público, o que nos conduziria, inequivocamente, à sua possível sobreposição ao delito de corrupção.

No entanto, são ainda maiores os defeitos de que padece a regulação do novo delito de financiamento ilegal; à dificuldade de delimitar qual seja o bem jurídico que se protege e a sua questionável localização sistemática, acrescenta-se a especialmente criticável técnica de tipificação penal que configura o artigo 304 *bis* como norma penal em branco com uma remissão tão concreta à legislação extrapenal que, por um lado, determinará a impunidade de numerosos comportamentos que estão à sua margem, e, por outro, a modificação direta do conteúdo do injusto mediante a reforma de uma legislação administrativa vulnerando, com isso, de forma clara e direta o princípio da legalidade.

Junto a isso, outra série de deficiências, como a incorporação de um delito de "pertencer" a uma determinada estrutura ou organização que acarretará sérios problemas concursais com os específicos delitos de organização regulados nos arts. 515 ou 570 *bis* e *ss.* do Código penal, a falta de definição de muitos dos termos utilizados, etc. Toda essa defeituosa regulação determina que seja um dos tipos mais questionáveis que foram introduzidos no Código penal, enquanto, como veremos a seguir, levanta sérias dúvidas com relação, tanto à sua legitimidade, como à sua potencial eficácia.

## 2 Regulação penal do financiamento ilegal de partidos políticos

Assim como destacamos, a regulação jurídico-penal dos casos de financiamento irregular de um partido político é dupla<sup>42</sup>. Assim, por um lado podemos identificar o que é conhecido como *financiamento eleitoral ilegal*, que estaria situado no art. 149 da LOREG<sup>43</sup>, onde é sancionada a falsidade na contabilidade que deve

---

<sup>42</sup> Aponta PUENTE ABA, "Delitos electorales", em FARALDO CABANA (Direct.), *Comentarios a la Legislación penal especial*, Lex Nova, 2012, pág. 265, que existem três vias de financiamento para os agentes políticos: o financiamento eleitoral, destinado a cobrir os custos das campanhas eleitorais realizadas por ocasião das eleições, nas quais incorrem as candidaturas apresentados por partidos políticos, coligações, federações e grupos de eleitores (regulada na LOREG); o financiamento dos partidos políticos (regulada na LO 8/2007, de 4 de julho, e modificada pela LO 3/2015, de 30 de março); e os subsídios a grupos parlamentares (regulada nos Regulamentos das duas Câmaras do Parlamento). Cfrs. neste sentido, RODRIGUEZ LOPEZ, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid 2011, págs. 72 e *ss.*; ROMERO FLORES, *Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005, págs. 77 e *ss.*

<sup>43</sup> O art. 149 da LOREG estabelece: "1. Os administradores gerais e das candidaturas dos partidos, federações, coligações ou grupos de eleitores que falsificam as contas, refletindo ou omitindo indevidamente nas mesmas contribuições ou despesas ou utilizando qualquer artifício que suponha aumento ou diminuição dos itens contábeis, serão punidos com pena de prisão de um a quatro anos e multa de doze a vinte e quatro meses. 2. Os Tribunais, tendo em conta a gravidade do fato e suas circunstâncias, poderão impor a pena em um grau menor ao que está indicada no parágrafo anterior".



refletir os rendimentos e gastos realizados durante a campanha eleitoral, com pena de prisão de um a quatro anos, e multa de doze a vinte e quatro meses. Ou seja, a conduta delitiva sancionada, isto é, a falsificação deve recair sobre instrumentos contábeis e contas eleitorais<sup>44</sup>, que estão exclusivamente vinculados para cobrir os custos decorrentes de campanhas eleitorais realizadas de caráter imediatamente prévio à realização das eleições.

Portanto, o que é evidente a partir da análise do tipo penal contido no art. 149 da LOREG é que não se sanciona o financiamento eleitoral irregular, ou seja, a concessão ou obtenção de recursos para cobrir gastos eleitorais que determinem uma infração às restrições legais impostas a este respeito<sup>45</sup>, mas simplesmente a criação de falsidades na contabilidade eleitoral visando ocultar ou dissimular a obtenção de recursos ou a realização de despesas vulnerando os limites legais<sup>46</sup>.

Por outro lado, está o *financiamento ilegal de partidos políticos* com referência direta aos casos de financiamento irregular das despesas ordinárias dos partidos políticos, com infração às exigências e limitações contidas na LOFPP. Essas condutas estão reguladas no novo Título XIII *bis*, arts. 304 *bis* e 304 *ter*, incorporados ao Código penal pela reforma realizada pela LO 1/2015, de 30 de março.

Concretamente se sancionam as irregularidades detectadas com relação ao financiamento privado dos partidos, deixando absolutamente à margem do âmbito penal as condutas irregulares relativas ao financiamento público, isto é, às subvenções públicas, que constituem uma das principais fontes de financiamento<sup>47</sup>.

Dedicaremos, portanto, as páginas seguintes à análise dos principais aspectos desse novo delito introduzido no nosso ordenamento jurídico por meio da reforma penal realizada em 2015, começando pela delimitação de qual ou quais podem ser os bens jurídicos protegidos por meio dessa concreta tipificação.

<sup>44</sup> Cfrs. PUENTE ABA, "Delitos electorales", op. cit., pág. 265.

<sup>45</sup> Assim, a LOREG limita os montantes de dinheiro que podem ser aportados para financiar uma campanha eleitoral, sejam os recursos provenientes de uma pessoa privada ou procedentes do Estado; concretamente, o art. 129, em relação ao financiamento privado, estabelece o limite de 10.000 euros como montante máximo que uma pessoa pode contribuir para as contas abertas por um mesmo partido, federação, coligação ou grupo para as mesmas eleições.; e o art. 127, no que diz respeito ao financiamento público, também limita as despesas suscetíveis de subvenção por parte do Estado.

<sup>46</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte especial*, op. cit., pág. 473; no mesmo sentido, PUENTE ABA, "Delitos electorales", op. cit., pág. 266.

<sup>47</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, *ibidem*, quem afirma que o financiamento ilegal sancionado "se traduz na realização de duplas contabilidades ou na não contabilização das contribuições que recebe o partido político".



## 2.1 Bem jurídico protegido no Financiamento ilegal de partidos políticos

Independentemente da necessidade ou conveniência política da tipificação expressa do delito de financiamento ilegal de partidos políticos, desde o ponto de vista dogmático é necessária a identificação de um ou vários bens jurídicos autônomos que justifiquem e legitimem a intervenção penal nesta matéria<sup>48</sup>, assim como a valoração de se a agressão a esse concreto bem jurídico tal e como tem sido regulada é merecedora de tutela penal, dado que ditos bens ou interesses não encontram adequada proteção em outros segmentos do ordenamento jurídico, ou, inclusive, em outros tipos delitivos do texto penal.

De forma prévia é necessário pontuar que não se pode dar uma resposta simples às questões propostas. De fato, nos encontramos frente a um fenômeno social no qual os numerosos casos de corrupção pública relacionados com financiamento de partidos políticos conhecidos geraram um enorme escândalo e uma grave preocupação na sociedade que poderia “justificar” a inclusão no texto penal desses concretos comportamentos. Acredito que é algo aceito doutrinariamente que a reforma das nossas leis penais não podem, nem devem ser utilizadas como um meio para silenciar a indignação social e para manifestar que o legislador está identificado com determinadas preocupações dos cidadãos<sup>49</sup>; pelo contrário, uma modificação do ordenamento jurídico-penal somente ocorre se for realmente necessária, ou seja, se existem lacunas ou contradições nas normas e sempre que a Constituição permita o recurso ao Direito penal com relação a essa necessidade.

Desde este prisma é evidente que a legislação penal não pode responder a motivos oportunistas ou eleitorais, e que sua única ou principal função não é a de tranquilizar a opinião pública. Entre outras coisas, porque a “intranquilidade da opinião pública”, sua “preocupação” ou o “alarme social” não constituem, na minha opinião, fundamento suficiente para que se requeira uma reforma legislativa em

---

<sup>48</sup> O Direito penal ostenta uma função de proteção com relação a determinados valores ou interesses que asseguram a convivência pacífica da sociedade; função que constitui a justificação e o fundamento da intervenção penal. Assim, a identificação tanto de um bem jurídico que necessita ser protegido, como a existência de condutas nocivas e ofensivas a este, e, portanto, merecedora de pena, se converte no eixo central e irrenunciável da intervenção penal. E isso necessariamente envolve a ilegitimidade de normas penais, ou o que é o mesmo, tipos penais que não protejam bem jurídico algum. Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, em GOMEZ RIVERO/MARTINEZ GONZALEZ/NUÑEZ CASTAÑO, 3ª ed., Madrid 2015, págs. 51 e 56.

<sup>49</sup> A este tipo de tendências se refere DIEZ RIPOLLES, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, em *Actualidad Penal*, nº 1, 1-7, janeiro 2001, pág. 17 que são denominadas *leis identificativas*.



matéria penal<sup>50</sup>. Assim, pois, para a criminalização de condutas é preciso que sejam “*lesivas ou ofensivas de um valor daqueles considerados fundamentais para a convivência*”<sup>51</sup>.

Resulta inegável que os partidos políticos constituem um instrumento indispensável e irrenunciável em um Estado democrático, e que, portanto, cumprem uma função básica para o correto funcionamento deste. E dita importância e transcendência dos partidos políticos encontra seu reflexo inquestionável na Constituição Espanhola, que em seu art. 6 afirma que expressam o pluralismo político, concorrem para a formação e manifestação da vontade popular e são instrumentos fundamentais para a participação política dos cidadãos. Em definitivo, do mandato constitucional se deriva, claramente, que sua principal função consistirá em ser receptores da vontade popular e representá-la e defendê-la nos órgãos representativos do Estado. Assim, afirma OLAIZOLA NOGALES<sup>52</sup> que “*estas funções podem ser resumidas em uma: a de ser os partidos os intermediários entre a sociedade e o Estado*”.

Efetivamente, é evidente que tanto a formação como a manifestação da vontade popular devem ser produzidas de uma forma absolutamente livre de ingerências externas com pretensões a favorecer interesses e vontades particulares, e que estas ingerências quebram o critério objetivo e produzem uma perturbação grave nas funções de formação e manifestação da vontade popular ao implicar que não coincidam a vontade dos cidadãos que votam em um partido e o seu real conteúdo programático.

Em definitivo, os partidos políticos são considerados sujeitos imprescindíveis para o funcionamento do Estado democrático representativo, constituindo o principal, e quase o único veículo de expressão política cidadã<sup>53</sup>. Dessa forma, sendo certo que não resulta preciso garantir que a formação e manifestação da vontade popular se realize de maneira livre e, portanto, seja

---

<sup>50</sup> Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, em *Revista penal*, nº 37, Janeiro 2016, pág.115.

<sup>51</sup> Cfrs. SAINZ-CANTERO CAPARROS, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., pág. 662.

<sup>52</sup> Cfrs. OLAIZOLA NOGALES, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código penal”, A Lei 2637/2015, pág. 1.

<sup>53</sup> Cfrs. OLAIZOLA NOGALES, *ibidem*; NAVARRO MENDEZ, *Partidos políticos y “democracia interna”*, Madrid 1999, págs. 236 e ss.



garantido o correto funcionamento do sistema de partidos políticos, resta por determinar se este é um interesse digno de ser protegido pelo direito penal, bem como se é o único que tem que proteger<sup>54</sup>.

Com anterioridade à reforma de 2015, que tipificou expressamente o delito de financiamento ilegal, a doutrina havia destacado que eram vários os interesses ou bens jurídicos merecedores de proteção penal neste âmbito. Assim, de forma genérica se considerou objeto de tutela *o correto funcionamento do sistema democrático de partidos, caracterizado pela transparência em seu financiamento, a igualdade de todas as formações políticas, e pela necessária confiança dos cidadãos neste sistema*<sup>55</sup>. Se trata, portanto, por parte da doutrina, de identificar interesses mais concretos que podem derivar-se desse correto funcionamento de um sistema democrático de partidos, e é, neste ponto, onde começam a surgir os matizes doutrinários.

Junto a este correto funcionamento democrático do sistema de partidos, pode-se identificar outra série de interesses igualmente dignos de proteção como a *transparência no financiamento, a igualdade de oportunidades* entre as distintas forças políticas, a *democracia interna* dentro dos partidos e, obviamente, a *confiança dos cidadãos* no funcionamento deste sistema de partido, que é a base fundamental do Estado democrático.

Com relação ao correto funcionamento do sistema de partidos, e aos distintos interesses involucrados (transparência, igualdade, democracia interna, confiança) é preciso apontar, como afirma NIETO MARTIN<sup>56</sup>, que *“este objetivo se concreta, em primeiro lugar, ao garantir que os partidos políticos atuem defendendo os interesses de classe ou políticos que tenham mercados, mas não acabem sendo*

---

<sup>54</sup> De fato, na atividade legislativa que desembocou na incorporação deste delito não estava claro o seu objeto de proteção; de fato, a proposta inicial apresentada pelo PP se referia aos artigos X e Y, sem referência concreta a sua localização sistemática. As propostas realizadas por outros grupos parlamentares eram radicalmente diferentes, assim UPyD y Compromís propuseram a incorporação como delito contra a Administração Pública, como uma outra modalidade dos delitos de corrupção ou de suborno, o PNV propõe entre os delitos relativos ao mercado e aos consumidores, enquanto o Grupo Parlamentar Socialista propõe a localização que foi efetivamente adotada, isto é, os arts. 304 *bis* e *ter*, cfrs. MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., págs. 760-761.

<sup>55</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, “Financiación ilegal de partidos políticos”, em ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTIN (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006, págs. 120 e ss; OLAIZOLA NOGALES, *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014, págs. 191 e 192; PUENTE ABA, “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, em *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, GORRIZ ROYO/MATALLIN EVANGELIO (Coord.), GONZALEZ CUSSAC (Director), 2ª ed., Valencia 2015, pág. 908; SAINZ-CANTERO CAPARROS, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., págs. 662 e ss.

<sup>56</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte Especial*, op. cit., págs. 473 e 474.



*uma ferramenta nas mãos de determinados interesses privados*". Ao mesmo tempo, se exige, para este correto funcionamento, que seja cumprido o mandato de igualdade de oportunidades entre as forças políticas, no sentido de igualdade de armas e recursos, assim como a transparência patrimonial dos partidos, que constituem requisitos indispensáveis para que o voto possa ser verdadeiramente responsável e, portanto, livre<sup>57</sup>.

Do mesmo modo, é preciso garantir a existência de democracia interna e evitar a oligarquização das organizações políticas, aspectos diretamente afetados pelo financiamento ilegal de um partido político<sup>58</sup>.

Contudo, é neste ponto que claramente divergem OLAIZOLA NOGALES<sup>59</sup>, para quem o funcionamento do sistema de partidos políticos não é, por si só, o que constitui um bem jurídico merecedor de proteção penal, entendendo que *"o critério para decidir quando uma conduta de financiamento ilegal merece reprovação penal e quando não deve derivar das próprias funções constitucionais que exercem os partidos políticos para com os cidadãos"*; funções que derivam do art. 6 da Constituição espanhola e que se concretam no que constitui uma expressão do pluralismo político, concorrendo para a formação e manifestação da vontade popular, sendo instituições fundamentais para a participação política.

Sobre esta base, considera essa autora que o delito de financiamento ilegal somente encontrará justificação e legitimidade desde um prisma de punição daqueles comportamentos que perturbem as mencionadas funções de serviço aos cidadãos que cumprem os partidos. Deste modo, dado que os partidos políticos são instrumentos necessários para a participação dos cidadãos na vida política, em consequência

*"não qualquer perturbação da transparência financeira ou da igualdade entre as forças políticas ou da democracia interna dos partidos será suficiente para ser tipificada penalmente através de um tipo autônomo, senão que se sancionarão*

<sup>57</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, "Financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., pág. 123.

<sup>58</sup> Cfrs. MAROTO CALATAYUD, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, op. cit., págs. 180 e ss.; NIETO MARTIN, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pág. 474.

<sup>59</sup> Cfrs. OLAIZOLA NOGALES, "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código penal", op. cit., págs. 1 e 2; previamente, a mesma autora, em *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., pág. 192.



*penalmente aquelas condutas que, transcendendo o âmbito interno do partido, suponham uma perturbação da manifestação da vontade popular*<sup>60</sup>.

Não compartilho com a postura sustentada pela referida autora no que se refere a excluir do âmbito típico os comportamentos que permaneçam no âmbito interno da organização do partido político, sem uma manifesta transcendência ao exterior. Efetivamente, podem existir condutas, e de fato existem<sup>61</sup>, que, implicando em um *financiamento privado* dos partidos políticos<sup>62</sup>, sem uma aparente transcendência exterior, como poderia ser a utilização de fundos do partido de maneira extraoficial, afetem tanto a transparência como a democracia interna do próprio partido, ao implicar uma posição de superioridade e maior capacidade de influência de determinado membro ou setor que dispõe de fundos próprios, e isso, logicamente, determina uma ingerência de interesses alheios à pura vontade popular que lesiona as funções constitucionalmente estabelecidas e, sobretudo, que determina uma quebra da confiança que os cidadãos depositam nos partidos como representantes diretos da sua vontade.

Por isso, considero que essa *democracia interna* que constitui um dos aspectos do correto funcionamento dos partidos políticos é um interesse merecedor de proteção, não só porque se trata de um mandato constitucional, senão porque “*só observando os valores democráticos uma formação política poderá respeitar o pluralismo ideológico e representar corretamente as distintas sensibilidades que a integram*”<sup>63</sup>. É evidente a capacidade que possuem os partidos políticos e, sobretudo quando estão governando, com relação à conformação das decisões públicas e o

<sup>60</sup> Cfrs. OLAIZOLA NOGALES, *ibidem*.

<sup>61</sup> Isso pode ser comprovado, por exemplo, no conhecido *caso Bárcenas*, onde se realizava o pagamento de bônus e outro tipo de bens a determinados dirigentes do Partido Popular, em detrimento de outros, mediante fundos que permaneciam em um “caixa B”, e inclusive pagavam reformas e despesas das instalações próprias da organização política que talvez não tiveram um efeito direto externo ao próprio partido, mas, claro, afetavam não só as regras do jogo em matéria de igualdade de oportunidades, tanto dentro como fora da organização, senão que incidiram de maneira relevante e inegável na confiança dos cidadãos com relação ao correto funcionamento do sistema de partidos, e, conseqüentemente, do sistema democrático. De fato, o tão “reivindicado” fim do bipartidismo encontra sua razão principal e direta nesta perda de confiança.

<sup>62</sup> NIETO MARTIN afirma que existem duas formas de financiamento privado oculto: uma direta na qual o partido recebe os fundos e constitui um caixa negro com isso, sem os incluir na contabilidade, e outro indireto, na qual o objetivo prioritário é ocultar a identidade do doador ou a quantia da doação. É possível que em alguns casos não haja transcendência externa, mas como já dissemos, isso não implica que possa afirmar que por isso não se está descumprindo as funções atribuídas em um Estado Democrático, muito pelo contrário, cfrs., “Financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., pág. 133.

<sup>63</sup> Cfrs. OLAIZOLA NOGALES, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, op. cit., pág. 205 quem, contudo, chega a uma conclusão diversa daquele sustentada neste trabalho, ao afirmar que “*a democracia interna em si não tem valor suficiente para ser reconhecida como um bem jurídico-penal, ao menos não de forma autônoma. Não acredito que a perturbação dos processos internos dos partidos políticos tenha importância suficiente para constituir um injusto específico*”, e afirma que a esses casos poderá solucionar por via administrativa, cfrs. op. cit. pág. 206.



domínio sobre a Administração Pública e suas instituições, e, por isso, o financiamento irregular de um partido político por pessoas, empresas ou grupos de interesses pode implicar o mesmo risco para o correto funcionamento de todo o sistema democrático e da Administração Pública que aquele derivado de um determinado ato de corrupção a um funcionário público<sup>64</sup>. Dito de outra forma, o poder de influência nas decisões e políticas de um partido através de um financiamento oculto ou ilegal abre as portas para aqueles que financiam visando influenciar a Administração Pública e os assuntos públicos<sup>65</sup>.

Todavia, como demonstrado no item anterior, o problema radica, na minha opinião, que se entendemos ser este o objeto de tutela, estaríamos definitivamente centrando-o na proteção do correto funcionamento da Administração Pública, na medida em que a *ratio criminis* da tipificação penal radica no risco que um aporte interessado de dinheiro implicará em uma influência no funcionamento do sistema democrático e da própria Administração Pública. Dessa forma, em verdade se estaria advogando por um bem jurídico essencialmente idêntico ao sustentado nos delitos contra a Administração Pública e, concretamente, com relação ao delito de corrupção, e isso implicaria uma dupla opção: ou deixamos à margem da regulação penal aqueles comportamentos que não reúnam os elementos típicos do delito de corrupção (ou qualquer outro delito contra a Administração Pública) respeitando com isso a legitimidade da intervenção penal, o princípio da ofensividade a bens jurídicos e o caráter de *ultima ratio*; ou tipificamos aquelas condutas carecedoras *per se* de ofensividade lesiva para o objeto de proteção, acudindo assim a um *delito de suspeita* ou à técnica de *perigo do perigo*, com a conseguinte vulneração dos princípios e garantias que informam o Direito penal que isso implica, e o adiantamento desmedido e injustificado da barreira da intervenção penal carente de toda legitimidade e própria de um Direito penal preventivo.

Portanto, com base em tudo que foi exposto, considero que com o delito de financiamento ilegal de partidos políticos introduzido pela LO 1/2015, o que se pretende proteger é o *correto funcionamento do sistema de partidos políticos*

<sup>64</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., pág. 474.

<sup>65</sup> A uma proposta similar chega MUÑOZ CUESTA “La financiación ilegal de partidos políticos. Estado actual de la cuestión. Examen del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., pág. 6 ao afirmar que “se poderá prevenir um enriquecimento ilícito das pessoas que estão à frente dos partidos políticos, do que pode derivar uma ação desviada do poder ao alcançar os cargos públicos aspirados em condições desiguais com relação a outros entes que participam da vida política”.



estabelecido pelo art. 6 da Constituição Espanhola, entendido como uma manifestação do *correto funcionamento do sistema democrático*. Este concreto objeto de tutela se manifesta em uma série de interesses autônomos de extraordinária importância para o funcionamento do sistema democrático, ou seja: *a transparência no financiamento, a igualdade de oportunidades nas distintas forças políticas e a democracia interna*, na medida em que todos esses são essenciais para *a confiança dos cidadãos no funcionamento do sistema democrático*<sup>66</sup>. Contudo, ademais, tudo isso deriva das específicas funções indicadas no mencionado art. 6 do texto constitucional: *pluralismo político, formação e manifestação da vontade popular e participação política*.

Como afirma SAINZ-CANTERO CAPARROS<sup>67</sup>,

*“o financiamento anômalo de partidos políticos, a medida em que rompe com as regras de igualdade, objetividade e transparência do sistema democrático de partidos é em si mesmo antijurídico; alcançando sua mais grave e intolerável dimensão quando se converte em um mecanismo para condicionar de forma manifesta o normal cumprimento de tais funções”.*

### 3 Conclusão

Portanto, é a distorção do correto funcionamento do sistema de partidos políticos, sobre a base do descumprimento das funções que lhe são expressamente atribuídas, o que poderia ser considerado como objeto a tutelar pelo ordenamento jurídico. Questão distinta, como reiteradamente temos pontuado, é o fato de se realmente o recurso ao direito penal, ou seja, a tipificação expressa desse tipo de comportamento está ou não justificada sobre a base de criminalizar comportamentos que efetivamente, e de maneira grave, sejam ofensivos com relação a esse bem jurídico, ou se haveria bastado uma regulação extrapenal de ditos comportamentos.

Em resumo, assim como temos apontado ao longo destas páginas, resulta altamente questionável que o concreto interesse que se pretende proteger com a tipificação do delito de financiamento ilegal de partidos políticos seja realmente um

<sup>66</sup> Cfrs. NIETO MARTIN, “Financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., pág. 123.

<sup>67</sup> Cfrs. SAINZ-CANTERO CAPARROS, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., pág. 666.



bem jurídico merecedor e que necessita de proteção. O que é o mesmo naqueles casos em que as condutas realizadas sejam tão graves que possam implicar um perigo direto para o correto funcionamento de um sistema democrático por tratar-se de comportamentos com vistas à obtenção de influências ou favores dos organismos da Administração Pública, a resposta já se encontraria no Código penal mediante a aplicação dos tipos penais de corrupção ou outros delitos contra a Administração Pública, que determinaria que, nesses casos, a proteção autônoma não era necessária, ante as figuras já existentes. Por outro lado, os casos restantes nos quais os comportamentos não suponham esse risco direto para o interesse protegido, careceria de legitimidade a intervenção penal, porquanto não haveria nem sequer uma potencialidade lesiva com relação a um bem jurídico que se encontra excessivamente distante dos ditos comportamentos, ou seja, não seriam comportamentos merecedores de proteção penal.

Todavia, feitas todas essas considerações, é certo que o novo delito de financiamento ilegal de partidos políticos foi incorporado em nosso Código penal, o que nos obriga à sua análise sistemática.

## REFERÊNCIAS

ARIÑO ORTIZ, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la sociedad civil, nº 1, 2009, <http://www.medioscan.com/pdf/financiacionpartidos.pdf>, ult. consult. 28.10.2016.

BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, Enero 2016

CANCIO MELIA, “Delitos de organización”, en *Revista electrónica del Instituto latino americano de Estudios en ciencias penales y criminológicas*, 006-01 (2011), [www.ilecip.org](http://www.ilecip.org).

CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, en *la Ley penal*, nº 86, octubre 2011.

CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, “Delos delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (direct.), *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015.

FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia 2012.

GARCIA ARAN, “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos”, en MAQUEDA ABREU, MARTIN LORENZO, VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios*



*penales en Homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016.

GOMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, en GOMEZ RIVERO/MARTINEZ GONZALEZ/NUÑEZ CASTAÑO, 3ª ed., Madrid, 2015.

JAEN VALLEJO y PERRINO PEREZ, *La reforma penal de 2015: análisis de las principales reformas introducidas en el Código penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Dykinson, 2015.

MAROTO CALATAYUD, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, [https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n\\_y\\_financiaci%C3%B3n\\_ilegal\\_de\\_partidos\\_pol%C3%ADticos\\_un\\_an%C3%A1lisis\\_pol%C3%ADtico-criminal](https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n_y_financiaci%C3%B3n_ilegal_de_partidos_pol%C3%ADticos_un_an%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico-criminal), ult. Consult. 18 de noviembre de 2015.

*La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid 2015.

“Financiación ilegal de partidos políticos”, en QUINTERO OLIVARES Y OTROS, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi 2015

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015

MUÑOZ CUESTA, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015. “La financiación ilegal de partidos políticos. Estado actual de la cuestión. Examen del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233), ult. consult. 24 de enero de 2017

NAVARRO CARDOSO, “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, diciembre de 2014

NAVARRO MENDEZ, *Partidos políticos y “democracia interna”*, Madrid 1999.

NIETO MARTIN, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTIN (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006.

NIETO MARTIN, en GOMEZ RIVERO Y OTROS, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 2015.

NUÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013.

NUÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, en GOMEZ RIVERO/MARTINEZ GONZALEZ/NUÑEZ CASTAÑO, 3ª ed., Madrid 2015.



NUÑEZ CASTAÑO, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista penal*, nº 37, Enero 2016.

OLAIZOLA NOGALES, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código penal”, La Ley 2637/2015. *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014.

PUENTE ABA, “Delitos electorales”, en FARALDO CABANA (Direct.), *Comentarios a la Legislación penal especial*, Lex Nova, 2012.

PUENTE ABA, “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, GORRIZ ROYO/MATALLIN EVANGELIO (Coord.), GONZALEZ CUSSAC (Director), 2ª ed., Valencia 2015. <http://0-biblioteca.tirant.com.fama.us.es/cloudLibrary/ebook/info/9788490869451>

PUENTE ABA, “Perteneencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art- 304 ter Cp)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, GORRIZ ROYO/MATALLIN EVANGELIO (Coord.), GONZALEZ CUSSAC (Director), 2ª ed., Valencia 2015. <http://0-biblioteca.tirant.com.fama.us.es/cloudLibrary/ebook/info/9788490869451>

RODRIGUEZ LOPEZ, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid 2011.

ROMERO FLORES, *Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en MORILLAS CUEVA (Direct.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid 2015

SANDOVAL CORONADO, “La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del «caso Pallerols»”, en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, PUENTE ABA (Directora), Barcelona, 2015

VERA SANCHEZ, “De las organizaciones y grupos criminales”, en en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (direct.), *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015.



## PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA SUBSIDIARIEDADE: DIFERENCIAÇÕES E ANÁLISE QUANTO À REITERAÇÃO DELITIVA

### PRINCIPLES OF INSIGNIFICANCE AND SUBSIDIARITY: DIFFERENTIATIONS AND ANALYSIS AS TO CRIMINAL REITERATION

Autor: Gustavo de Carvalho Guadanhin\*

**Resumo:** A partir da análise de dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, procura-se evidenciar que a incorreta identificação dos princípios da insignificância e da subsidiariedade comprometem seu rendimento, notadamente diante de situações de reiteração delitiva.

**Palavras-chave:** Princípio da insignificância – Princípio da subsidiariedade – Reiteração delitiva

**Abstract:** From the analysis of two judgments of the Superior Court of Justice, it is sought to highlight that the incorrect identification of the principles of insignificance and subsidiarity compromise its performance, notably in situations of criminal reiteration.

**Keywords:** Principle of insignificance – Principle of subsidiarity – Criminal reiteration

## 1 Introdução

Partindo-se de dois recentes julgados da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ambos da mesma relatoria, utilizando-se de jurisprudência consolidada da Corte acerca do princípio da insignificância, pretende-se demonstrar que um melhor refinamento de seu conceito, bem como o cotejamento com o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, pode eliminar aparentes contradições de sua aplicação. São eles:

*1º julgado – crimes fiscais (descaminho):*

PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.688.878/SP, sob o rito dos repetitivos, fixou a seguinte tese, a saber,

---

\* Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Procurador da República.



"incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda" (REsp n. 1.688.878/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018).

2. Contudo, a reiteração delitiva no crime de descaminho impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Recurso improvido.

(STJ, 6ª Turma, RHC 124393/PR, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 27.09.2022, in DJe 04.10.2022)

*2º julgado – crimes patrimoniais (furto):*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Esta Corte "tem admitido, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância ainda que se trate de réu reincidente, considerando as peculiaridades do caso em exame, em que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente" (AgInt no AREsp n. 948.586/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/8/2016, DJe 29/8/2016).

3. Na hipótese, e excepcionalmente, são inequívocos a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade, a mínima ofensividade da conduta e, ainda, a inexpressiva lesão jurídica ocasionada, tendo em vista que se trata da tentativa de subtração de barras de chocolate avaliadas em R\$ 57,66 (cinquenta e sete reais e sessenta e seis centavos), quantia essa que equivale a aproximadamente 6% do salário mínimo vigente à época dos fatos, não podendo ser desprezado, ainda, o fato de eles terem sido prontamente recuperados, de o delito ter sido praticado sem violência ou grave ameaça e da natureza do bem.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 2237018/MG, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 21.03.2023, in DJe 27.03.2023)

Far-se-á, portanto, a diferenciação entre os princípios da insignificância e da subsidiariedade para, em seguida, identificar-se qual deles foi realmente ofendido em cada caso concreto e, por fim, determinar o papel da reiteração delitiva (ou de conduta), na aplicação de cada um deles.



## 2 Insignificância e subsidiariedade: uma necessária diferenciação

O princípio da insignificância e o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, muito embora sejam constitucionalmente fundamentados nas garantias materiais do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal) – razão pela qual são normas de direito fundamental atribuídas<sup>1</sup> – e atinjam diretamente a tipicidade material de um delito, possuem conteúdos bastante distintos.

Ora, se as garantias formais<sup>2</sup> do princípio da legalidade podem ser identificadas com a fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (reserva legal), *stricta* (proibição da analogia), *prævia* (anterioridade) *et certa* (taxatividade), as garantias materiais<sup>3</sup> (*nulla poena, nullum crimen sine lege valida*) englobam o princípio da intervenção mínima, o princípio do fato, o princípio da alteridade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da ofensividade.

No que diz respeito ao princípio da insignificância, ele é a faceta concreta do princípio da ofensividade. Explica-se. Por meio do princípio da ofensividade ou lesividade, projeta-se a necessidade de que os fatos incriminados representem uma ofensa a um determinado e específico bem jurídico-constitucional, consistente em sua lesão ou perigo de lesão, exigindo-se, pois, um resultado jurídico ao delito (*nulla lex sine iniuria*)<sup>4</sup>. Entretanto, se a norma jurídica incidir igualmente tanto para um ataque substancial ao bem jurídico quanto para outro irrisório, haverá afronta à

<sup>1</sup> A conclusão de que um princípio não positivado possa ter um *status* atribuído de norma de direito fundamental é dado pelo estabelecimento de relações de refinamento, ou seja, um processo de densificação semântica justificada em normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional (cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69-76). Vale lembrar que a norma jurídica a ser encontrada decorre da interpretação de todo o Direito e não apenas de uma parte dele (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113), destacando-se a necessária integração entre o fato, o valor e a norma para a sua aplicação ao caso concreto (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53-65), de modo que a subsunção, quando ocorrer, não será obra de um silogismo formal (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 75-105), mas obedecerá a lógica da argumentação, ou seja, a lógica do razoável (ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. Bauru: Edipro, 2000. p. 397-398; PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 469-558).

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. t. 1, p. 140-141; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 22-29.

<sup>3</sup> As garantias materiais do princípio da legalidade penal aqui identificadas figuram no trabalho de outros autores com pequenas variações quantitativas, terminológicas e acerca da inferência que se possa fazer dos princípios do Estado Democrático de Direito (cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**, cit., t. 1, p. 58-71; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 348-350).

<sup>4</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35 e 38.



igualdade material<sup>5</sup>. Por essa razão, o princípio da insignificância nada mais é que o reconhecimento de que, em uma determinada situação, houve uma ínfima exposição do bem jurídico constitucionalmente tutelado, isto é, trata-se de um instituto ligado à análise do resultado jurídico concretamente analisado<sup>6</sup>.

Por sua vez, o princípio da subsidiariedade é um dos três corolários do princípio da intervenção mínima, ou seja, o Direito Penal, como um dos mecanismos de controle social formal dos quais dispõe o Estado, deve ser utilizado, se demonstrada for a sua capacidade de tutela (princípio da efetividade), somente nos ataques mais expressivos que sofrem os bens jurídicos (princípio da fragmentariedade), notadamente nas circunstâncias em que não tenham êxito os métodos menos gravosos de outros ramos do direito, configurando-se, assim, como a *ultima ratio* do sistema jurídico (princípio da subsidiariedade)<sup>7</sup>.

Evidentemente que, dentro de diferentes modelos de dogmática penal, são nos funcionalistas (sistema aberto, de orientação teleológica) que os princípios atingem uma normatividade não apenas *de lege ferenda*, mas também *de lege lata*, pois eles incorporam postulados de política criminal na verificação do delito e, com isso, buscam um equilíbrio entre o “dogmaticamente correto” e o “político-criminalmente satisfatório”, mais condizente com um Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>.

Fixados os preceitos teóricos, deve-se, então, passar à análise dos julgados selecionados quanto aos dois principais temas eleitos.

### 3 Qual o princípio ofendido?

Em um primeiro momento, é comum encontrar decisões judiciais mencionando a ofensa ao princípio da insignificância englobando casos em que, objetivamente, se não há uma ínfima exposição do bem jurídico tutelado, também não há motivos para uma condenação criminal. Normalmente, são exemplos que

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21-22.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48; VICO MAÑAS, Carlo. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 55-56.

<sup>7</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 55-70.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: IB de f, 2010. p. 109-110, 149-152, 221-226 e 597-601; ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, cit., p. 28-32; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 232.



envolvem crimes fiscais, especialmente o descaminho (art. 334 do Código Penal), como é o caso do primeiro julgado aqui colacionado.

Ora, como assevera Bottini<sup>9</sup>, a utilização do patamar mínimo para o processo de execução fiscal como critério de aplicação do princípio da insignificância gera significativa distorção em comparação com sua aplicação aos delitos patrimoniais comuns, como o do segundo julgado.

Contudo, não há realmente sentido em submeter uma pessoa a um processo criminal pela falta de recolhimento de um tributo que não seria sequer cobrado no âmbito administrativo. O que acontece, porém, é que a fixação de valores para a cobrança das dívidas perante a Fazenda Pública leva em consideração os custos processuais para sua persecução, ou seja, razões de ordem pragmática que em nada se relacionam com a avaliação de agressão ao bem jurídico tutelado, pois, ante a realidade brasileira, costumam ser valores expressivos.

Dessa forma, a única conclusão que pode ser extraída dentro de um sistema penal é que, tratando-se de um montante relevante, significativo, mas que, em virtude dos custos processuais, não seria exigido pela Administração Pública, estar-se-ia diante não do princípio da insignificância, mas da indevida avaliação da própria subsidiariedade do Direito Penal.

Portanto, ao se nomear erroneamente o princípio ofendido, apenas se fomenta a utilização de critérios distorcidos para a sua identificação, diminuindo-lhe o rendimento.

#### **4 Reiteração delitiva e suas repercussões no princípio da insignificância e no princípio da subsidiariedade**

A segunda discussão é o tratamento conferido à reiteração delitiva. Isso é feito em virtude das balizas fixadas pelo HC 84.412 do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> para o princípio da insignificância, quais sejam: (i) ausência de periculosidade social da ação; (ii) mínima ofensividade da conduta do agente; (iii) inexpressividade da lesão jurídica causada; e (iv) falta de reprovabilidade da conduta.

Nota-se que esse julgado extrapolou o conteúdo do princípio da insignificância em si mesmo considerado – visto que somente a “inexpressividade da

<sup>9</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 248-249.

<sup>10</sup> STF, 2ª Turma, HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 19.10.2004, in *DJ* 19.11.2004, p. 37.



lesão jurídica causada” o reflete –, no intuito de também trazer três requisitos que remetem ao desvalor da conduta para uma maior ponderação de sua aplicação em cada caso concreto, dentre os quais extrai-se a reiteração delitiva<sup>11</sup>.

Assim, a falta de uma maturidade doutrinária anterior ao uso jurisprudencial do princípio da insignificância fez com que se considerasse a reiteração de conduta como parte integrante de seu próprio conteúdo. Dessa forma, é possível até mesmo encontrar classificações do princípio da insignificância que geram reflexos na consideração da reiteração delitiva do agente. É o caso de Pascolati Júnior<sup>12</sup>, que diferencia: (i) a insignificância absoluta, cujos fatos já “nascem desprezíveis” e, por isso, excluiriam a tipicidade, não havendo interferência da reiteração da conduta para a sua configuração; da (ii) insignificância relativa, a qual denotaria a desnecessidade concreta de aplicação da penalidade, razão pela qual excluiria a culpabilidade, sendo o fato de o comportamento antissocial do agente, que faria da prática de pequenos delitos o seu meio de vida, um impeditivo para o uso do princípio.

Posteriormente, o advento da Lei nº 13.964/2019, que inseriu o art. 28-A, § 2º, II, *in fine*, do Código de Processo Penal, a par de trazer ao ordenamento jurídico brasileiro positivo a primeira menção ao princípio da insignificância, fê-lo no mesmo inciso que trata da reincidência e também da conduta reiterada do investigado<sup>13</sup>, acirrando ainda mais a discussão sobre se esses aspectos subjetivos devem ou não ser considerados para a aplicação específica do princípio da insignificância<sup>14</sup>.

Essa questão, de fato, pode ser mais bem equacionada ao se compreender que a reiteração de conduta é uma manifestação do princípio da subsidiariedade e que a sua ponderação na aplicação do princípio da insignificância,

<sup>11</sup> GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância**: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018. p. 93-98.

<sup>12</sup> PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. **Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 28-36 e 75-84.

<sup>13</sup> O legislador utilizou-se, ao lado da reincidência, de três figuras, quais sejam: (i) habitual, isto é, parte de uma pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma característica do agente e não da infração penal (diferenciando-se, portanto, do crime habitual, em que ela é elementar do tipo); (ii) reiterada, ou seja, aquela que é repetida, renovada; ou (iii) profissional, que realça o fato de a pessoa fazer da prática de certa atividade um ofício ou uma profissão. Todas elas, todavia, podem ser englobadas na definição de conduta criminal reiterada (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 281).

<sup>14</sup> Para uma reflexão específica acerca do princípio da insignificância e a reiteração de conduta, v. GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. O princípio da insignificância e a reiteração de conduta no acordo de não persecução penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 338, p. 10-12, jan. 2021.



utilizando-se do critério gradualista-quantitativo desenvolvido por Alexy<sup>15</sup>, identificará, presentes determinadas condições concretas, relações de precedência que levarão ora à prevalência do princípio da insignificância e, com isso, à atipicidade da conduta, ora à preponderância do princípio da subsidiariedade. Neste caso, demonstra-se que se está diante de uma situação em que a aplicação de uma sanção penal, como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, é necessária ante a ineficácia de outros subsistemas jurídicos já aplicados.

Isso pode ser muito bem ilustrado opondo-se as relações de precedência decorrentes de crimes patrimoniais (2º julgado), seara em que o princípio da insignificância é mais bem compreendido, daquelas utilizadas em crimes fiscais (1º julgado), nos quais, como visto no item anterior, necessita-se de uma melhor precisão terminológica, visto que se trata de princípio da subsidiariedade.

Assim, no exemplo da tentativa de furto de objetos de pequeno valor, a inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado não foi eclipsada pela verificação de condutas semelhantes pelo agente do fato, levando-se à atipicidade. A seu turno, para o delito de descaminho, ainda que os tributos ilididos sejam inferiores ao montante de R\$ 20.000,00, valor identificado pelo Ministério da Fazenda como dispensável de ajuizamento de execução fiscal, a reiteração delitiva assume um peso maior, dada a insuficiência das sanções civis e administrativas (as quais incluem o perdimento das mercadorias) para coibir a sua repetição pelo agente, deixando-se evidente que se trata, na verdade, da aplicação do princípio da subsidiariedade.

A exclusão da atipicidade em virtude da ofensa ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal ainda poderia ser adequadamente refinada se, aliada à reiteração delitiva, fosse também considerada a chamada multirreincidência cumulativa<sup>16</sup>, isto é, aquela em que o agente pratica reiterados ataques ao mesmo bem jurídico, contra a mesma vítima, cuja individualidade é insignificante (ou, no caso dos delitos fiscais, inaptos à persecução criminal), mas o resultado não, razão pela qual o fato deveria ser considerado como único, a despeito do fracionamento da conduta<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 89-90.

<sup>16</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 112-117.

<sup>17</sup> Importante ressaltar que essa situação é diferente dos chamados “delitos de acumulação”, sintetizada por Feinberg (FEINBERG, Joel. **The moral limits of the criminal law: harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1, p. 225-226) na indagação “*What if everybody did it?*” (“e se todos fizessem a mesma coisa?”),



Dessa forma, no caso do crime de descaminho (1º julgado), a multirreincidência cumulativa apenas justificaria uma repercussão criminal coerente com o princípio da subsidiariedade se a somatória dos tributos ilididos nos últimos 5 anos for superior ao montante de R\$ 20.000,00, por estar apto ao ajuizamento da competente execução fiscal, a teor do disposto no art. 20, § 4º, Lei n. 10.522/2002, no prazo disposto no art. 174, *caput*, do Código Tributário Nacional. Isso porque não haveria sentido imaginar o afastamento do princípio da subsidiariedade ante uma sequência de lesões insignificantes ao bem jurídico tutelado, como já é acentuado no caso de crimes patrimoniais (2º julgado).

Essas reflexões apenas corroboram que ao princípio da insignificância interessa somente a avaliação concreta da lesão ou perigo de lesão a que foi exposto o bem jurídico tutelado, não importando a análise da reiteração de conduta (salvo se dentro de um contexto de real fracionamento de condutas), ao passo que essa análise se mostra adequada e relevante na aferição da aplicação do princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

## 5 Conclusão

A análise dos dois julgados do Tribunal da Cidadania traz à tona que o uso jurisprudencial anterior ao desenvolvimento doutrinário do princípio da insignificância fez com que nele se inserissem questionamentos alheios à irrisória lesão ou perigo de lesão que sofre determinado bem jurídico-constitucional, como é o caso da reiteração delitiva (conclusão a que se chega no 2º julgado).

Além disso, nos crimes fiscais, a exemplo do descaminho (1º julgado), a utilização do montante utilizado pelo Estado para o não ajuizamento de uma execução fiscal como se insignificante fosse, além de distorcer a compreensão do princípio, confunde-o com o princípio da subsidiariedade, o qual verifica a necessidade da sanção penal ante outros meios que dispõe ordenamento jurídico (como as sanções administrativas e civis), caso em que a reiteração de conduta do agente ganha relevância em sua avaliação.

---

ou seja, somados os resultados insignificantes individualmente considerados, inclusive os perpetrados por agentes diferentes, resultar-se-ia em um dano concreto considerável ao bem jurídico tutelado. Nesse caso, o afastamento do princípio da insignificância para justificar a persecução penal beiraria à responsabilidade penal objetiva.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. Bauru: Edipro, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- FEINBERG, Joel. **The moral limits of the criminal law: harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018.
- \_\_\_\_\_. O princípio da insignificância e a reiteração de conduta no acordo de não persecução penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 338, p. 10-12, jan. 2021.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. **Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. t. 1.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: IB de f, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VICO MAÑAS, Carlo. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.



## RESPONSABILIDADE PENAL DA EMPRESA: A CULPABILIDADE E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

### CORPORATE'S CRIMINAL LIABILITY: CULPABILITY AND COMPLIANCE PROGRAMS

Autor: Luís Cláudio Senna Consentino\*

**RESUMO:** O artigo objetiva traçar um panorama do desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica e de como os programas de *compliance* podem influenciar na determinação da culpabilidade empresarial. Partindo da jurisprudência norte-americana e analisando o conceito de cidadão corporativo fiel ao direito, busca-se demonstrar o fundamento da culpabilidade empresarial e sua compatibilidade com o direito penal. Ao final, analisando a estrutura e a finalidade dos programas de *compliance* e os modelos de imputação de responsabilidade empresarial, conclui-se por sua utilidade e adequação na formulação de parâmetros idôneos aptos a embasar a culpabilidade empresarial.

**Palavras-chave:** Responsabilidade. Empresa. Culpabilidade. Programas de *compliance*.

**ABSTRACT:** The article aims to provide an overview of the development of corporate criminal liability and how compliance programs can influence the determination of corporate culpability. Starting from north american jurisprudence and analyzing the concept of good corporate citizenship, it seeks to demonstrate the basis of corporate culpability and its compatibility with criminal law. In the end, by analyzing the structure and purpose of compliance programs and the models for attributing corporate responsibility, it is concluded that they are useful and appropriate in formulating suitable parameters capable of sustaining corporate culpability.

**Keywords:** Liability. Corporate. Culpability. Compliance programs.

## 1 Introdução

O presente artigo aborda a culpabilidade da pessoa jurídica e sua relação com os programas de *compliance*. A elaboração dogmática construída nos últimos tempos para fundamentar e delinear uma típica culpabilidade de empresa por atos delituosos é analisada em profundidade, buscando evitar, com isso, uma

---

\* Mestre em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Penal Econômico pela PUC Minas. Professor convidado da Pós-graduação *lato sensu* em Ciências Penais da PUC Rio. Procurador da República.



responsabilização penal meramente objetiva ou mesmo por ricochete<sup>1</sup>, ou seja, aquela que depende da identificação de uma conduta de pessoa física que atua em nome da empresa e em seu benefício.

Objetiva-se investigar como surgiu a necessidade político-criminal de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, tecendo breve esboço histórico deste fenômeno até alcançar o seu amadurecimento na *common law* e, a partir daí, em que sentido o surgimento dos programas de *compliance* são capazes de influir na delimitação dessa responsabilidade.

Analisa-se os argumentos teóricos e práticos que fundamentam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como o surgimento da ideia de cidadão corporativo fiel ao Direito, que visa garantir um substrato teórico apto a exigir das empresas um comportamento conforme ao Direito, vale dizer, de tal modo cuidadoso com suas práticas que evite danos a terceiros. Em seguida, passa-se aos modelos principais de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica, destacando a importância dos programas de *compliance* na salvaguarda de direitos e na melhor delimitação das responsabilidades.

A pesquisa estuda e problematiza as dificuldades conceituais de responsabilização penal da empresa, buscando demonstrar o desconforto relatado por alguns autores em transpor acriticamente conceitos da tradicional teoria do crime para aplicação direta às pessoas jurídicas, terminando por enfatizar, de modo mais específico, na culpabilidade e no como o *compliance* pode auxiliar nesta tarefa.

Ao final, analisa-se a construção dogmática que objetiva elaborar um conceito de culpabilidade tipicamente empresarial, tendo por base o grau de organização e/ou sua deficiência, utilizado como equivalente funcional da consciência da ilicitude, para fundamentar a reprovabilidade dos atos delituosos da pessoa jurídica, bem como testa-se as hipóteses que as contribuições dos programas de *compliance* podem fornecer para iluminar esse fenômeno.

Para alcançar tal finalidade, a pesquisa utilizará como metodologia a análise bibliográfica sobre o tema, por meio de livros e artigos especializados, fazendo uso do método dedutivo para verificar as compatibilidades entre a culpabilidade de empresa e o modo de ser dos programas de *compliance*. A pesquisa

---

<sup>1</sup> A teoria da responsabilidade penal por ricochete determina ser imprescindível para a responsabilidade penal da pessoa jurídica a prática de um fato punível por uma pessoa física que atue em seu nome e em seu benefício.



também buscará, ainda que sucintamente, abordar soluções admitidas no direito penal norte-americano e sua eventual transposição ao direito penal brasileiro.

## 2 Breve histórico da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Quando se fala do tema da responsabilidade penal, até pouco tempo atrás, era intuitivo e parecia óbvio que apenas as pessoas físicas tinham capacidade de responder por delitos. A ideia de que apenas um comportamento humano poderia gerar crime, aliado ao fato de que o Direito Penal tinha como consequência padrão a aplicação de uma pena de prisão, reforçava a afirmação contida no aforismo *societas delinquere non potest*. Contudo, nem sempre foi assim.

Giorgio Marinucci<sup>2</sup> assevera que a responsabilidade penal da pessoa jurídica era plenamente reconhecida no direito europeu continental durante os sete séculos anteriores ao século XIX, momento em que foi abandonada<sup>3</sup>.

O autor citado ressalta que, ao menos desde os séculos XII e XIII, na região onde hoje é a Itália, já se verificava a responsabilidade penal das pessoas jurídicas<sup>4</sup>. A teoria da ficção não foi empecilho para que os soberanos locais, civis e eclesiásticos, impusessem a responsabilização penal das *universitates*. As penas aplicadas eram, por razões diversas, decorrentes de violações de deveres para com o poder central, rebeliões e heresias, e podiam gerar sanções como penas pecuniárias, supressão de privilégios, saques das riquezas da cidade, dentre outras.

O direito anglo-saxão, por sua vez, com seu espírito pragmático e utilitarista, e conforme já destacado, a partir de meados do século XIX fez ressurgir a necessidade político-criminal de aplicar penas, para além das sanções meramente

---

2 MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: García Valdés (et al.), *Estudios Penales em Homenaje a Eneique Gimbernat Ordeig*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 1173 e seguintes (p. 1183).

3 Sobre as razões desse abandono, aponta Marino Barbero Santos: "(...) en el derecho europeo continental el repudio del principio 'societas delinquere no potest' que hoy prevalece, deriva del pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra con la ley francesa de 2-7 de maio de 1791, que suprime las 'corporations' y de las concepciones de Savigny para quien la persona moral es una ficción: toda asociación de hombres no es más que una suma de individuos entre los que existen ciertas relaciones; carecen, empero, de la unidad espiritual y corporal que caracteriza a las personas". BARBERO SANTOS, Marino. ?Responsabilidad penal de la empresa? In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus. *Estudios de derecho penal econômico*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 1994, p. 26.

4 Na época, ao menos até início do século XVII, falar em pessoas jurídicas era dizer: universalidades de direito e de fato, cidades, municípios, corporações de ofício, universidades etc.



administrativas, em desfavor das pessoas jurídicas que causassem danos à coletividade<sup>5</sup>.

Até meados do século XIX prevalecia no direito inglês, fortemente individualista, que a pessoa jurídica não podia ser responsabilizada penalmente<sup>6</sup>. A partir de 1880, alguns juízes ingleses começaram a ter dúvidas se o termo “*person*” contido em determinadas leis, poderia abranger também as pessoas jurídicas<sup>7</sup>. Assim, com o escopo de solucionar a questão, o Parlamento Inglês introduziu no *Interpretation Act* de 1889 que “*na interpretação de todos os textos legislativos relativos a um crime (...) a expressão person deverá incluir as corporações, salvo quando apareça uma intenção contrária*”<sup>8</sup>.

Com isso, observa-se que já no final do século XIX, com o rápido desenvolvimento do capitalismo industrial e a multiplicação de grandes empresas com especial capacidade de influir e causar danos individuais e coletivos, surge nos países de capitalismo mais avançado a demanda por uma responsabilização das pessoas jurídicas de forma mais extensa e incisiva. De igual modo, reforça esta demanda político-criminal os acidentes então verificados, bem como a separação entre propriedade e administração, o que dificultava a responsabilidade penal individual baseada na responsabilidade subjetiva.

Nessa linha, nos Estados Unidos são editadas legislações de caráter regulatório que impuseram algumas proibições e obrigações para as empresas, dentre as quais se pode citar o *Sherman Antitrust Act*, de 1890, o *Elkins Act*, de 1903 e o *Federal Food and Drugs Act*, de 1906. Vale ressaltar que a responsabilidade

---

5 Afirma Giorgio Marinucci que tal tipo de responsabilidade ressurgiu em meados do século XIX, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, *in verbis*: “Saliendo de los confines de Europa continental, se podría pensar que los países anglosajones constituyen el lugar de origen más antiguo de la responsabilidad penal de las universidades. Dejando a parte los lugares comunes de una difundida ignorancia erudita, ello es lo que parecen sostener, incluso al interior de esse mundo, observadores calificados como Kathleen F. Brickey; em efecto, em su conocida investigación introduce la historia de la “evolución de la responsabilidad penal de las corporations” afirmando que “la imposición de la responsabilidad penal de las corporations pertenece casi exclusivamente a la common-law tradition”. Ello no es así. La imposición de la responsabilidad penal de las corporations se remonta, a lo sumo, a la mitad del siglo XIX: vários siglos después de la tradición de los países de civil law”. (MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: García Valdés (et al.), *Estudios Penales em Homenaje a Eneique Gimbernat Ordeig*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 1173 e segs.).

6 Conforme um famoso *dictum* do Chief Justice Holt, de 1701, “*a corporate is not indictable but the particular members of it are*”.

7 House of Lords, *The Pharmaceutical Society v. The London and Provincial Supplu Association, Ltd.*

8 MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: García Valdés (et al.), *Estudios Penales em Homenaje a Eneique Gimbernat Ordeig*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1186.



penal da pessoa jurídica ainda não possuía base teórica sólida<sup>9</sup> e foi, inicialmente, aplicada para atos omissivos.

Finalmente em 1909, pela primeira vez a Suprema Corte norte-americana, no caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States*<sup>10</sup>, reconheceu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, por razões de interesse público, entendeu que os delitos cometidos por qualquer de seus empregados ou diretores podiam ser imputados a empresa sempre que estes estiverem atuando em suas funções e em benefício da empresa.

É certo que, nesse primeiro momento, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi reconhecida com base na doutrina da *respondeat superior*<sup>11</sup>, espécie de responsabilidade vicariante (indireta) na qual o empregador é responsável pelos atos de seus empregados, contudo, foi a fundamentação disponível na época.

Por oportuno, Renato de Mello Jorge Silveira<sup>12</sup> ressalta que, em 1929, a conferência da Associação Internacional de Direito Penal realizou um seminário em Bucareste e emitiu enunciados no sentido de que: ‘se estabeleça no Direito interno medidas eficazes de defesa social contra pessoas morais no caso de infrações perpetradas com o fim de satisfazer o interesse coletivo de tais pessoas ou realizadas com meios proporcionados para elas e por sua responsabilidade’, e que ‘a imposição de medidas de defesa social contra a pessoa jurídica não devem excluir a eventual responsabilidade individual pela mesma infração das pessoas físicas que administram ou gerem os interesses da pessoa moral’.

### **3 Fundamentos para a responsabilidade penal da empresa e o conceito de cidadão corporativo**

Com a maior influência e participação das organizações empresariais na vida social, podendo estas impactar, positiva ou negativamente, na vida da comunidade na qual inseridas, passou-se a demandar, em termos de política criminal, um controle maior das atividades empresariais, em especial nas consideradas de risco ou potencialmente perigosas.

---

9 MUELLER, Gerhard O. W. Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code position on Corporate Criminal Liability, *In: University of Pittsburgh Law Review*, n. 19, 1957, p. 21 e segs. (“*Nobody bred it, nobody cultivated it, nobody planted it. It just grew*”).

10 *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

11 “*Let the master answer*”.

12 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 83.



Assim, aquelas atividades empresariais consideradas disfuncionais deveriam ser desestimuladas e coibidas pelo próprio sistema normativo. Se o direito penal clássico se preocupava com condutas individuais retrospectivas, o moderno direito penal das sociedades pós-industriais deveria voltar os olhos também para as atividades empresariais com potencial de causar graves danos à coletividade, daí a preocupação com a criminalidade econômica, a responsabilidade por produtos defeituosos, a proteção penal do meio ambiente, dentre outros.

A responsabilidade da pessoa jurídica fundamenta-se, outrossim, na extrema dificuldade de obtenção da prova da autoria de ilícitos cometidos no ambiente empresarial, de intrincada segmentação na tomada de decisões e na condução técnica, muitas vezes desenvolvidas em etapas sucessivas e complementares<sup>13</sup>.

No mesmo sentido, Günter Heine<sup>14</sup> aponta o fenômeno da complexidade organizacional das grandes empresas, bem como a descentralização das atividades de obter informações, decidir e operacionalizar a ordem como uma razão que, ao tempo em que dificulta a responsabilidade individual, serve de fundamento para a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica como resposta legítima do sistema diante da verificação de certos tipos de ilícitos.

Assim expõe o citado autor, *in verbis*:

Un problema central resulta de la dispersión de las actividades operativas, de la posesión de la información y del poder de decisión. Nuestro Derecho penal tradicional presupone estos tres aspectos reunidos en una misma persona. Ahora bien, la posibilidad de que un particular sea autor desaparece, en las modernas formas de agrupación, en razón de la descentralización y la diferenciación funcional de las competencias. En la era del 'lean manegement' o del 'top quality manegement', se puede considerar o incluso determinar penalmente a un autor potencial de acuerdo a sus funciones estratégicas y operativas: un gran empresa moderna

13 Sobre o ponto, Silvina Bacigalupo assevera que: “Sin embargo, hoy por hoy, nos encontramos cada vez más com empresas cuyos procesos de rendimientos se encuentran caracterizados tanto por una división del trabajo vertical y horizontal, así como por la delegación de deberes. En este sentido, las empresas económicas modernas, especialmente aquellas que se dedican a diferentes ámbitos de producción, carecen del tradicional estilo monocrático de dirección y se encuentran dirigidas por un 'equipo', em los cuales se encuentran muchas personas em calidad de órganos de información, de desarrollo y de ejecución. Dentro de las empresas de producción se encuentran, por ejemplo, em la esfera horizontal de la división de trabajo una serie de secciones independientes (Stäbe) que se encuentran situadas junto a la verdadera escala de autoridad. Este sistema de división de trabajo lleva a un sistema de competencias parciales, autorizaciones parciales y, por lo tanto, también a responsabilidades parciales.”. BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 354 e 376.

14 HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado et al (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001. p. 49 a 72.



adquiere, finalmente, capacidad de funcionar mediante la coordinación de diversas áreas más o menos autónomas. En consecuencia, el fraccionamiento en el seno de la organización puede conducir hacia una 'irresponsabilidad individual de carácter estructural'. A esto se agregan los mecanismos prácticos de encubrimiento al interior de la empresa. Existen muchas posibilidades de encubrir, incluir en error y de generar vacíos de competencia que pueden hacer ineficaz cualquier indagación a causa de la estructura de la empresa ('irresponsabilidad individual estructural'). Es por eso que se señalan déficits en la prevención.<sup>15</sup>

Assim, diante desse quadro, influxos da política criminal abraçaram a concepção de que as empresas assumissem algumas obrigações para com a coletividade, sendo certo que, como contraponto, não tardou para que as empresas gozassem também de alguns direitos típicos de pessoas físicas.

Com efeito, se por um lado cresceu a ideia de responsabilidade social da empresa, apontando que a mesma não pode ser indiferente à comunidade, devendo assumir uma postura ativa e preocupada com os impactos de sua atividade, bem como de suas decisões, para a vida social ao seu entorno, de outro vértice consolidou-se a ideia de que a empresa titulariza alguns direitos anteriormente garantidos apenas às pessoas físicas, como direito à imagem, à liberdade de expressão etc.

Esse panorama fez com que se desenvolvesse, tácita ou expressamente, um determinado *status* da empresa no meio social, em especial a partir da segunda metade do século XX. Sendo natural que os deveres impostos às empresas devam ser proporcionais ao destacado papel por elas desempenhado na sociedade. E que, em última análise, serve como um dos fundamentos para a responsabilização penal das pessoas jurídicas quando envolvidas em fatos ilícitos de grande impacto. Assim, constata-se a gênese de um conceito de importante significação tanto teórico quanto prático, vale dizer, o conceito de cidadão corporativo fiel ao Direito (*good corporate citizenship*).

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno justifica o desenvolvimento do cidadão corporativo da seguinte forma:

La atribución de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene dos efectos sobre su responsabilidad penal, de signo opuesto. Por un lado, a mayores garantías, menor probabilidad de sanción. Por otro lado, parece lógico que una mayor conceción de derechos vaya acompañada también de una mayor atribución de deberes. El primer efecto es evidente: las garantías

15 *Ibidem*, p. 52.



dificultan la imposición de penas por parte del Estado (de hecho, ésa es su función), de modo que a mayores garantías, menor probabilidad de imposición de la sanción. Me interesa ahora reparar en el segundo extremo. La progresiva constitucionalización de los derechos de las empresas en el ordenamiento jurídico estadounidense ha traído consigo un mayor énfasis en sus obligaciones, por el sencillo argumento de que si son ciudadanas para los derechos, también han de serlo para los deberes. Ciertamente, se puede tener derechos, incluso muchos, al mismo tiempo que se tienen pocas obligaciones (piénsese en los niños). Sin embargo, la concesión de derechos a las personas jurídicas en Estados Unidos ha estado presidida por la idea de que éstas son capaces de participar en la vida política i deben poder hacerlo, una apreciación que les acerca al régimen jurídico de los seres humanos adultos, lo que ha contribuido a bajar de volumen el debate en torno a la RPPJ en dicho ordenamiento<sup>16</sup>.

O conceito de cidadão corporativo fiel ao Direito possui duas vertentes: a formal e a material. Na vertente formal, o conceito está ligado à empresa que tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito. Destarte, possui seus referenciais teóricos na evolução experimentada pela concepção de bom cidadão corporativo (*good citizen corporation*), como aquele que sempre cumpre com o direito<sup>17</sup>.

No que se refere a sua vertente material, o conceito de cidadão corporativo fiel ao direito está ligada àquela ideia de empresa que participa dos assuntos públicos. Além do paulatino reconhecimento de alguns direitos típicos de pessoas físicas em favor das empresas, não é difícil perceber que organizações empresariais por vezes apoiam certas ideias políticas e financiam propagandas das mais diversas de modo a influenciar na definição de normas sociais e jurídicas.

#### **4 Modelos de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica**

Na última década do século XX, em especial nos países europeus, é possível verificar forte tendência em prever medidas de responsabilização mais duras para atos e práticas empresariais que lesionassem bens jurídicos importantes da coletividade. Alguns países optaram por reforçar sanções de natureza

---

16 GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way. In: SANTIAGO, Mir Puig (et al.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. 1ª edição, Montevideo: B de F., 2014, p. 48-49.

17 No aspecto prático, em especial no cenário norte-americano, o conceito de bom cidadão corporativo é reforçado pelas diretrizes para imposição de sentenças a empresas (*corporate sentencing guidelines*), assim como pelas legislações que incorporam elementos da cultura empresarial no momento de determinar a culpabilidade da empresa.



administrativa (como a Alemanha), outros, por sua vez, adotaram a responsabilidade penal das empresas (como França<sup>18</sup> e Espanha<sup>19</sup>).

O percurso até se chegar a um modelo de responsabilização de natureza penal não foi sem percalços, sendo certo que, apesar de variadas conformações possíveis, pode-se resumir os critérios utilizados para atribuir responsabilidade penal às empresas em três tipos básicos, na linha do que exposto por Günter Heine<sup>20</sup>, ressaltando que os limites entre um modelo e outro não são rígidos: a) o ato do órgão como ato próprio da empresa; b) o princípio da causalidade; c) a organização deficiente da empresa.

O primeiro modelo é aquele no qual se imputa responsabilidade à empresa tendo em vista a falha de vigilância dos órgãos diretores. Assim, o ato de qualquer funcionário pode acarretar a responsabilidade da empresa, considerando que os órgãos superiores deveriam vigiar e impedir ilícitos através de seu poder de supervisão. Uma vez falhando esta vigilância, o ato pode ser imputado aos órgãos superiores e, em consequência, à própria empresa. Há uma identificação entre a corporação e as pessoas que são ativamente responsáveis por ela<sup>21</sup>.

Este primeiro modelo de imputação adequa-se melhor nas pequenas empresas, eis que estas possuem uma estrutura hierárquica breve e linear, sendo certo que no mais das vezes o administrador detém toda a informação e o integral poder de comando. Agora, tratando-se de grandes empresas, com complexa estrutura hierárquica e com divisões de tarefas e funções, tal modelo se mostra débil e insuficiente. Outra crítica que se faz a este modelo é que ele tende a aproximar muito a responsabilidade da empresa com a responsabilidade do indivíduo (funcionário)<sup>22</sup>.

O segundo modelo de imputação, baseado no princípio da causalidade, é aquele que exige da empresa, em determinados âmbitos de atuação, uma obediência estrita e absoluta de específicas determinações legais. Qualquer infração

18 Código Penal francês de 1992.

19 Código Penal espanhol de 1995, a partir do acréscimo promovido pela LO 05/2010.

20 HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado et al (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001. p. 49-72.

21 *Ibidem*, p. 59.

22 Segundo Günther Heine, tal modelo teria utilidade somente no âmbito de empresas de pequeno porte, pois que se mostrariam insuficientes quando se tem em consideração a complexidade atual da organização empresarial, que não permite a identificação da pessoa física responsável, nem dos representantes hierarquicamente superiores responsáveis pelo crime (*Ibidem*, p. 58).



aos limites da lei é capaz de gerar a responsabilidade da empresa. É comum nos casos de empresas cujas atividades são perigosas e representam grandes riscos para a coletividade.

Esse segundo modelo impõe à empresa um dever de vigilância absoluto do risco de sua atividade, não admitindo erros, que, caso ocorram, são sancionados de modo objetivo. São mais comuns no âmbito da proteção ao meio ambiente e da responsabilidade por produtos. O objetivo é impor alta responsabilidade para a empresa com o fim de compensar o alto risco suportado pelo Estado em aceitar o perigo daquela atividade.

A crítica a esse modelo é a sua feição de responsabilidade objetiva, o que não é bem visto pelo direito penal moderno e garantista. Outro ponto de difícil solução é que se revela cada vez mais difícil a tarefa de avaliar os verdadeiros riscos das atividades empresariais, uma vez que, com o acelerado desenvolvimento tecnológico, apenas a própria empresa é capaz de saber a quais riscos está submetendo a coletividade, ficando os órgãos de controle estatais alheios aos verdadeiros riscos e perigos desenvolvidos pela atividade a ser regulada.

O terceiro modelo de imputação apresentado por Günter Heine<sup>23</sup> é o da organização deficiente da empresa. Aqui, o julgador deve atentar para a organização em si da empresa. Não se trata de um comportamento individual errado sobre o qual recai a vigilância, mas sim na organização deficiente da empresa que pondera equivocadamente os riscos da sua atividade.

As empresas possuem um natural dever de cuidado para com a coletividade a depender dos riscos e perigos que sua atividade pode causar, assim, devem se organizar de modo a calcular e prevenir eventuais danos daí decorrentes. Não se trata da ação dolosa ou culposa de um membro da direção, mas sim se a organização é eficiente e está disposta a verdadeiramente prevenir todos os riscos.

Esse terceiro modelo de imputação, se por um lado resolve as inconveniências e perplexidades dos outros dois modelos anteriores, de outro revela novas interrogações, tais como: como se pode precisar o caráter deficiente de uma organização? Quais atos são aptos a gerar responsabilidade?

---

23 HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. In: Gómez-Jara Díez, Carlos (Org.). *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial: propuestas globales contemporâneas*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 37.



Destarte, dentre os três modelos de imputação analisados, é o terceiro (o da organização deficiente da empresa) que mais se aproxima de uma culpabilidade da pessoa jurídica que independe e é autônomo da culpabilidade da pessoa natural, ou dito com outras palavras, é o modelo que permite a construção de uma culpabilidade originária das pessoas morais, razão pela qual tem sido este modelo o mais estudado pela doutrina europeia que se debruça sobre o tema.

## **5 Das dificuldades conceituais de responsabilização penal da empresa e sua superação**

Apesar de angariar cada vez mais apoio do ponto de vista da política criminal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra ainda algumas resistências quando se depara com a sistemática da teoria do delito, em especial quando se pensa nos conceitos de ação, dolo, culpabilidade, funções da pena. Com efeito, como se amoldaria ao conceito de ação dolosa um fato provocado pela pessoa jurídica? E a culpabilidade (imputabilidade e causas de exclusão) da empresa, como seria referida? São perplexidades que a dogmática busca solucionar.

Klaus Tiedemann, um dos maiores defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica, apesar de admitir que o início deste debate tenha ocorrido nos países da *common law*, vislumbra a possibilidade de desenvolver uma nova dogmática penal para trabalhar com o enquadramento da atividade criminosa típica das pessoas jurídicas também no sistema da *civil law*<sup>24</sup>.

Outros autores, por sua vez, negam a viabilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pode-se citar nesse sentido Luiz Regis Prado<sup>25</sup>, que afirma que os crimes praticados no âmbito da pessoa jurídica só podem ser imputados criminalmente às pessoas naturais na qualidade de autoras ou partícipes, eis que não há fundamento lógico dentro do sistema da teoria do delito capaz de suportar outra solução<sup>26</sup>.

---

24 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas em derecho comparado. In: GÓMES COLOMER, Juan Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (co-ord.), *La reforma de la justicia penal (Estudios em homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Madrid: Universitat Jaume I, 1997, p. 35.

25 PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 129 e seguintes.

26 Ao negar a viabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Luiz Régis Prado argumenta: "O fundamento de tal orientação encontra-se, essencialmente, na ausência dos seguintes elementos na atividade da pessoa jurídica: a) capacidade de ação no sentido penal estrito: a pessoa coletiva não tem consciência e vontade – em sentido psicológico – semelhante à pessoa física, e, com isso, capacidade de autodeterminação, faculdades que necessariamente deverão ser tomadas por empréstimo aos homens; b) capacidade de



Klaus Tiedemann afirma que as ponderações acerca da ação, culpabilidade e capacidade penal são reais obstáculos para a aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo, observa que existe uma capacidade ativa nas pessoas jurídicas quando, por exemplo, celebra contratos. Pois se ela os celebra, também pode desrespeitá-los e, se assim o faz, atua de modo antijurídico, o que, em tese, afastaria várias das objeções levantadas<sup>27</sup>.

Na mesma linha, Silvina Bacigalupo<sup>28</sup>, defende a necessidade de alguma readequação das bases dogmáticas do Direito Penal clássico, seja pela elaboração de diferentes noções de ação e de culpabilidade, seja fundamentando a aplicação de pena à pessoa jurídica sem a existência de culpabilidade; ou ainda moldando-se um sistema de imputação específico a partir das características das pessoas jurídicas.

Na própria doutrina nacional já se encontram críticas ao que seria um insustentável e superado atrelamento aos conceitos de ação e culpabilidade forjados na dogmática tradicional para refutar a imputação de crimes aos entes morais. Nessa linha, Paulo César Busato<sup>29</sup> assevera que: “*a teoria do delito já evoluiu o suficiente para enfrentar e superar, com facilidade, as dificuldades clássicas do tema da ação (vontade) e da culpabilidade*” relacionados à capacidade de delinquir da pessoa jurídica.

No que tange à ideia de ação dolosa, esta é tradicionalmente vista como uma conduta externa dotada de consciência e vontade. No caso da pessoa jurídica,

---

culpabilidade (princípio da culpabilidade): a culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da vontade). Como juízo ético-jurídico de reprovação – ou mesmo de motivação normal pela norma – só pode ter como objeto a conduta humana livre; e c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena): as ideias de prevenção geral, prevenção especial, reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização não teriam sentido em relação às pessoas jurídicas, pois ausente a capacidade psíquica para entender a retribuição e aceitar o referido processo”. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 307.

27 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas em derecho comparado. In: GÓMES COLOMER, Juan Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (co-ord.), *La reforma de la justicia penal (Estudios em homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Madrid: Universitat Jaume I, 1997, p. 36.

28 O autor argumenta que: “el resultado no se puede determinar en función de los principios de imputación del Derecho penal individual. En esos casos el Derecho penal individual se encuentra al final de sus posibilidades. Los elementos de responsabilidad del Derecho penal clásico resultan ante esta situación disfuncionales. Ante la pérdida de dicha racionalidad del sistema existen dos posibilidades: bien exigir un Derecho penal específico de las personas jurídicas o bien la reformulación de las categorías dogmáticas tradicionales”. (BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 354-355).

29 BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 36 e 86.



buscando um equivalente da vontade consciente da pessoa física, alguns autores<sup>30</sup> têm apontado o conhecimento organizacional do risco que produz o resultado como elemento capaz de caracterizar a imprudência empresarial ou mesmo o dolo.

Ainda com relação a ação dolosa da empresa, vale ressaltar que Giorgio Marinucci aponta como análogo da conduta dolosa da empresa o que chama de política criminal de empresa. É dizer, aquela empresa que é sistematicamente utilizada para práticas delitivas e já organizada com propósitos criminosos, eis que ostenta em seu seio uma cultura empresarial criminógena que se reproduz a cada momento<sup>31</sup>.

## 6 A culpabilidade e a pessoa jurídica

No Direito Penal o termo culpabilidade pode ter diferentes significados. Como princípio, a culpabilidade pode ser entendida com aquela ideia que se contrapõe à responsabilidade objetiva (*nullum crimen sine culpa*), traduzindo ideia de responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela baseada em conduta dolosa ou ao menos culposa, sendo esta última uma conduta que descuidou do dever de cuidado.

A culpabilidade também pode identificar um elemento do crime, em seu conceito analítico-dogmático (ao lado do fato típico e da ilicitude), sendo então um juízo de valor, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta e é composta pela capacidade de culpabilidade (imputabilidade), pela consciência da ilicitude e, finalmente, pela inexigibilidade de conduta diversa<sup>32</sup>.

No item anterior, descreveu-se certa resistência da doutrina tradicional em transpor, acriticamente, os conceitos do Direito Penal tradicional, formulados sempre em função de pessoas físicas, para as pessoas jurídicas. Assim, é necessário encontrar um meio de adaptar e harmonizar os fundamentos centrais da teoria do crime para melhor aplicabilidade às pessoas jurídicas, sem que isso represente a

30 Dentre estes, cita-se: GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 98.

31 MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: García Valdés (et al.), *Estudios Penales em Homenaje a Eneique Gimbernat Ordeig*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1193.

32 Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú lecionam que a culpabilidade consiste: "na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajustasse ao direito. Assim, são três os elementos ou requisitos da culpabilidade: (1) Imputabilidade; (2) Potencial conhecimento da ilicitude; e (3) Exigibilidade de conduta diversa. Como verificado adiante, a esses três elementos correspondem diversas hipóteses de exculpação". SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: Parte geral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 288.



criação de um outro Direito Penal, paralelo ao tradicional. Para este desiderato, concentraremos esforços na culpabilidade.

Nessa linha, interessante perceber que Francisco Muñoz Conde afirma que a culpabilidade não é um fenômeno isolado, abstrato, individual, que afeta somente ao autor do delito, mas é sim um fenômeno social<sup>33</sup>.

Com isso, após surgida a necessidade político-criminal de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas por atos danosos que causem à coletividade, torna-se necessário readequar conceitos básicos da teoria do crime, aqui em especial a culpabilidade, para, digamos assim, enquadrar a pessoa jurídica no figurino conceitual do Direito Penal. Nessa linha de pensamento, autores passaram a trabalhar a ideia de 'equivalente funcional'.

Nessa ordem de pensamento, Günter Heine<sup>34</sup>, tratando da necessidade de fundamentar a responsabilidade da empresa em um ajustamento análogo ou similar ao direito penal individual, assevera que:

Metódicamente, este acuerdo sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones supone que, para efectos de la determinación de la responsabilidad de éstas, se recurran a todas las categorías de la imputación del derecho penal individual, comenzando por la conducta, la causalidad y el resultado, hasta los elementos subjetivos como la culpabilidad. Esta responsabilidad colectiva es, por lo tanto, de naturaleza penal si, en sus requisitos de responsabilidad, se orienta principalmente de manera similar (análoga) al Derecho penal individual.

É certo que, como visto no item anterior, autores concordam e chegam a afirmar que o inconveniente principal para estabelecer uma responsabilidade penal da pessoa jurídica segue sendo a falta de construções dogmáticas aptas para respeitar o princípio da culpabilidade, referindo-se a dificuldade de compatibilizar a ideia de culpabilidade com a da organização empresarial típica.

---

33 Muñoz Conde afirma: “a culpabilidade não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por quê, e para quê, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988, p. 129.

34 HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado et al (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 49-72.



A partir da constatação dessa dificuldade, Carlos Gómez-Jara Díez<sup>35</sup> formula um modelo construtivista de autorresponsabilidade penal da empresa, de modo a elaborar um conceito de culpabilidade empresarial que, se não é idêntico ao conceito de culpabilidade individual, resulta assim como *funcionalmente equivalente*.

Tentando traçar um conceito de culpabilidade empresarial que seja funcionalmente equivalente ao de culpabilidade individual, Carlos Gómez-Jara Díez aponta três elementos, quais sejam: o primeiro decorre do reconhecimento de que o Estado não é capaz de regular com propriedade todos os campos da vida empresarial, fazendo recair nas próprias empresas a obrigação de se autorregular, de modo a controlar certos riscos característicos da sociedade pós-industrial, devendo surgir, então, uma cultura de fidelidade ao Direito. Tal postura fez nascer a ideia de cidadão corporativo fiel ao Direito já mencionada em tópico anterior. Com isso, pode-se dizer que a não institucionalização dessa cultura empresarial de fidelidade ao Direito representa o descumprimento do papel de cidadão (corporativo) fiel ao Direito, ou seja, manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial.

O segundo elemento apontado pelo citado autor espanhol consiste no sinalagma fundamental do Direito Penal: liberdade de auto-organização (empresarial) vs. responsabilidade pelas consequências (da atividade empresarial). Com isso, toda empresa deve comportar-se (organizar-se) autorresponsavelmente de tal forma que ninguém resulte prejudicado, é dizer, que o risco permaneça dentro do controle empresarial.

O terceiro equivalente funcional ressaltado pelo citado autor diz respeito à dimensão material da culpabilidade, que muito calcado no reconhecimento de alguma liberdade de expressão das pessoas jurídicas, toca na possibilidade de participar da produção comum de sentido das normas sociais, intervindo em assuntos públicos e influenciando nos debates.

Assim, traçadas as linhas iniciais para fundamentar a culpabilidade empresarial, cabe perguntar se todas as empresas são igualmente imputáveis? Ou se, tal qual as pessoas físicas, a imputabilidade pode sofrer mitigação a depender do grau de maturidade e de desenvolvimento da pessoa? Parece lógico e adequado

---

35 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38-42.



que também existam pessoas jurídicas com plena capacidade de culpabilidade e outras sem esta capacidade.

Nesse sentido, a doutrina aponta que, assim como as pessoas físicas sem complexidade interna suficiente são inimputáveis (crianças), apenas as pessoas jurídicas que tenham desenvolvido uma organização interna mais complexa, com divisão de tarefas, é que devem ser consideradas imputáveis. Deste modo, as denominadas “empresas de fachada” não seriam imputáveis penalmente, sendo meros instrumentos de seus proprietários no cometimento de crimes.

Carlos Gómez-Jara Díez<sup>36</sup>, tratando da imputabilidade das pessoas jurídicas assevera, *in verbis*:

O decisivo nesta discussão é que tanto o sistema psíquico como o sistema organizativo devem desenvolver uma determinada complexidade interna suficiente para poderem ser considerados pessoas de Direito Penal. Assim, a complexidade interna suficiente é um pressuposto para o desenvolvimento de uma autorreferencialidade suficiente que permita a autodeterminação do próprio sistema em relação ao seu entorno, ponto decisivo para o nascimento da responsabilidade penal. Neste sentido, pode esclarecer-se, de novo, uma equivalência funcional entre o desenvolvimento de uma complexidade interna suficiente na pessoa física e na pessoa jurídica. Da mesma maneira que a criança não é imputável no Direito Penal individual até que seu sistema psíquico seja suficientemente complexo, isto é, até que não tenha alcançado um determinado nível interno de autorreferencialidade – autoconsciência –, a pessoa jurídica tampouco pode considerar-se imputável no Direito Penal empresarial até que seu sistema de organização não seja suficientemente complexo, isto é, até que não tenha alcançado um determinado nível de autorreferencialidade – auto-organização.

No que diz respeito aos outros elementos da culpabilidade, vale dizer, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, o equivalente funcional encontra-se na obrigação da empresa de se auto-organizar de modo a conhecer e prevenir os riscos característicos de sua atividade, autorreferenciando-se de modo a não causar prejuízos à coletividade, e incorporando, com isso, o ideário do cidadão corporativo fiel ao Direito.

Ainda neste ponto, importante papel representa a implementação de programas de conformidade ou integridade (*compliance programs*), na esteira do

---

36 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35-36.



modelo de autorregulação regulada<sup>37</sup>, na medida em que possibilita que a empresa, conhecendo intimamente todas as áreas de sua atividade, venha a agir em sintonia com as normas e regulamentos do setor, efetivando controles internos e externos, alinhando políticas, diretrizes e metodologias de trabalho com os *standards* estabelecidos pela regulamentação, tudo isso com a finalidade de evitar a criação de riscos não permitidos pelo Direito.

## 7 Programas de criminal compliance, o conhecimento dos riscos e a culpabilidade da empresa

*Compliance* é vocábulo da língua inglesa que livremente traduzido significa cumprimento, atendimento, obediência<sup>38</sup>. Pode-se dizer que os programas de *compliance*<sup>39</sup> congregam um conjunto de medidas de autocontrole adotadas por empresas, conforme as diretrizes estabelecidas pelo Poder Público, para que seus empregados e dirigentes cumpram as normativas, tanto internas quanto externas, com a finalidade de se evitar a ocorrência de infrações, tanto de natureza civil ou administrativa, quanto de natureza criminal<sup>40</sup>.

Os programas de *compliance* surgiram no direito norte-americano, quando da edição do chamado *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), de 1977, instituto este que foi ampliado após a crise financeira de 2008, por meio da edição do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, no ano de 2010.

---

37 Segundo Adán Nieto Martín, a autorregulação regulada pode ser definida como uma estratégia de lidar com a delinquência empresarial e repousa na obrigação das empresas colaborarem com o Estado com o escopo de prevenir ilícitos e assegurar a eficácia do direito (NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del 'corporate government'. In: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Nº 11, Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 445-446).

38 Segundo Adán Nieto Martín, *compliance* é: "atuar conforme a legalidade, entendendo também por legalidade o cumprimento de obrigações cíveis e diretivas internas da empresa". NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal*. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Kuhlen, Lothar; Pablo Montiel, Juan; Urbina Jimeno, Íñigo Ortiz (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 22-23.

39 Importante destacar que a doutrina pode fazer menção a este fenômeno de diversas maneiras, dentre as quais temos: "programas de cumprimento" (*cumplimiento*), "programas de conformidade" (*conformité*) e "programas de aderência". No Brasil, a Lei nº 12.846/2013, por seu art. 7º, inciso VIII, preferiu chamar de "programas de integridade".

40 Juan Antonio Lascuraín Sánchez leciona que os programas de *criminal compliance* constituem-se: "uma série de estratégias normativas, aplicativas e institucionais dirigidas a evitar que, no exercício da atividade social, se cometam delitos a favor de uma empresa. É um programa de controle social. É um programa de devido controle. Seu objeto é, com efeito, o delito, mas abrange, também, toda irregularidade grave, não só porque é muito difusa a fronteira do delitivo, sobretudo nas infrações socioeconômicas, como, igualmente, porque as medidas de detecção e controle são, por sua própria natureza, incidentes sobre toda conduta que ultrapasse o permitido". LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Compliance, debido control y unos refrescos*. In: *El Derecho penal económico en la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 128.



A partir do amadurecimento da experiência norte-americana, os programas de *compliance*, em geral, são dotados de alguns elementos essenciais, dentre os quais pode-se citar: a existência de um código de ética e de uma política de boas-práticas; o estabelecimento de canais de denúncias (*hotlines*), que pode ser anônima ou não, à disposição de empregados ou do público externo; a existência de protocolos de investigação das infrações já verificadas na empresa, com a previsão de sanções aos responsáveis, assim como a comunicação da ocorrência aos órgãos fiscalizadores estatais<sup>41</sup>.

Dentre os benefícios apontados pela doutrina<sup>42</sup> quando da adoção de programas de *compliance* por organizações empresariais, pode-se citar: fortalecer a governança corporativa; prevenir e detectar os ilícitos; minimizar multas e autuações; melhorar a percepção do ambiente interno e das relações de trabalho, melhorar a imagem da empresa para o público externo, dentre outros.

Por outro lado, é inegável que, os programas de *compliance* possuem um potencial de clarificar os deveres impostos aos integrantes de uma organização empresarial, evitando-se, pois, a ocorrência da citada “irresponsabilidade organizada”, como também da “responsabilidade objetiva”<sup>43 44</sup>.

Contudo, vale indagar o que faz um programa de *compliance* verdadeiramente eficaz? Nesse particular, a doutrina<sup>45</sup> aponta a necessidade de alguns preceitos básicos: 1) comprometimento e apoio da alta direção: condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis; 2) instância responsável (*compliance officer*): deve ser dotada de autonomia,

---

41 Philip A. Wellner, dissertando sobre os elementos essenciais de um programa de *compliance*, diz: “Programas de compliance são mecanismos internos adotados pelas empresas para identificar e prevenir a ocorrência de infrações dentro das companhias. Os elementos básicos de tais programas são: um código de conduta formal, e existência de um compliance office e um compliance officer, e uma linha telefônica de denúncias para os empregados”. WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 27, Issue 1, New York, p. 497. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-1/wellner.final.version.pdf>. Acesso em: 23.03.2023.

42 *Ibidem*.

43 A estratégia da autorregulação regulada pressupõem uma reorganização empresarial para que, em verdadeira cooperação com o poder público, fatos delituosos não ocorram ou, se ocorrerem, que sejam detectados e comunicados aos órgãos estatais de persecução criminal.

44 A existência de um programa de *compliance* eficaz, no direito norte-americano, pode até excluir ou reduzir a penalidade aplicada à empresa, conforme estabelecido no *U.S. Sentencing Guidelines*. WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 27, Issue 1, New York, p. 497. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-1/wellner.final.version.pdf>. Acesso em: 22.02.2023.

45 KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. Traducción a cargo de Alberto Nanzer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 211.



independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros; 3) análise de perfil e riscos: a empresa deve conhecer seus processos e sua estrutura organizacional (*know your client*); 4) estruturação das regras e instrumentos: procedimentos de prevenção, detecção e reporte de irregularidades; 5) estratégias de monitoramento contínuo: é necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do programa e seu aperfeiçoamento constante.

Assim, não é difícil perceber que a adoção de programas de *compliance*<sup>46</sup> por organizações empresariais possibilita de modo adequado o pleno conhecimento dos riscos típicos daquela atividade, assim como, por outro lado, viabiliza um efetivo controle, geralmente através do *compliance officer*, de todas as irregularidades e ilicitudes ocorridas na empresa ou pela empresa, seja nas suas relações com fornecedores, clientes, ou mesmo com o poder público<sup>47</sup>.

Destarte, esse prévio conhecimento dos riscos da atividade empresarial, bem como a constante vigilância e prevenção dos ilícitos, são funções do *compliance* que, em uma primeira aproximação, podem ser equiparadas aos elementos tradicionais da culpabilidade que é a potencial consciência da ilicitude, bem como, também, molda o espectro de comportamento que se reveste na inexigibilidade de conduta diversa.

Os programas de *compliance* são o principal instrumento capaz de gerar eficiência no que se denomina autorregulação regulada. Segundo Adán Nieto Martín, a autorregulação regulada é uma estratégia de lidar com a delinquência empresarial

---

46 Como explica SIEBER, os programas de *compliance* são técnicas de autoregulação regulada ou co-regulação, podendo variar muito em seu conteúdo pois sob esta ótica de observância se desenvolve a prevenção de delitos praticados contra a empresa, assim como delitos praticados em favor da empresa, albergando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais (SIEBER, Ulrich. Programa de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, trad. Manuel A. Abanto Vásquez. In: *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (Org.). Valência: Tirant lo Banch, 2013, p. 71).

47 Tratando da abrangência e conteúdo dos programas de *compliance*, Pedro Luiz Bueno de Andrade e Sérgio Salomão Shecaira lecionam que: “A abrangência dos programas de *compliance* alcança diferentes esferas da atividade empresarial. Vai dos códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc. Tais programas intraempresariais preveem exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas aélicas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado” (SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o Direito Penal*. *Compliance e o Direito Penal*. In: *Boletim IBCCRIM*, v. 222).



e repousa na necessidade de que as empresas colaborem com o Estado com o fim de assegurar a eficácia do Direito<sup>48</sup>.

Dentro dessa perspectiva, é natural que a empresa se preocupe com a detecção dos riscos de sua atividade, bem como na prevenção da ocorrência de ilícitos, razão pela qual Pierpaolo Bottini ressalta que a atividade deve ser desenvolvida com cuidado, diante da noção de risco e elemento ameaçador, na qual o gerenciador de riscos (por ex.: *compliance officer*) é pessoa indispensável:<sup>49</sup>

Assim, já é possível perceber que o *compliance officer*<sup>50</sup> por delegação pode assumir a condição de garantidor, com a função de gerir o programa de *criminal compliance* (garantindo sua eficácia), o que não significa que a criação do *compliance office* exonere os administradores da posição de garantidor, apenas promove uma modificação de sua posição/dever, deixando de se ocupar do controle e evitação, incumbindo-se do dever de supervisão e vigilância do *compliance officer*<sup>51</sup>.

Com a adoção de um programa de *compliance* há a distribuição de responsabilidades entre dirigentes, oficial de *compliance* e demais empregados. O empregado, como executor direto, pode responder como autor ante o domínio da ação; o oficial de *compliance* pode, por sua vez, responder como autor diante do descumprimento de suas funções de vigilância; por fim, o dirigente pode responder,

---

48 Ainda segundo Adán Nieto Martín: “Se as grandes empresas multinacionais e as sociedades com ações cotadas em bolsa não se convertem em uma espécie de agentes do Estado, comprometendo-se seriamente com a prevenção e sanção dos comportamentos desviados que possam vir a realizar seus empregados e dirigentes, grande parte das normas de conduta cuja eficácia se procura assegurar mediante o Direito Penal Econômico serão papéis sem valor”. NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del 'corporate government'. In: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Nº 11, Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 445-446.

49 “Risco imprescindível para as atividades produtivas x elemento ameaçador – nessa ambiguidade que surge o gestor. A gestão do risco é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens. É qualquer pessoa encarregada de avaliar os riscos. A avaliação e a elaboração de estratégias de enfrentamento de risco ganham terreno e importância nos espaços empresariais. Instrumentos de auto-regulamentação, de incentivo de controle de riscos, de desenvolvimento sustentável pautam a atuação de organizações privadas” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51).

50 “a crescente complexidade das corporações há décadas tornou comum a delegação, a várias pessoas (dentre elas, os hoje denominados *compliance officers*), da função de desenvolvimento de um programa de controle interno, compreendendo a seleção, o cuidado, o treinamento e o controle dos funcionários (...)” (SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César, coordenadores; DAVID, Décio Franco, organizador. *Compliance e Direito Penal* – São Paulo: Atlas, 2015, p. 174).

51 A legislação brasileira não delimita a função do *compliance officer*. No Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, existe apenas uma referência abstrata do “*responsável pela aplicação do programa de integridade*”.



igualmente, como autor, caso tenha procedido a uma “delegação defeituosa” das funções ao setor responsável ou falhado na supervisão do *compliance officer*<sup>52</sup>.

Susana Aires de Sousa observa que a estruturação empresarial na forma de *compliance* auxilia na identificação da posição de garantidor e na responsabilização tanto do oficial de *compliance* – quando tem a possibilidade concreta de intervir, decorrente da assunção voluntária das funções de garantia –, como, em certos casos, de imputar a autoria ao dirigente que não observa, da sua parte, os deveres residuais de supervisão<sup>53</sup>. Cuida-se de responsabilidade penal por omissão, que pode ou não ser cotitularizada pelo dirigente.

Dessa mesma forma, a adoção de programas de *compliance* na empresa favorece e facilita o delineamento de sua culpabilidade quando da ocorrência de ilícito penal. A prévia ciência dos riscos naturais da atividade empresarial, a tomada de posição da empresa em tentar prevenir a ocorrência de ilícitos, a efetiva fiscalização de seus funcionários, no desempenho de funções especialmente arriscadas sob o ponto de vista criminal, o constante incentivo para a mudança da cultura empresarial, são atividades que a empresa pode tomar e que decerto merecem ser levadas em conta no momento da análise da culpabilidade empresarial.

Os conhecidos elementos da culpabilidade, em especial a “potencial consciência da ilicitude” e a “exigibilidade de conduta diversa” são facilmente perceptíveis quando da análise da responsabilidade penal da empresa na perspectiva dos programas de *compliance*. É inegável o ganho de qualidade na análise e na delimitação de responsabilidade da pessoa jurídica, afastando-a de uma responsabilização objetiva (incompatível com um direito penal garantista).

Ulrich Sieber leciona que as regras de *compliance* surtem efeitos também na imputação de delitos culposos. Isto devido a violação de um dever de cuidado, que se produz por desviação do autor daquela conduta cuidadosa que era objetivamente esperada (com base nas regras e na experiência do que normalmente

---

52 “Desde el punto de vista penal se nos muestra como sigue: los controles le incumben en principio a la dirección de empresa personalmente. Sin embargo, como regla general, para poder garantizar una medida de vigilancia jurídicamente adecuada, es necesaria – en las empresas de un cierto tamaño – una delegación en personas subordinadas dedicadas a la vigilancia”. (BOCK, Dennis. *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*. In: KUHLEN, Lotar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). *In: Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 119).

53 SOUSA, Susana Aires de. *Compliance e responsabilidade penal dos dirigentes. Autoria e comparticipação*. *Curso Compliance e Direito Penal*. Aula ministrada em 21.02.2015. Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu - IDPEE.



ocorre)<sup>54</sup>. A relevância da culpa exsurge mais clara na medida em que, para além da violação de um dever de cuidado que se exige a previsibilidade, importa a possibilidade de reconhecer a realização do tipo, enquanto evitação de um dano, adotando-se um dever de cuidado pertinente em relação ao conhecimento da fonte de perigo. Revelando até onde vai o risco permitido e onde se inicia o risco proibido.

No que toca as possíveis causas de exclusão ou mitigação da culpabilidade empresarial, com reflexos no quantum da pena a ser fixada no caso de condenação, vale ressaltar que o direito penal espanhol<sup>55</sup>, assim como o norte-americano, entende plausível que a existência de um real e efetivo programa de *compliance*, bem como a postura da empresa em reparar o dano ou colaborar com as investigações de modo eficaz, representam causa idônea e suficiente para redução da responsabilidade penal da empresa.

## 8 Considerações finais

O presente trabalho buscou traçar um panorama do desenvolvimento dogmático da ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica, relacionando-a com as funções típicas dos programas de *compliance*, com o intento de refletir sobre o seu acerto e utilidade para o aprimoramento do Direito Penal.

Se é certo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica representa uma expansão do Direito Penal para além de seu sujeito ativo tradicional, vale dizer, a pessoa física, por outro lado, é perceptível que a dogmática penal neste campo tem realizado esforços consideráveis para evitar ao máximo a responsabilidade objetiva das empresas, caminhando no sentido de construir um equivalente funcional da culpabilidade, exclusivo para as pessoas jurídicas.

Nessa tarefa, importante papel representam os programas de *compliance*, na medida em que estes viabilizam a identificação prévia dos riscos da atividade

---

54 SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2013, p. 298.

55 Sublinho que o Código Penal espanhol, por seu artigo 31 bis, 4, dispõe que: “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”.



empresarial, bem como permitem um controle e vigilância dos ilícitos pela empresa, possibilitando, com isso, uma melhor conformação da culpabilidade da empresa, além de proporcionar uma delimitação mais acurada das responsabilidades individuais daqueles que participaram do ilícito.

No cenário brasileiro, de início vale lembrar da previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em crimes ambientais, esculpida na Constituição Federal de 1988, no § 3º do artigo 225. No âmbito jurisprudencial, é cediço que depois de algumas idas e vindas, a Suprema Corte brasileira, em 2013, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181<sup>56</sup>, finalmente reconheceu a autonomia da responsabilização penal da pessoa jurídica em relação às pessoas naturais, dando um passo decisivo para colocar o Brasil em sintonia com o resto do mundo, no qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma tendência<sup>57</sup>.

Por outro lado, ao contrário da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), a denominada Lei Anticorrupção, editada em agosto de 2013 (Lei n. 12.846), expressamente diz ser a pessoa jurídica responsabilizada apenas na seara administrativa e civil por atos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Vale destacar que o Projeto do novo Código Penal em tramitação no Senado Federal (PLS n. 236/2012) contempla a responsabilidade penal para pessoas jurídicas e prevê punições para empresas, tais como liquidação forçada, multa, perda de bens e valores, interdições, publicidade em órgãos de comunicação, suspensão de atividades, proibição de contratar com a administração ou de obter subsídios, custear programas sociais e executar obras em áreas degradadas<sup>58</sup>.

Por oportuno, não se pode olvidar que o citado projeto de lei está em plena consonância com o art. 175, § 5º, da CF/1988, que reza que a lei, sem prejuízo da

---

56 RE nº 548.181/PR, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 06/08/2013 – Informativo n. 714/STF.

57 Luiz Regis Prado critica a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 548.181/PR: “*Tal decisão – dotada de argumentação débil e confusa – em nada convence. Muito ao contrário. É ela retrato de uma postura simplista de mero opção política criminal que privilegia o fim em detrimento do meio. (...) Vale dizer: punir de qualquer maneira – independente da consistência e validade de seus fundamentos, custos e efeitos outros – a pessoa jurídica através do Direito Penal*” (PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 309).

58 Nunca é demais lembrar que o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida, 2003), promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006, cujo artigo 26 dispõe: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.



responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Com isso, apesar da atual ausência de previsão legal da responsabilidade penal da pessoa jurídica para além dos crimes ambientais, nada impede a aplicabilidade de todo o arcabouço doutrinário desenvolvido para melhor delinear a culpabilidade autônoma da empresa que pratique crime ambiental no Brasil, sendo legítimo todo o esforço para evitar a responsabilidade objetiva, ou mesmo a responsabilidade por ricochete, atendendo, assim, a exigência garantista do *nullum crimen sine culpa*.

Ressalte-se que resta evidente que a adoção de programas de *compliance* (ou integridade) pelas empresas auxiliam e muito na delimitação da efetiva culpabilidade da empresa quando diante de um ilícito penal por ela praticado. O prévio conhecimento dos riscos da atividade empresarial, somado à postura e atitude da empresa em minimizar esses riscos, revelam muito de sua potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, de modo que fica claro a presença ou não de sua culpabilidade penal.

Por fim, vale dizer que os benefícios trazidos à atividade empresarial com a criação e implementação de efetivos programas de *criminal compliance* devem ser destacados como uma forma de incentivo ao desenvolvimento de uma nova cultura das relações entre direito penal e atividade empresarial. A prevenção dos ilícitos penais em benefício da empresa (ou cometidos por meio da empresa) devem ser incentivadas no cotidiano da organização, eis que resultará em avanço na política criminal, mormente na área da criminalidade econômica.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BARBERO SANTOS, Marino. ?Responsabilidad penal de la empresa? In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus. *Estudios de derecho penal económico*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 1994.

BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lotar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.



BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way. In: SANTIAGO, Mir Puig (et al.). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. 1ª edição, Montevideo: B de F., 2014.

GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado et al (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. In: Gómez-Jara Díez, Carlos (Org.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: *El Derecho penal económico em la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: García Valdés (et al.), *Estudios Penales em Homenaje a Eneique Gimbernat Ordeig*, vol. I. Madrid: Edisofer, 2008.

MUELLER, Gerhard O. W. Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code position on Corporate Criminal Liability. In: *University of Pittsburgh Law Review*, n. 19, 1957.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del 'corporate government'. In: *Revista de Derecho y Processo Penal*. Nº 11, Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Kuhlen, Lothar; Pablo Montiel, Juan; Urbina Jimeno, Íñigo Ortiz (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. *Responsabilidade penal da pessoa*



*jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César, coordenadores; DAVID, Décio Franco, organizador. *Compliance e Direito Penal* – São Paulo: Atlas, 2015, p. 174

SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o Direito Penal. Compliance e o Direito Penal. In: *Boletim IBCCRIM*, v. 222.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William Terra de (et al.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2013.

SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, trad. Manuel A. Abanto Vásquez. In: *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín (Org.). Valência: Tirant lo Banch, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do compliance. In: *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 10, nº 2, Rio de Janeiro: 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas em derecho comparado. In: GÓMES COLOMER, Juan Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José luis (co-ord.), *La reforma de la justicia penal (Estudios em homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Madrid: Universitat Jaume I, 1997.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 27, Issue 1, New York, p. 497. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-1/wellner.final.version.pdf>. Acesso em 23.03.2023.



## OS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA NO CRIME PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/1990: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*THE EFFECTS OF TAX STATUTE OF LIMITATIONS IN CRIMES ESTABLISHED BY ART. 1º OF LAW No. 8.137/90: A CRITICAL ANALYSIS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE PRECEDENTS*

Autora: Manuela Corrêa de Sagebin Cahú Rodrigues\*

**Resumo:** O trabalho tem por propósito analisar o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a prescrição tributária não afeta a persecução penal dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, diante da independência entre as esferas administrativo-tributária e penal, bem como do momento consumativo do crime. A prescrição tributária tem o efeito *sui generis* de ir além da mera extinção da pretensão judicial de cobrança do crédito para extinguir o próprio direito, e, conseqüentemente, o crédito tributário, efeito similar ao da decadência ou ao do pagamento. A jurisprudência assentada pelo Superior Tribunal de Justiça confunde tais conceitos, restringindo os efeitos da prescrição tributária na esfera penal, em especial, diante da previsão trazida pelo art. 9ª, §2º, da Lei nº 10.684/2003, que aponta o pagamento do tributo como hipótese de extinção da punibilidade. A lesão ao bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária se dá com a conduta de supressão ou redução de tributo, que tem ligação direta com a obrigação tributária. Sob esse contexto, uma análise comparativa entre os institutos penais e tributários, bem como da diferenciação entre os efeitos da prescrição do direito civil e do direito tributário, tem o condão de deslegitimar a intervenção penal diante da extinção da dívida fiscal, demandando a superação do entendimento firmado jurisprudencialmente relativo aos efeitos da prescrição tributária nos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990.

**Palavras-chave:** Prescrição tributária; Crimes Tributários; Superior Tribunal de Justiça; Lei nº 8.137/1990.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze the precedents of the Superior Court of Justice in the sense that the tax statute of limitations does not affect the criminal prosecution of crimes established by art. 1º of Law No. 8.137/1990, given the independence between the administrative-tax and criminal spheres, as well as the consummatory moment of the crime. The tax statute of limitations has the *sui generis* effect of going beyond the mere extinction of a judicial claim to collect the credit to extinguish the right itself, and, consequently, the tax credit, an effect similar of the payment. The precedents established by the Superior Court of Justice confuses such concepts, restricting the effects of the tax statute of limitations in the criminal sphere, especially in view of the provision brought by art. 9ª, §2º, Law No.10.684/2003, which indicates the payment of the tax as a hypothesis of extinction of punishment. The

---

\* Advogada Criminalista - Núcleo Penal Empresarial - Didier, Sodré & Rosa. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET. Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Curso de Extensão em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Curso de Extensão em Direito Penal Tributário pela Associação Paulista de Estudos Tributários - APET.



damage to the legal interest protected by crimes against the tax order occurs with the conduct of tax suppression or reduction, which is directly linked to the tax obligation. In this context, a comparative analysis between penal and tax institutes, as well as the differentiation between the effects of the statute of limitations of civil law and tax law, has the power to delegitimize criminal intervention when the tax credit is extinct, demanding the overcoming of the precedents regarding the effects of tax statute of limitations in the crimes established by art. 1º of Law No. 8.137/1990.

**Keywords:** Tax Statute of Limitations; Tax Crimes; Superior Court of Justice; Law No. 8.137/1990.

## 1 Introdução

A criminalização da inadimplência tributária vem se tornando uma tendência dentro do Direito Penal Tributário, que cada vez mais absorve demandas complexas, exigindo do intérprete maior fluência entre as diversas áreas jurídicas.

É sob esse prisma que este trabalho propõe investigar, através de uma análise comparativa entre o Direito Penal e o Direito Tributário, os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça ao fixar tese no sentido de que a prescrição tributária não afetaria a persecução penal dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990.

Justifica-se a necessidade dessa análise considerando que o seu resultado poderá propiciar bases mais palpáveis para o debate em torno das hipóteses de extinção da punibilidade nos crimes tributários, constatando-se eventuais equívocos e acertos nas premissas utilizadas pela jurisprudência, diante do efeito *sui generis* da prescrição tributária.

A hipótese que se coloca é que a jurisprudência assentada pelo Superior Tribunal de Justiça confunde conceitos tributários, restringindo os efeitos da prescrição tributária na esfera penal, em especial, diante da previsão trazida pela Lei nº 10.684/2003, que aponta o pagamento do tributo como hipótese de extinção da punibilidade. Investiga-se até que ponto a ânsia arrecadatória estatal tem sido utilizada como instrumento de política-criminal.

## 2 Os conceitos de prescrição e decadência no direito tributário

A compreensão e o bom desenvolvimento do tema proposto exigem a definição prévia de certos termos fundamentais que serão utilizados durante o desenrolar deste artigo, como lançamento, decadência e prescrição tributária. Para



fins de continuidade, serão apresentadas algumas considerações acerca dos institutos separadamente.

## 2.1 Lançamento tributário

O lançamento é um instituto tributário típico, previsto no art. 142 do CTN, cujas normas que dispõem sobre ele somente podem ser veiculadas mediante lei complementar, conforme preceitua o art.146, III, b, da Constituição Federal<sup>1</sup>.

Ponto que é objeto de bastante controvérsia se refere a natureza jurídica do lançamento, se constitutiva ou declaratória. Tal questão abrange diversas consequências práticas sobre os institutos da decadência e da prescrição, uma vez que interferem nos marcos temporais de início da contagem do prazo.

Para quem entende que a obrigação tributária nasce com o lançamento tributário, atribui-se ao lançamento natureza constitutiva, possuindo efeitos *ex nunc*. Nega-se, com isso, a existência de efeitos jurídicos anteriores ao lançamento.

O entendimento que vem sendo adotado de forma majoritária é o de que o lançamento possui natureza declaratória, tendo o condão de declarar situação preexistente que surgiu com a obrigação tributária<sup>2</sup>, e, por isso, possui efeito *ex tunc*.

Paulo de Barros Carvalho diverge de ambas as correntes, apontando que o lançamento tem dois efeitos: o de declarar a obrigação e o de constituir o crédito tributário. O lançamento, portanto, “declararia uma situação preexistente, fixando a liquidez e certeza do crédito”<sup>3</sup>.

Sendo o lançamento um “ato administrativo introdutor de norma individual e concreta no ordenamento positivo, desde que observe os requisitos jurídicos para seu acabamento, [...] ingressa no sistema, passando a integrá-lo. Isso o torna definitivo”<sup>4</sup>. Não é correta, portanto, a distinção que muito se faz entre lançamento provisório e lançamento definitivo.

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 146.** Cabe à lei complementar [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). <Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>2</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 503.

<sup>3</sup> JUNCO, José Alexandre. **Lançamento – Aspectos controvertidos**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/lancamento-aspectos-controvertidos/>. Acesso em: 08 fev. 2023.

<sup>4</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivização no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 240.



A constituição definitiva do crédito é o termo utilizado pelo legislador em referência ao ato de lançamento devidamente comunicado ao devedor<sup>5</sup>. Compartilham desse entendimento, Paulo de Barros Carvalho, Eurico Marcos Diniz de Santi<sup>6</sup> e Kiyoshi Harada<sup>7</sup>. Para esses autores, uma leitura correta da previsão contida no art. 174, *caput*, do CTN, leva a conclusão de que a constituição definitiva do crédito ocorre no momento da constituição do ato-norma, com a notificação do sujeito passivo<sup>8</sup>. Assim, não é a decisão administrativa irrecorrível que constitui definitivamente o crédito tributário ou que atribui caráter definitivo ao lançamento.

Uma segunda corrente, representada por Hugo de Brito Machado<sup>9</sup>, Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>10</sup> e Eduardo Sabbag<sup>11</sup>, diverge, propondo que o crédito se encontrará definitivamente constituído apenas quando não couber mais a interposição de defesa ou recursos administrativos.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento corroborando a tese trazida pela segunda corrente, no sentido de indicar que “a constituição definitiva do crédito tributário se dá quando não mais cabível recurso ou após o transcurso do prazo para sua interposição, na via administrativa”<sup>12</sup>.

Entendemos pelo acerto na posição adota pela primeira corrente, uma vez que o lançamento já é definitivo – e constituído definitivamente - no momento de notificação do devedor. O fato dele poder ser impugnado não retira a sua definitividade, do mesmo modo que o fato de recorrermos em uma ação, não desconfigura o caráter definitivo da sentença, como bem aponta Paulo de Barros Carvalho<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 557.

<sup>6</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 217.

<sup>7</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 610.

<sup>8</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 217.

<sup>9</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 195.

<sup>10</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira. **Decadência e Prescrição em matéria tributária**. p.21. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Decadencia-e-prescricao.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2023.

<sup>11</sup> SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 743.

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 239.106/SP**. Relatora Nancy Andrighi. Dje 24/04/2000.

<sup>13</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 241.



## 2.2. Decadência tributária

A doutrina majoritária, capitaneada por Pontes de Miranda<sup>14</sup>, entende que a incidência da norma jurídica ocorre de forma imediata toda vez que os fatos previstos na sua hipótese se concretizam no mundo real. Por outro lado, Paulo de Barros Carvalho diverge, no sentido de indicar que a decadência enquanto norma jurídica não opera de forma automática e infalível, pois normas não incidem por conta própria, para que a decadência ocorra, ela precisaria ser constatada e vertida em linguagem jurídica<sup>15</sup>. É somente a partir desse momento que se poderia falar em efeitos extintivos de direito.

A identificação dos marcos para contagem dos prazos decadenciais em geral, pressupõe o reconhecimento do instante em que ocorreu o evento sujeito à incidência do tributo e o momento em que tal acontecimento foi promovido a fato jurídico e, com isso, feito o lançamento tributário<sup>16</sup>. Trata-se, desse modo, da identificação do tempo no fato e do tempo do fato.

Tempo do fato, segundo Paulo de Barros Carvalho, demarca o momento em que o enunciado denotativo ingressa no ordenamento jurídico por meio das normas individuais e concretas, constituindo direitos e deveres. Por sua vez, tempo no fato consiste no momento da ocorrência de um evento no mundo fático, no qual tem-se acesso a data quando convertido em linguagem competente<sup>17</sup>.

A diferenciação entre os dois tempos é de suma importância, tendo em vista que é a partir tempo do fato que se define que as regras aplicáveis ao caso concreto serão aquelas em vigor na data da realização do lançamento ou da declaração formalizadora realizada pelo particular. Já, o tempo no fato, impõe que as normas jurídicas pertinentes à relação jurídica instalada com a constituição do fato seriam as que estivessem em vigor na data do evento<sup>18</sup>.

O efeito extintivo da decadência seria o de uma causa proibitiva da competência da autoridade administrativa de proceder o ato do lançamento, ou seja,

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 12.

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11.

<sup>16</sup> BAHIA. **Procuradoria Geral do Estado**. Parecer técnico nº 2016194710-0. Bahia. 30 ago. 2016. Disponível em: [http://www.pge.ba.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Claudia\\_Magalhaes\\_Guerra\\_Attina\\_2016\\_consultoria.pdf](http://www.pge.ba.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Claudia_Magalhaes_Guerra_Attina_2016_consultoria.pdf). Acesso em: 12 jan. 2023.

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106

<sup>18</sup> Ibidem. p. 107.



teria como efeito o “desaparecimento do direito da Fazenda, consistente em exercer a sua competência administrativa para constituir o crédito tributário”<sup>19</sup>. Ocorrendo o decurso do prazo estabelecido em lei, vertido em linguagem competente, sem que o titular do direito exerça sua pretensão, fulmina-se a possibilidade da construção de norma individual e concreta e, conseqüentemente, do surgimento da obrigação tributária.

A utilização da expressão direito potestativo associada ao instituto da decadência (tributária), segundo Paulo de Barros, estaria equivocada, já que não há um direito de lançar por parte da autoridade administrativa, mas sim de um dever do Estado, enquanto entidade tributante, que se não confunde com o direito subjetivo de exigir a prestação. O ato jurídico administrativo de lançamento é vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, parágrafo único, do CTN, não podendo ser considerado direito potestativo<sup>20</sup>.

É justamente por essa razão que Paulo de Barros Carvalho conclui “que nada custaria à doutrina reconhecer que a decadência, no direito tributário, oferece aspectos estruturais que não se compaginam, por inteiro, com os do direito privado”<sup>21</sup>.

Para justificar a sua proposição cita dois exemplos: (i) no direito tributário há causa interruptiva da decadência (art. 173, II, CTN), diferentemente do direito privado em que se entende pela impossibilidade de interrupção ou suspensão da decadência, pela existência de um direito potestativo; (ii) o termo inicial da decadência, no direito privado, coincide com o nascimento do direito subjetivo, contudo no âmbito tributário tal situação é adstrita ao caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação<sup>22</sup>.

De todo modo, conclui-se que a finalidade das normas decadenciais é a de proibir que a Fazenda exerça a sua competência administrativa para constituir o crédito tributário. Haverá uma exceção à regra e a caducidade será extintiva do vínculo jurídico nos casos em que for alegada pelo interessado e reconhecida pelo órgão competente, em momento posterior ao surgimento da obrigação tributária.

<sup>19</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 569.

<sup>20</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 555.

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 555.

<sup>22</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 555.



### 2.3 Prescrição tributária

Do mesmo modo que a decadência tributária, a prescrição está elencada como modalidade de extinção do crédito tributário no art. 156, V, do CTN. Segundo Eurico Marcos Diniz de Santi, no direito tributário, “a diferença essencial entre a prescrição e a decadência não estaria na forma de contagem do prazo, ou em contingências relativas aos efeitos que irradiam, mas na fase do processo de positivação em que cada qual opera”<sup>23</sup>. Enquanto a decadência ocorre na fase administrativa de constituição do crédito, a prescrição se opera no momento do exercício do direito de ação<sup>24</sup>.

Nos termos do art. 174 do CTN, o início da contagem do prazo prescricional ocorre com a partir da data da constituição definitiva do crédito, momento em que o Fisco terá o prazo de cinco anos para ingressar com a ação de execução em juízo. Caso permaneça inerte, ocorrerá o fato jurídico da prescrição<sup>25</sup>.

Como visto, segundo Paulo de Barros Carvalho, Eurico Marcos Diniz de Santi<sup>26</sup> e Kiyoshi Harada<sup>27</sup>, a constituição definitiva do crédito ocorre no momento da constituição do ato-norma, com a notificação do sujeito passivo<sup>28</sup>. Assim, apesar do desalinhamento entre os pressupostos do instituto da prescrição e aos preceitos firmados no art. 174 do CTN, tendo em vista que no momento de notificação do lançamento a fazenda ainda não dispõe da possibilidade de exercício da ação judicial, compartilhamos do raciocínio adotado pelos autores. Ressalva-se que apesar de o crédito já se encontrar definitivamente constituído, o momento que se torna exigível é o parâmetro essencial para demarcar o fato prescricional, que só se convalidará quando completado o lapso de tempo de suporte fático previsto na regra, qualificado pela omissão do Fisco<sup>29</sup>.

Por ser a prescrição uma modalidade extintiva do crédito tributário (156, V, do CTN) e, conseqüentemente, da obrigação tributária, conforme previsão do art. 113, §1, do CTN, com perecimento do direito à ação de cobrança, perde a Fazenda

<sup>23</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 217.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 217.

<sup>25</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 557.

<sup>26</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 217.

<sup>27</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 610.

<sup>28</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 217.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 219.



Pública os meios jurídicos para executar o devedor a satisfazer o débito, esvaziando-se de juridicidade o próprio vínculo obrigacional. Apesar de haver entendimento em sentido contrário, a jurisprudência<sup>30</sup> e a doutrina<sup>31</sup> vêm se manifestando pelo reconhecimento tanto da prescrição quanto da decadência tributária, como institutos de direito material, uma vez fulminam o direito de lançar ou de receber o crédito tributário, eliminando o “direito do Poder Impositivo de exigir seu crédito tributário ou de constituir o crédito tributário”<sup>32</sup>.

O fato de o legislador ter adotado um ato processual como marco final desse intervalo não lhe retiraria a condição de direito material<sup>33</sup>. Algumas outras circunstâncias confirmam o caráter material das normas prescricionais tributárias, a exemplo da inadmissibilidade de disposição de lei ordinária sobre o tema, sendo matéria de disciplina exclusiva de lei complementar, bem como pelo efeito atribuído à prescrição pelo Código Tributário Nacional de extinguir o crédito e não apenas a sua pretensão executória, restando extinta também a própria obrigação tributária, como previsto no art. 113, § 1º, do CTN.

#### 2.4 Diferenciação entre a prescrição tributária da prevista no Código Civil

Uma análise comparativa entre os dispositivos previstos no art. 156, V, CTN e art. 189 do Código Civil revela notória discrepância entre o instituto da prescrição no Direito Tributário e no Direito Civil. O Código Tributário Nacional, como visto, prevê a prescrição como uma modalidade extintiva do crédito, por outro lado, para o Código Civil, a prescrição enseja a extinção da possibilidade do sujeito ativo de deduzir a sua pretensão em juízo.

Na prescrição civil, não há a extinção do direito, perde-se apenas a possibilidade processual de promover uma ação de cobrança utilizando-se do judiciário para a satisfação do interesse do titular do direito<sup>34</sup>. Nesse caso, ainda que

<sup>30</sup> Nesse sentido: “[...] 6. Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual e prescrição, instituto de direito material. 7. Possibilidade, em tese, de se declarar de ofício a prescrição intercorrente no caso concreto, pois a pretensão de direito material prescreve em três anos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1593786/SC**. Relator Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 30/09/2016)

<sup>31</sup> CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 17; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 202; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 562.

<sup>32</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Decadência e Prescrição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 35.

<sup>33</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 562.

<sup>34</sup> GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 71.



o devedor pague voluntariamente a dívida prescrita, não surgirá direito à restituição do valor, tendo em vista que o direito ao crédito permanece inalterado.

Por outro lado, a prescrição tributária se trata de conceito que rompe com aquele estipulado pelo Direito Civil, equivalendo-se ao da caducidade, na medida em que gera a perda do direito de ação, mas também acaba por extinguir o crédito tributário e, conseqüentemente, a própria obrigação, nos termos do art. 113, § 1º, do CTN<sup>35</sup>.

Apesar da prescrição ser um instituto formulado pelo Direito Privado, “é certo que a legislação tributária pode modificar a definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado”<sup>36</sup>, desde que esteja de acordo com disposições do art. 110 do CTN<sup>37</sup>. Assim, é possível a Lei Tributária estabelecer efeitos jurídicos característicos, dada a autonomia do Direito Tributário, garantida também pelo art. 109 do CTN<sup>38</sup>.

Aspecto prático advindo dessa relação, é que ao revés do que prevê o art. 882 do CC, o pagamento do débito prescrito, no âmbito tributário, poderá ensejar a repetição de indébito pelo contribuinte<sup>39</sup>.

O recolhimento, realizado pelo contribuinte, de tributo atingido pela prescrição deve ser considerado pagamento indevido, uma vez que resta extinto o vínculo obrigacional, surgindo para o sujeito passivo que recolheu o débito indevidamente, direito à repetição de indébito, com fundamento no art. 165 do CTN.

Ainda que o pagamento tenha ocorrido de forma equivocada, não há necessidade de justificativa, já que, de acordo com a jurisprudência firmada, a devolução do valor será realizada de forma simples, vedando-se o enriquecimento ilícito. A restituição não necessariamente deverá ocorrer em pecúnia, facultando-se a possibilidade da compensação, nos termos do art. 170 do CTN<sup>40</sup>. O prazo para a restituição, com base no art. 168 do CTN, será de cinco anos contados do pagamento ou da decisão que reforme a decisão condenatória.

<sup>35</sup> WELTER, Matheus Henrique. Interpretação Lógico-sistemática da Prescrição no Direito Tributário e seus Efeitos sobre a Extinção do Crédito. *Revista Direito Tributário Atual*, n.48. p. 352-371. São Paulo: IBDT. 2021. p. 354.

<sup>36</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 556.

<sup>37</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> HABLE, José. **A extinção do crédito tributário por decurso de prazo**. São Paulo: Forense. São Paulo: Método, 2014.

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2023.



O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de confirmar a possibilidade de restituição do débito prescrito recolhido indevidamente<sup>41</sup>. A doutrina majoritária também corrobora o entendimento firmado pelo STJ, indicando que “o pagamento do crédito tributário decaído ou prescrito, em razão das aludidas normas que cuidam da extinção do crédito tributário, faz surgir para o contribuinte o direito ao débito do Fisco”<sup>42</sup>. Sacha Calmon Navarro é pontual ao indicar que “quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos”<sup>43</sup>.

### **3 Consumação do crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 e o enunciado nº 24 de Súmula Vinculante**

Os Crimes Contra à Ordem Tributária se encontram tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, quando o delito for cometido por particular, e no art. 3º da referida Lei, quando praticado por funcionário público.

O art. 1º, incisos I a IV, são apontados pela doutrina como crimes materiais ou de resultado (com exceção do inciso V, que é apontado como formal), delitos considerados mais graves, com penas superiores, e cuja consumação exige a produção de um resultado. No caso do referido artigo, o critério material para enquadramento da conduta ilícita seria a verificação de supressão ou redução de tributo, de contribuição social ou de qualquer acessório, mediante a prática de determinadas condutas.

Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, toda norma penal tributária é precedida, de forma obrigatória, por uma norma tributária que “prescreve, em seu consequente, condutas, direta ou indiretamente, relacionadas à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos”<sup>44</sup>. Nestes termos, para a configuração do crime de “redução ou supressão de tributo”, a existência de uma relação jurídico-tributária e conseqüentemente da obrigação tributária (dívida) é indispensável.

<sup>41</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 646.328/RS**. Relator Mauro Campbell Marques, Dje. 04/06/2009. Precedentes: (REsp 1004747/RJ, Relator Luiz Fux, DJe 18/06/2008; REsp 636.495/RS, Relatora Denise Arruda, DJe 02/08/2007.)

<sup>42</sup> SANTI, Eurico Marco Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad. 2002. p. 241/242.

<sup>43</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.724.

<sup>44</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Direito Penal Tributário** (Uma Análise Lógica, Semântica e Jurisprudencial). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.114.



No que se refere ao momento consumativo dos Crimes Contra a Ordem Tributária, trata-se de tema que divide opiniões, em especial diante da edição do enunciado de Súmula Vinculante nº 24 pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 02 de dezembro de 2009, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 24, com a seguinte redação: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”<sup>45</sup>.

O precedente que originou a discussão e edição do enunciado teve origem no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611/SP<sup>46</sup>, no qual firmou-se o entendimento de que o crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 é material ou de resultado, dependendo do lançamento definitivo para viabilizar a propositura de ação penal-tributária, sob pena de restar prejudicada pela ausência de justa-causa.

Antes do julgamento do *Habeas Corpus*, prevalecia o entendimento de que o crime de sonegação fiscal se consumava com o vencimento do tributo para pagamento e que a instauração da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária não estava subordinada ao procedimento administrativo fiscal<sup>47</sup>. Contudo, na ocasião do julgamento, firmou-se a tese, esposada no voto do Ministro Relator, de que o lançamento definitivo constituiria uma condição objetiva de punibilidade para a configuração do crime em questão e que seria somente com o lançamento definitivo que o crime se consuma, iniciando-se, a partir desse momento, a contagem do prazo prescricional penal<sup>48</sup>.

No intuito de afastar suposta violação a independência das instâncias penal e tributária, apontou-se que se tratava de hipótese extraordinária em que a punibilidade da conduta do sujeito ativo estaria subordinada à decisão de autoridade diversa do juízo penal<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

<sup>46</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. **HC 81611/DF**. Relator Sepúlveda Pertence, DJe 10/12/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+81611%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+81611%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5xyl24>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

<sup>47</sup> CHANTAL, Giselle Aguiar Santos de. O crime do art. 1º, caput, da Lei 8.137/1990 e o julgamento do Habeas Corpus nº 81.611 pelo Supremo Tribunal Federal. In: FISCHER, Douglas (Organ.). **Direito penal especial**: Tomo I. Brasília: ESMPU, 2014. p. 168

<sup>48</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 554

<sup>49</sup> CHANTAL, Giselle Aguiar Santos de. O crime do art. 1º, caput, da Lei 8.137/1990 e o julgamento do Habeas Corpus nº 81.611 pelo Supremo Tribunal Federal. In: FISCHER, Douglas (Organ.). **Direito penal especial**: Tomo I. Brasília: ESMPU, 2014. p. 173.



Apesar de acompanharmos a doutrina majoritária que concorda pela necessidade de prévia decisão da autoridade administrativa para que se admita a propositura de eventual ação penal, uma vez que seria temerária e violadora de garantias constitucionais a propositura de ação penal com procedimento administrativo pendente, nos parece haver um equívoco na conclusão extraída pelo julgado de que a consumação do crime se daria com o lançamento definitivo.

A decisão parece ignorar a diferença entre obrigação e crédito tributário, acabando por modificar o momento de consumação do crime, ao apontar o lançamento definitivo como uma condição objetiva de punibilidade, alterando a estrutura típica do delito e subordinando o momento consumativo a um fator externo à conduta do agente. É o que aponta o professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

A redução ou supressão do “tributo” é praticada com “consciência e vontade”, isto é, com “dolo”, evidente que o “tributo” ou a existência de um “crédito tributário” não é uma condição objetiva de punibilidade, mas um elemento –normativo – do tipo penal, que como tal deve ser abrangido pelo dolo do agente. E, nesse caso, o lançamento não agrega uma nova dimensão ofensiva ao ilícito penal, o que normalmente é exigido das condições de punibilidade. Se uma pessoa se omitiu em uma declaração e com isso suprimiu tributo, ou mediante uma declaração falsa reduziu tributo devido, já há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária. O posterior lançamento definitivo do tributo – ou o que é mais comum, a decadência do direito de lançar, pelo decurso do tempo, considerada homologação tácita – somente comprovará que, com aquela conduta pretérita o contribuinte – e não o acusado – deixou de pagar, no todo ou em parte, o tributo devido. A questão é de *simples comprovação de uma lesão já ocorrida*<sup>50</sup>.

Para que haja configuração típica do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, o instante correto que a consumação se dá é com a prática das condutas dolosas previstas nos incisos do referido artigo, que resultem na supressão ou redução do tributo. Relembre-se, o lançamento tributário, no que se refere ao evento, tem natureza jurídica declaratória e não constitutiva.

O crédito tributário não é constituído pelo simples ato de notificar o sujeito passivo. A prática da conduta delineada no tipo penal e a conseqüente produção do resultado, que envolve a supressão ou redução do tributo, é o que efetivamente

<sup>50</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Do chamado 'lançamento definitivo do crédito tributário' e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal. In: *Revista brasileira da advocacia – RBA*, São Paulo, v. 0, n. 1, p. 263-291., jan./mar. 2016, p. 278.



configura a consumação do ilícito penal. Tal circunstância somente ocorre quando há dissimulação, mascaramento, ocultação do fato gerador, e não no momento do lançamento.

Entender o momento de exigibilidade do crédito como condição objetiva de punibilidade, consumando-se o delito quando se verificar tal condição, pode ensejar no surgimento de situações violadoras da garantia constitucional da anterioridade da Lei Penal<sup>51</sup>.

O lançamento definitivo (ou o momento da exigibilidade do crédito) seria, portanto, uma prova da existência de indícios de materialidade de um dos elementos do crime de sonegação - o tributo devido e não pago integral ou parcialmente - funcionando como prova documental, do *an* e do *quantum debeatur* do tributo<sup>52</sup>. Não se trataria de condição objetiva de punibilidade, mas de condição de procedibilidade, diante de uma especial peculiaridade do tributo, conferindo justa causa para a propositura da ação penal, nos termos art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Conforme assinala Rogério Taffarello, a equivalência entre o lançamento definitivo e a infração de sonegação fiscal é análoga à relação existente entre o exame de corpo de delito e um delito de lesão corporal<sup>53</sup>. No mesmo sentido aponta Marcelo Almeida Ruivo, indicando que “o lançamento definitivo do tributo significa para os crimes tributários a prova análoga ao exame necrológico para verificar se a vítima estava viva no momento da conduta do autor<sup>54</sup>”.

Nesse contexto, o lançamento definitivo desempenha o papel de comprovar a materialidade, atuando como a base legitimadora para a instauração de ação penal nos casos de crimes tributários. Assim, apesar de não haver

---

<sup>51</sup> “Imagine-se uma situação em que uma determinada conduta não seja criminosa, no momento da prática do fato jurídico tributário, mas, em razão de alteração de lei penal incriminadora, que anteceda ao lançamento definitivo, tal agir ou omissão passe a ser penalmente típico. Por coerência, ter-se-ia que concluir que a novatio legis in pejus se aplica a tal caso, porque entrou em vigor antes da consumação delitiva. Evidente que tal solução é absolutamente inaceitável, tendo o potencial de tornar letra morta a garantia constitucional do art. 5.º, caput, inciso LV, mormente em tempos de tanta incerteza tributária e volatilidade da respectiva legislação”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Do chamado 'lançamento definitivo do crédito tributário' e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal. In: **Revista brasileira da advocacia – RBA**, São Paulo, v. 0, n. 1, p. 263-291., jan./mar. 2016, p. 279.

<sup>52</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Do chamado 'lançamento definitivo do crédito tributário' e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal. In: **Revista brasileira da advocacia – RBA**, São Paulo, v. 0, n. 1, p. 263-291., jan./mar. 2016, P. 276,

<sup>53</sup> Taffarello, Rogério Fernando. Impropriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e a insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: Franco, Alberto Silva e Lira Rafael de Souza. **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323-325.

<sup>54</sup> RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. vol. 160. ano 27. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019. p. 80.



subordinação entre as instâncias penal e administrativa-tributária, há nítida e irrefutável interdependência entre as esferas, sendo a existência de uma obrigação tributária, fator essencial para continuidade da persecução penal<sup>55</sup>.

### 3.1 O pagamento do tributo como hipótese de extinção da punibilidade

Em determinadas situações excepcionais, por uma questão de opção político-criminal, o Estado deixa de aplicar a pena, renunciando o seu *jus puniendi*, ainda que haja fato ilícito, antijurídico e culpável. Tais exceções são denominadas de causas extintivas de punibilidade e estão previstas, de uma forma geral, no art. 107 do Código Penal, bem como em algumas leis especiais<sup>56</sup>.

A Lei nº 8.137/1990 trazia em seu art. 14<sup>57</sup> a possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes previstos nos seus arts. 1º e 2º, caso o agente efetuasse o pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia pelo juiz. Após a revogação do art. 14 pelo art. 98 da Lei nº 8.383/1991<sup>58</sup>, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo atualmente é regida pela Lei nº 10.684/2003, que trouxe novas alterações no formato do parcelamento e na possibilidade da extinção da punibilidade. Tal Lei criou o Parcelamento Especial - PAES, aumentando o escopo de aplicação das regras extintivas da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990.

Ao revés do que determinavam as leis anteriores, que condicionavam a extinção da punibilidade ao adimplemento do tributo realizado anteriormente a denúncia, o parágrafo segundo da Lei nº 10.684/2003 não possui caráter restritivo, de modo que o pagamento integral do crédito tributário, realizado a qualquer tempo, ainda que posterior ao recebimento da denúncia, importará na extinção da punibilidade do agente.

Durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.929/RJ, que discutia a possibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 10.684/2003, entendeu-se pela sua

<sup>55</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Crimes Tributários: Súmula Vinculante nº 24 do STF exige exaurimento da via administrativa. **Revista Prática Jurídica**. Ano IX, nº 101, ago/2010. p. 03.

<sup>56</sup> Conforme aponta Damásio de Jesus, “punibilidade não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica. Violado o preceito penal, surge para o Estado o direito de impor a pena ao sujeito [...]. Origina-se então a relação jurídico-punitiva entre o Estado e o cidadão” JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>. Acesso em: 18.fev.2023.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm)>. Acesso em: 18.fev.2023.



retroatividade, fundamentada no art. 5º, XL, da Constituição Federal, que prevê a retroatividade da lei penal mais benéfica, e no art. 61, *caput*, do Código Penal, que dispõe sobre a declaração de extinção da punibilidade de ofício, em qualquer fase do processo.

Assim, firmou-se o entendimento, que prevalece na jurisprudência atual, de que o pagamento do crédito tributário, a qualquer tempo, mesmo após a condenação com trânsito em julgado, extingue a punibilidade, tese aplicada também em casos anteriores à vigência da Lei nova.

Uma importante observação foi feita pelo Ministro Relator Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do aludido *Habeas Corpus*, após retificar seu voto, passando a acompanhar o Ministro Cezar Peluso. O Ministro Relator assinalou que “a nova Lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributária é apenas uma forma reforçada de execução fiscal”<sup>59</sup>.

#### **4 Os efeitos da prescrição tributária nos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça**

Para que se compreenda os efeitos da prescrição tributária nos crimes previstos pela Lei nº 8.137/1990, uma análise preliminar de julgados selecionados do Superior Tribunal de Justiça se faz primordial. É a partir dessa verificação que se poderá chegar a uma conclusão sobre a compatibilidade ou incompatibilidade dos argumentos utilizados pela Corte Cidadã com o ordenamento jurídico penal-tributário, analisando-se eventual legitimidade da intervenção penal diante de uma dívida fiscal prescrita.

##### **4.1 A posição jurisprudencial do STJ com relação aos efeitos penais da decadência tributária**

Antes que adentremos no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto aos efeitos penais da prescrição tributária, o exame da posição fixada pelo STJ com relação aos efeitos penais da decadência tributária permitirá, em uma análise comparativa, maior compreensão sobre o tema central do presente trabalho.

Tendo em vista que muitos dos fundamentos se repetiam entre as decisões monocráticas, sem alteração substancial no conteúdo, selecionou-se, por

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 81.929/RJ. Relator Ministro. Sepúlveda Pertence. Dje. 16/12/2003.



amostragem, três julgados para que melhor se examine as teses firmadas quanto aos efeitos da decadência tributária nos Crimes Contra a Ordem Tributária.

O posicionamento adotado pelo STJ no que se refere aos efeitos penais da decadência tributária é uníssono: a decadência tributária impossibilita o oferecimento de denúncia ou a continuidade da ação penal. Todavia, os argumentos utilizados para fundamentar as decisões divergem.

O primeiro dos julgados selecionados, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, assinala ser a decadência tributária causa que fulmina a tipicidade penal, excluindo o elemento normativo do tipo, qual seja a existência de um tributo devido. Para chegar a tal entendimento, a Ministra Relatora aponta que o lançamento tributário seria, na sua visão, uma espécie de procedimento que originaria não só a obrigação tributária, como a relação jurídica tributária, além de criar a dívida tributária certa<sup>60</sup>. Assim, segundo a lógica adotada pela decisão supramencionada, o lançamento tributário teria natureza constitutiva, em contrapartida às correntes majoritárias doutrinárias. Ao final da decisão, a Ministra entendeu pela necessidade de manutenção da condenação, uma vez que a suposta decadência alegada não foi reconhecida no âmbito tributário.

O segundo julgado, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, aponta como consequência do reconhecimento da decadência do crédito tributário a impossibilidade de responsabilização criminal, por restar ausente a constituição definitiva do crédito, que, na visão do Relator, seria uma condição de procedibilidade:

2. Independentemente da apuração da responsabilidade criminal da ré, dirimida, conforme acima afirmei, pelo Juízo Criminal (porque estamos diante de um crime), a dívida de valor continuará existindo, de sorte que o seu pagamento, acaso não seja voluntário, poderá ser exigido pela via cível,

<sup>60</sup> [...] Para se analisar a decadência no Direito Tributário é indispensável compreender o processo de constituição/formalização do crédito tributário através do ato de lançamento, afinal, a constituição do crédito é a linha tênue que separa os institutos da decadência e da prescrição, delimitando um o tempo de sua constituição e o outro o tempo de sua exigibilidade. O lançamento tributário é procedimento previsto no art. 142, do Código Tributário Nacional, responsável por originar a obrigação e a relação jurídica tributária, bem como individualizar o quantum devido (dívida certa, líquida e exigível), a quem se deve pagar (sujeito ativo) e a quem deve arcar com o ônus tributário (sujeito passivo). A decadência tributária, compreendida entre o acontecimento fático de determinado evento previsto em lei e o perfazimento do lançamento tributário, pode ser definida como o lapso temporal que a autoridade competente possui para apurar acontecimentos fáticos e, com base nestes, criar e individualizar a dívida tributária certa, líquida e exigível. A decadência tributária, portanto, afeta o direito ao lançamento. Sendo assim, quando o Estado não logra êxito em constituir o crédito tributário dentro de um determinado prazo, fala-se na ocorrência da decadência tributária, entendida como o ato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. E, inexistindo tributo devido, não há crime na forma do art. 1º da Lei 8137/90, vez que todas as condutas ali previstas demandam a existência de um tributo devido como substrato fático no qual se dá a conduta do agente". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1845380/MG**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Dje 11/09/2020.



dada a sua autonomia e a independência entre as esferas. Apenas lembrando que somente no caso de decadência do crédito tributário poder-se-ia afastar a responsabilização criminal dada a falta de condição de procedibilidade (constituição definitiva do crédito) [...]

Há, ainda, que se destacar no referido voto, a presença da discussão quanto a suposta independência de instâncias (penal e tributária). No caso da decadência tributária, constantemente defende-se a relatividade de tal independência, entendimento esse também firmado pelo Ministro Reynaldo Fonseca<sup>61</sup>.

Por fim, um julgado mais antigo de relatoria da Ministra Laurita Vaz, anterior a edição da Súmula Vinculante nº 24 do STF, aponta que decaído o direito de lançar o crédito tributário, inexistente justa causa, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime. A decadência, desse modo, interferiria, na visão da Ministra, no aspecto probatório da materialidade do crime<sup>62</sup>.

Sob essa perspectiva, pôde-se verificar que apesar de o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ser uníssono quanto ao efeito da decadência tributária, que importa, no âmbito penal, na impossibilidade de oferecimento de denúncia ou no impedimento da continuidade da ação penal, os argumentos utilizados para fundamentar tais consequências se dividem. Ora a decadência tributária é tratada como óbice à configuração de elemento do tipo penal, qual seja a existência de “tributo”, na medida em que se atribuiu ao lançamento definitivo efeitos constitutivos da obrigação e da relação jurídica obrigacional, ora a decadência tributária é adotada como meio que obsta uma “condição de procedibilidade”, qual seja a constituição definitiva do crédito, e, por

---

<sup>61</sup>É curial a ideia de que as esferas administrativa, cível e penal são relativamente independentes, de sorte que a superposição de círculos de ilicitude, como ocorre, por exemplo, no ilícito penal, que também será um ilícito civil e administrativo, geram repercussões nesses dois âmbitos, em termos de indenizações e medidas disciplinares, salvo quando não sejam reconhecidas causas de exclusão de ilicitude que façam coisa julgada no cível (arts. 63 e 65, ambos do Código de Processo Penal). Todavia, de um jeito ou de outro, as questões voltadas ao campo da ilicitude penal serão (como foram) mais bem avaliadas na seara do processo penal, onde vigoram princípios mais amplos de proteção ao indivíduo e de apuração do fato delituoso através da busca da verdade real, que podem, muito bem, gerar conclusões diferentes daquelas da esfera cível. Precedentes do STJ (RHC 21.403/SE - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - 6ª T - j. 16.12.2014 - DJe 03.02.2015; AgRg no AREsp 587.848/RS - Rel. Min. Jorge Mussi - 5ª T - j. 25.11.2014 - DJe 15.12.2014 e HC 226.471/MG - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - 6ª T - j. 20.03.2014 - DJe 09.04.2014). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.673.492/SP**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Djé 20/11/2019.

<sup>62</sup>(...) decaído a administração fiscal do direito de lançar o crédito tributário, em razão da decadência do direito de exigir o pagamento do tributo, tem-se que, na hipótese, inexistente justa causa para o oferecimento da ação Penal, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária (...). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 56799/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Djé 16/04/2007.



fim, também foi tratada como hipótese que interfere no aspecto probatório da materialidade do crime.

#### **4.2 Análise crítica da posição jurisprudencial do STJ com relação aos efeitos penais da prescrição tributária**

Analisados os fundamentos utilizados pela Corte Cidadã quanto aos efeitos da decadência tributária nos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, passa-se para a verificação do entendimento fixado no que se refere aos efeitos penais da prescrição tributária.

Do mesmo modo que no tópico anterior, tendo em vista que muitos dos fundamentos se repetiam entre os acórdãos, sem alteração substancial no conteúdo, selecionou-se três julgados para que melhor se examine as teses firmadas quanto aos efeitos da prescrição tributária nos Crimes Contra a Ordem Tributária.

Diferentemente do que ocorre no caso da decadência tributária, o posicionamento do STJ quanto aos efeitos penais da prescrição tributária e os argumentos utilizados para fundamentar as decisões são uníssonos. Para a Corte Superior de Justiça, a ocorrência da prescrição tributária não afeta a persecução penal por três razões.

A primeira delas é que o crime já teria se consumado com o lançamento definitivo, de modo que eventual extinção do crédito “na esfera tributária, pela prescrição (art. 156 do Código Tributário Nacional), em nada afeta o jus puniendi estatal, que também resta ileso diante da prescrição para a ação de cobrança do referido crédito”<sup>63</sup>.

A segunda razão é a de que “acatar a tese de que a extinção do crédito tributário pela prescrição teria reflexos na persecução criminal seria deixar de reconhecer a independência das esferas tributária e penal”<sup>64</sup>.

Por fim, o último fundamento utilizado é o de que somente no caso da decadência tributária seria possível se afastar a responsabilização criminal, uma vez que no caso da prescrição, “o crédito está constituído, embora não possa mais ser cobrado via execução fiscal”:

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 605153/PE**. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Dje 23/11/2020.

<sup>64</sup> *Ibidem*.



[...] Apenas lembrando que somente no caso de decadência do crédito tributário poder-se-ia afastar a responsabilização criminal dada a falta de condição de procedibilidade (constituição definitiva do crédito), porque na prescrição tributária, o crédito está constituído, embora não possa mais ser cobrado via execução fiscal<sup>65</sup>.

A verificação das razões utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a repercussão da prescrição tributária no âmbito penal evidencia graves inconsistências na fundamentação das decisões. Em especial, quando comparados os argumentos utilizados com aqueles trazidos nas decisões da Corte Superior que reconhecem efeitos penais à decadência tributária.

A primeira inconsistência estaria na conclusão firmada de inaptidão, da prescrição tributária, em afetar o *jus puniendi*, “uma vez que a consumação do crime já teria ocorrido com o lançamento definitivo”<sup>66</sup>. Importante aqui se faz relembrar duas premissas fixadas em momento anterior neste trabalho. A primeira delas é a de que a atribuição de natureza constitutiva ao lançamento vem sendo majoritariamente rechaçada. O lançamento tributário possui natureza declaratória quanto ao evento, de modo que declara situação preexistente.

A segunda premissa fixada se refere ao momento de consumação do crime. Entende-se o crime como consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Assim, o instante correto em que a consumação do delito previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 se dá é com a redução ou supressão de tributo, mediante a prática das condutas previstas nos incisos do referido artigo, com “consciência e vontade”. O momento que o erário sofre prejuízo é justamente aquele que o agente se declara não devedor de qualquer tributo<sup>67</sup>, no intuito de fraudar a fiscalização.

Desse modo, tanto no caso em que ocorre a prescrição tributária, como no caso da decadência, já poder-se-ia falar em consumação do crime. Esse, inclusive, foi o entendimento defendido pela Ministra Laurita Vaz, no HC nº 56799/SP, proferido antes da edição do enunciado de Súmula Vinculante nº 24. Naquela ocasião, entendeu-se que a decadência do direito de lançar o crédito

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.673.492/SP**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Dje 20/11/2019.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 605153/PE**. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Dje 23/11/2020.

<sup>67</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Do chamado 'lançamento definitivo do crédito tributário' e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal. *In: Revista brasileira da advocacia – RBA*, São Paulo, v. 0, n. 1, p. 263-291., jan./mar. 2016, p. 278.



tributário interfere na possibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária<sup>68</sup>. A discussão é deslocada ao campo processual, especificamente quanto ao aspecto probatório da materialidade do crime.

O chamado lançamento definitivo (ou o momento da exigibilidade do crédito) deve ser tratado como mera condição de procedibilidade, apta a lastrear o oferecimento da denúncia, tendo em vista sua natureza declaratória (e não constitutiva) do evento. O próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisão atual (2020), de relatoria do Ministro Reynaldo Fonseca (vide tópico 3.1)<sup>69</sup>, entendeu expressamente ser a constituição definitiva do crédito condição de procedibilidade para a acusação.

Justamente por isso, havendo a extinção do crédito, e, conseqüentemente, da obrigação tributária, nos termos do art. 113 do CTN, seja pela ocorrência da decadência quanto pela prescrição tributária, restará impossibilitada a comprovação da materialidade do crime, dada a especialidade da norma penal-tributária. Há que se refutar o entendimento que não reconhece efeitos penais à prescrição tributária, por deslocar o momento de consumação do crime para o lançamento definitivo, por força da edição da Súmula Vinculante nº 24 do STF. Ainda que decaído o direito do Fisco de lançar o tributo, poder-se-ia ter o crime como consumado, contudo, estaria ausente a condição de procedibilidade que obsta a persecução penal por ausência de justa-causa.

Sob esse prisma, cabe aqui lembrar a fundamentação utilizada pela Ministra Laurita Vaz, em julgado citado no tópico anterior, Recurso Especial nº 1845380/MG<sup>70</sup>, que apontou ser a decadência tributária causa que fulmina a tipicidade penal, excluindo o elemento normativo do tipo, qual seja a existência de um tributo devido. Ora, a prescrição tributária possui o mesmo efeito da decadência: o de extinção do crédito tributário. Assim, do mesmo modo que na fundamentação utilizada pela Ministra Relatora, fulmina-se a existência de tributo devido, apontado como elemento normativo do tipo.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 56799/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Dje 16/04/2007.

<sup>69</sup>BRASIL. **Recurso Especial nº 1.673.492/SP**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Dje 20/11/2019.

<sup>70</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1845380/MG**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Dje 11/09/2020.



Uma outra parte desse mesmo julgado acolhe o exposto, já que para fundamentar a sua decisão, a Ministra Laurita Vaz utiliza-se do seguinte trecho da obra de Heloísa Estellita e Aldo de Paula Junior:

[...] Nesse sentido, HELOÍSA ESTELLITA e ALDO DE PAULA JUNIOR afirmam que: [...] Quanto ao momento de reconhecimento dos efeitos da decadência e da prescrição tributárias em matéria penal, há que se distinguir duas situações: a) quando o crédito tributário tem sua constituição obstada pela decadência ou se vê extinto pela prescrição antes do recebimento da denúncia, temos que a atipicidade da conduta para os fins do art. 1º da Lei 8137/90 já se encontra manifesta e, portanto, eventual ação penal se encontra desprovida de justa causa para o oferecimento da denúncia; b) por outro lado, caso a decadência ou a prescrição se vejam reconhecidas após o recebimento da denúncia, não há falar em ausência de justa causa para a ação penal, posto que no momento da instauração desta o crédito tributário se encontrava constituído, ao menos aparentemente. Mas é evidente que ambos os institutos assumem contorno de questão prejudicial (art. 93, caput, CPP) e a atipicidade deverá ser oportunamente declarada por sentença absolutória.<sup>71</sup>

Tal fragmento da obra, indica a mesma consequência tanto pela verificação da decadência como da prescrição tributária: a atipicidade da conduta. A única diferença apontada se refere ao momento de reconhecimento no procedimento/processo, se antes do recebimento da denúncia, deverá ser decretada a ausência de justa causa, se após o oferecimento da denúncia deverá levar ao reconhecimento da absolvição por ausência de tipicidade. Logo, mostra-se manifestamente inconsistente o posicionamento firmado de inexistência de óbice ao prosseguimento da ação penal tributária quando declarada a prescrição tributária.

Com relação ao argumento de necessidade de preservação da independência das instâncias penal e tributária, cumpre ressaltar que a mesma Corte Superior, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1845380/MG, o qual tratava do reconhecimento da decadência tributária, indicou ser “*curial a ideia de que as esferas administrativa, cível e penal são relativamente independentes*”. Inexiste qualquer motivo para que tal posicionamento divirja quanto a prescrição tributária. Em especial, diante da indispensabilidade de uma relação jurídico-tributária para a configuração do crime de “*redução ou supressão de tributo*”<sup>72</sup>.

Não há como se restringir os efeitos da prescrição tributária ao âmbito tributário, tendo em vista que a própria relação jurídica tributária está contida na

<sup>71</sup> \_\_\_\_\_, **Recurso Especial nº 1845380/MG**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Dje 11/09/2020.

<sup>72</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Direito Penal Tributário** (Uma Análise Lógica, Semântica e Jurisprudencial). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.114.



hipótese de incidência da norma penal. Os tipos penais tributários possuem relação direta de causalidade com a norma tributária precedente<sup>73</sup>. O argumento invocado de necessidade de autonomia entre as esferas mostra-se em descompasso com as soluções adotadas pelo legislador e pela jurisprudência do próprio STJ.

Quanto ao último argumento invocado para afastar a incidência de efeitos da prescrição tributária nos crimes previstos pela Lei nº 8.137/1990, que aponta que a prescrição tributária não atinge a esfera de direito material por estar restrita ao direito de ação, esse pode ser entendido como fruto de uma confusão entre institutos tributários e cíveis.

Como analisado outrora, a prescrição tributária não se limita a perda processual de promover uma ação de cobrança, rompendo com o conceito estipulado pelo Direito Civil, igualando-se ao da decadência, tendo em vista que tem como consequência a extinção do crédito tributário, e, conseqüentemente, da própria obrigação, nos termos do art. 113, § 1º, do CTN<sup>74</sup>. O pagamento do débito prescrito, no âmbito tributário, poderá até mesmo ensejar a repetição de indébito pelo contribuinte<sup>75</sup>, o que já foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>76</sup>.

A solução adotada pelo STJ de não conferir efeitos penais à prescrição tributária pode levar a situação esdrúxula de compelir o sujeito passivo a realizar o pagamento do tributo no intuito de extinguir a punibilidade, para que, posteriormente, ajuíze ação de repetição de indébito contra o Ente requerendo a devolução do valor pago indevidamente. Estar-se-ia, assim, transformando o Direito Penal em uma ferramenta utilitária para a coação do pagamento de tributo, de forma não só violadora de preceitos fundamentais, como manifestamente ineficaz.

Nesse sentido, se por um lado a existência de situação pendente em Juízo cível não impede a propositura de denúncia (apenas a pendência de procedimento administrativo fiscal), por outro lado, a definição dessa situação pelo Fisco, a favor do denunciado, deve acarretar o trancamento da ação penal pela ausência do

<sup>73</sup> GUIMARÃES, Cynthia Fittipaldi Silva; ALMEIDA, Thiago Martins de. **Efeitos penais da prescrição tributária: uma análise a luz do princípio da subsidiariedade e do paradigma da autonomia**. XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC: Direito Penal, Processo Penal e Constituição. pp.165-179. Brasília-DF:2014, fls. 176.

<sup>74</sup> WELTER, Matheus Henrique. Interpretação Lógico-sistemática da Prescrição no Direito Tributário e seus Efeitos sobre a Extinção do Crédito. **Revista Direito Tributário Atual**, n.48. pp. 352-371. São Paulo: IBDT. 2021. p. 354.

<sup>75</sup> HABLE, José. **A extinção do crédito tributário por decurso de prazo**. São Paulo: Forense. São Paulo: Método, 2014.

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 646.328/RS**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Dje. 04/06/2009. Precedentes: (REsp 1004747/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 18/06/2008; REsp 636.495/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 02/08/2007.)



requisito de procedibilidade – desconstituição do lançamento -, caso já tenha sido proposta, ou, até mesmo resultar na absolvição do acusado, por ausência de provas da materialidade.

Para além do exposto, no âmbito penal, conforme dispõe o § 2º, do art. 9º da Lei nº 10.684/2003, o pagamento do crédito é causa de extinção da punibilidade. Desse modo, ainda que se refute os argumentos expostos que apontam para a impossibilidade de persecução penal após a extinção do crédito pela prescrição tributária, há outra causa que obstaculizaria o prosseguimento do processo. Sendo a prescrição, como também é o pagamento, causa de extinção do crédito tributário e da obrigação tributária, torna-se patente a necessidade de se conferir a prescrição tributária efeitos penais de extinção da punibilidade, em uma evidente analogia *in bonam partem*.

O posicionamento do STJ que aponta para a impossibilidade de tal aplicação analógica<sup>77</sup> cristaliza a visão utilitária que vem sendo conferida a Lei Penal. É sob esse contexto que se pode afirmar que as inconsistências nas razões apontadas pelo Superior Tribunal de Justiça, utilizadas para ora fundamentar uma condenação com base em uma suposta independência de instâncias e ora para coagir o pagamento de tributo no intuito de favorecer a arrecadação tributária, resultam no desvirtuamento do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Tributária.

## 5 Considerações Finais

A análise comparativa entre institutos tributários e penais, bem como dos fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça ao fixar tese no sentido de que a prescrição tributária não afetaria a persecução penal dos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, revelou a existência de inúmeras incoerências no entendimento firmado.

A prescrição tributária não segue o mesmo destino dado pelo Direito Privado, reclamando aos seus intérpretes que se baseiem em preceitos que se coadunem com o ordenamento jurídico tributário, evitando deturpações nos efeitos do instituto, que possui caráter próprio.

Apesar de não haver subordinação entre as instâncias penal e tributária, há indiscutível interdependência entre os âmbitos. A existência de uma obrigação

---

<sup>77</sup> BRASIL. **Recurso em Habeas Corpus nº 108.210/SP**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Dje 23/10/2019.



tributária é uma condição para a persecução do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990. Sendo a prescrição, hipótese de extinção do crédito e da própria obrigação, não há como se restringir seus efeitos apenas ao âmbito tributário, já que a existência de uma relação jurídica tributária está contida na hipótese de incidência da norma penal.

A alteração do momento consumativo do crime de sonegação fiscal para o instante em que há o lançamento definitivo, por força do precedente que resultou na aprovação do enunciado da Súmula Vinculante nº 24, é um equívoco. A uma porque o lançamento tributário, no que se refere ao evento, tem natureza jurídica declaratória. A duas, porque tal entendimento, altera a estrutura típica do delito, subordinando o momento de consumação à fator externo da conduta do agente, o que enseja inúmeras situações violadoras de garantias constitucionais, como, por exemplo, a da anterioridade da Lei Penal.

O instante correto que a consumação do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 se dá é com a prática das condutas dolosas previstas nos incisos do referido artigo que levem a redução ou supressão de tributo. O lançamento definitivo é, portanto, uma condição de procedibilidade, funcionando como prova da existência de indícios de materialidade de um dos elementos do crime de sonegação - o tributo devido e não pago -, conferindo justa causa para a propositura da ação penal, nos termos art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Assim, tanto no caso da prescrição como no caso da decadência, poder-se-ia falar em crime consumado, todavia estaria ausente a condição de procedibilidade (momento de exigibilidade do crédito), o que obstaria a persecução penal pela ausência de suporte probatório mínimo capaz de justificar o oferecimento da acusação em juízo.

Ademais, tendo em vista que o § 2º, do art. 9º da Lei nº 10.684/2003 prevê o pagamento do crédito como causa de extinção da punibilidade, não há por que não se aplicar tal regra aos casos em que o crédito se encontra prescrito, em uma nítida analogia *in bonam partem*.

Sob essa perspectiva, as inúmeras incoerências apontadas nos fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para negar efeitos penais à prescrição tributária apontam para a ilegitimidade da intervenção penal. Em verdade, há um desvirtuamento do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Tributária,



transformando-a em um instrumento de coação para o pagamento de tributo no intuito de favorecer a arrecadação.

## REFERÊNCIAS

ALBAN, Rafaela. **Reflexões acerca da prescrição tributária e da independência das esferas penal e fiscal**. Disponível em: <[www.rafaelaalban.adv.br](http://www.rafaelaalban.adv.br)>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Do chamado 'lançamento definitivo do crédito tributário' e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal. *In: Revista brasileira da advocacia – RBA*, São Paulo, v. 0, n. 1, p. 263-291., jan./mar. 2016.

BAHIA. **Procuradoria Geral do Estado**. Parecer técnico nº 2016194710-0. Bahia. 30 ago. 2016. Disponível em: [http://www.pge.ba.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Claudia\\_Magalhaes\\_Guerra\\_Attina\\_2016\\_consultoria.pdf](http://www.pge.ba.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Claudia_Magalhaes_Guerra_Attina_2016_consultoria.pdf). Acesso em: 12 jan. 2023.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Direito Penal Tributário** (Uma Análise Lógica, Semântica e Jurisprudencial). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses. 2013.

CHANTAL, Giselle Aguiar Santos de. O crime do art. 1º, caput, da Lei 8.137/1990 e o julgamento do Habeas Corpus nº 81.611 pelo Supremo Tribunal Federal. *In: FISCHER, Douglas (Organ.)*. **Direito penal especial**: Tomo I. Brasília: ESMPU, 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_; COELHO, Eduardo Junqueira. **Decadência e Prescrição em matéria tributária**. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Decadencia-e-prescricao.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2023.



GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Crimes Tributários: Súmula Vinculante nº 24 do STF exige exaurimento da via administrativa. **Revista Prática Jurídica**. Ano IX, nº 101, ago/2010.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUIMARÃES, Cynthia Fittipaldi Silva; ALMEIDA, Thiago Martins de. **Efeitos penais da prescrição tributária: uma análise a luz do princípio da subsidiariedade e do paradigma da autonomia**. XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC: Direito Penal, Processo Penal e Constituição. pp.165-179. Brasília-DF:2014.

HABLE, José. **A extinção do crédito tributário por decurso de prazo**. São Paulo: Forense. São Paulo: Método, 2014.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNCO, José Alexandre. **Lançamento – Aspectos controvertidos**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/lancamento-aspectos-controvertidos/>. Acesso em: 08 fev. 2023.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Bookseller. 2000.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**: ordem econômica, relação de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de dinheiro, crime organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. vol. 160. ano 27. p. 57-84. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTI, Eurico Marco Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad. 2002.

\_\_\_\_\_. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Improriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e a insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: Franco, Alberto Silva e Lira Rafael de Souza. **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



WELTER, Matheus Henrique. Interpretação Lógico-sistemática da Prescrição no Direito Tributário e seus Efeitos sobre a Extinção do Crédito. **Revista Direito Tributário Atual**, n.48. p. 352-371. São Paulo: IBDT. 2021.



## DISSONÂNCIAS ENTRE A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

### *DISCREPANCIES BETWEEN DOMINION OF THE FACT THEORY AND ITS APPLICATION IN TAX OFFENSES*

Autores: Pedro Nunes\* e Marcello Lorenzo Ottobelli Azevedo\*\*

**Resumo:** A jurisprudência brasileira vem adotando soluções advindas de ordenamentos jurídicos estrangeiros para o acerto de casos penais. Exemplo disso é a adoção da teoria do domínio do fato, que ganhou repercussão nacional após sua menção no julgamento da AP 470 pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de então, a teoria passou a ser constantemente empregada no contexto dos delitos empresariais, como forma de “alcançar” sócios, diretores e gerentes em eventual prática criminosa relacionada à companhia. Dentro desse espectro, o presente artigo aborda as diretrizes iniciais da teoria do domínio do fato, como desenvolvida por Claus Roxin, e a forma pela qual foi traduzida pelo Poder Judiciário brasileiro, para, assim, analisar sua aplicabilidade aos delitos tributários cometidos no âmbito empresarial. Desta análise, verificaram-se incongruências na interpretação conferida à teoria do domínio do fato por parte da jurisprudência, muitas vezes utilizada como subterfúgio à ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado. Ao fim, examinaram-se algumas das hipóteses em que se pode cogitar a incidência desta teoria no caso de condutas praticadas por sócios-administradores em delitos tributários.

**Palavras-chave:** Teoria do domínio do fato; Crimes tributários; responsabilização objetiva; domínio da vontade; domínio funcional do fato

**Abstract:** Brazilian jurisprudence has been adopting solutions from foreign legal systems to settle criminal cases. An example of this is the adoption of the "dominion over the fact" theory, which gained national attention after being mentioned in the trial of AP 470 by the Federal Supreme Court. Since then, the theory has been constantly employed in the context of corporate crimes as a means of "reaching" shareholders, directors, and managers in possible criminal activity related to the company. Within this framework, this article addresses the initial guidelines of the "dominion over the fact" theory, as developed by Claus Roxin, and the way it was translated by the Brazilian judiciary to analyze its applicability to tax offenses committed in the corporate sphere. From this analysis, there were found inconsistencies in the interpretation given to the "dominion over the fact" theory by the jurisprudence, often used as a subterfuge to the absence of proof of causality between the agent's conduct

---

\* Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Cofundador do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal Econômico da UFPR (NUPPE-UFPR). Advogado na Miranda Coutinho, Carvalho & Advogados".

\*\* Marcello Lorenzo Ottobelli Azevedo: "Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal Econômico da UFPR (NUPPE-UFPR). Advogado na Trauczynski Muffone Advogados Associados".



and the result. Finally, some hypotheses were examined in which the application of this theory could be considered in cases of conduct by shareholder-administrators in tax offenses.

**Keywords:** Dominion over the fact theory; Tax offenses; Objective liability; Dominion of the will; Functional dominion of the fact.

## 1 Introdução

A definição estrita do que significa a expressão *Direito Penal Econômico* não é unânime na doutrina, mesmo existindo diversas obras que se lançaram à tentativa de delimitar qual seria o conteúdo abarcado por este ramo. A par disso, algo que não se pode negar é a vinculação do termo *Econômico*, que a compõe, com o âmbito empresarial, remontando ao clássico conceito de empresa consagrado no Direito Empresarial: “atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens e serviços”<sup>1</sup>.

O Direito Penal Econômico, então, tem se voltado aos “comportamentos econômicos indesejados”, geralmente praticados no âmbito empresarial, por um grupo organizado de pessoas<sup>2</sup>, inseridas em estrutura organizada com distintos níveis de atribuições e responsabilidades.

Tal fato, como bem apontado pelo Prof. Luciano Anderson de Souza<sup>3</sup>, levou a uma inversão da lógica clássica da Teoria Geral do Delito, cujo modelo típico é o homicídio, à medida que há dissociação entre ação e responsabilidade dentro de uma ampla estrutura hierárquica, sensibilizando temas como erro, coação, imputação, autonomia e elemento subjetivo do tipo<sup>4</sup>.

Soma-se ao já mencionado, a notoriedade da indissociável vinculação entre pessoas jurídicas e o atual modo de produção econômica, sendo estas as responsáveis pela avassaladora massa de movimentação econômica ocorrida diariamente. Não por outra razão, a exemplo brasileiro, a constituição de PJ's é incentivada por medidas governamentais, como limitação da responsabilidade civil, diminuição da carga tributária, entre outros, incentivando aquele que pretende prestar atividade econômica organizada a fazê-lo mediante um CNPJ.

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34 e ss.

<sup>2</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do direito penal econômico e alternativas jurídicas. *In: Direito Penal Econômico: parte geral e leis penais especiais*. Luciano Anderson de Souza; Marina Pinhão Coelho Araújo [coord.]. 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 67

<sup>3</sup> Ibid, p. 67.

<sup>4</sup> Ibid, p. 67.



Aliado a isso, a globalização econômica e a integração supranacional, indicadas por Silva Sanchez como um dos pilares da expansão do Direito Penal<sup>5</sup>, revelam que os grandes lucros, prejuízos e impactos financeiros são causados por estruturas empresariais de enorme complexidade, que apresentam divisão de tarefas (marca da evolução industrial), multiplicidade de sócios e administradores, além de inúmeros funcionários espalhados em diversas funções e localidades.

Justamente essa estruturação empresarial, cada vez mais, dificulta a tentativa de atribuição de responsabilidade penal a qualquer dos indivíduos que a integram, seja a título de autoria, coautoria ou participação. Não é incomum, então, que se conheça a fonte da conduta (pessoa jurídica), mas reste inviabilizada a individualização/identificação daquele (pessoa física) que a praticou.

A relevância do tema é inegável e, igualmente, também o é sua complexidade. Na linha do afirmado por Silveira e Ortiz, é impossível, ao analisar uma estrutura empresarial, apontar indubitavelmente a qual cargo ou função deva recair a responsabilidade pelos crimes eventualmente praticados no âmbito das atividades econômicas dessa pessoa jurídica<sup>6</sup>.

É esta indefinição, ao olhar dos autores, e como forma de *resposta à sociedade*, que levou o Poder Judiciário à resolução da questão de forma atécnica, com evidente desrespeito aos esforços doutrinários, e com violação de preceitos fundamentais do Direito Penal<sup>7</sup>.

A problemática a ser abordada no presente, então, é exemplo disso.

A utilização indiscriminada da teoria do domínio do fato pelo Poder Judiciário Brasileiro, como forma de atribuição de responsabilidade aos dirigentes empresariais, parece ser um problema que afeta todo o sistema de tipos legais, mas, especialmente, tem grande impacto na questão dos delitos tributários.

A prática forense revela que o principal *cliente* do direito penal tributário é o agente vinculado a uma pessoa jurídica, em posição de relevância na hierarquia empresarial, a quem é imputada a prática dos delitos fiscais. Na maior parte das vezes, conforme demonstrado adiante, isso se dá sem a necessária comprovação do nexo de causalidade entre o resultado identificado e a conduta do agente,

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>6</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Autoria e participação no ambiente empresarial**. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 274, p. 13-14, set. 2015.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 13-14.



mormente pela utilização da teoria do domínio do fato como *muleta* para um déficit probatório.

Diante disso, portanto, apresentaremos de que forma a teoria do domínio do fato foi introduzida no ordenamento brasileiro, avançando nos problemas decorrentes de sua tradução, para, posteriormente, analisar sua aplicação no âmbito dos crimes tributários, especialmente destacando as dissonâncias entre os fundamentos da teoria e a forma como é aplicada pela jurisprudência pátria, em especial no que diz respeito aos sócios-administradores denunciados por delitos tributários. Ademais, serão examinadas algumas das hipóteses em que se pode cogitar a incidência das modalidades da teoria do domínio do fato, no caso de condutas praticadas por sócios-administradores tipificadas pela Lei n.º 8.137/90.

## 2 Teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro

### 2.1 Diretrizes iniciais da teoria do domínio do fato

O desenvolvimento da teoria do Domínio do Fato remonta, primeiramente, a Welzel, quem afirmava que o autor somente poderia ser identificado a partir do critério do domínio do fato e, assim, dominaria o fato aquele que tivesse poder de determinação sobre o crime<sup>8</sup>.

Quem realmente avançou no desenvolvimento do tema foi Claus Roxin, em sua obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, publicada em 1963, afastando-se do “domínio final do fato” de Welzel. A obra se dedicou à delimitação das hipóteses de autoria, de acordo com o Código Alemão, visando ao acerto de um conceito de domínio do fato que servisse, também, como conceito geral de autor.

Segundo a obra, então, o domínio do fato representa a ideia reitora da figura central do acontecer típico, podendo se manifestar pelo domínio: **i) da ação**; **ii) da vontade**; e **iii) funcional do fato**. O **i) domínio da ação** se verifica nos casos em que a ação típica é realizada pessoalmente (autoria imediata). Já o **ii) domínio da vontade**, constata-se nos casos em que o fato típico é executado por terceiro, cuja vontade não é livre, ou que não tem conhecimento do sentido objetivo de seu comportamento, ou que é fungível, no âmbito de um aparato organizado de poder (autoria mediata). Por fim, o **iii) domínio funcional do fato** é constatado quando, na

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 676



fase de execução do delito, há contribuição funcionalmente significativa ao fato (coautoria)<sup>9</sup>.

Em suma, pode se dizer que autor é, em essência, quem realiza o tipo, seja de forma imediata, mediata, ou conjunta, a partir do domínio do risco do resultado, representando domínio do fato, o domínio da ação<sup>10</sup>.

Ainda, embora a pretensão inicial de Roxin fosse a busca pelo desenvolvimento de um conceito geral de autor<sup>11</sup>, a teoria do domínio do fato acabou não se desenvolvendo como um critério universal, não se aplicando, portanto, a todas as espécies de delito<sup>12</sup>.

A teoria, segundo Roxin, não se aplica aos *delitos de dever*, assim chamados pelo fato de que se apoiam em tipos penais materializados em *deveres*, os quais devem ser violados para que se encontre a tipicidade<sup>13</sup>. Neste caso, autor seria sempre e apenas “aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão”<sup>14</sup>. Exemplo de *delito de dever* são os delitos *especiais* ou *próprios*, nos quais se exige uma qualificação especial do sujeito ativo; assim como os delitos de *mão-própria* também não se sujeitam à teoria, tendo em vista que nesses somente determinada pessoa seria capaz de realizar a conduta típica<sup>15</sup>.

Roxin ainda destaca a impossibilidade de utilização da teoria nos delitos omissivos em geral, vez que o omitente não chega a ser autor por seu eventual domínio do fato, mas sim pela quebra/violação de seu dever de evitar o resultado<sup>16</sup>, especificando, quanto aos delitos de *omissão imprópria*, pela necessária existência da posição de garante<sup>17</sup>. Por fim, em questão controversa, os crimes culposos

<sup>9</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. 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. 25-31.

<sup>10</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. 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. 55-57

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 1ª ed, Hamburg, 1963. trad. Espanhola da 7ª ed. **Autoria y dominio del hecho en derecho penal**, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 129-130

<sup>12</sup> GRECO; LEITE, op. cit., p. 31

<sup>13</sup> ROXIN, 2000, op. cit., p. 385-433

<sup>14</sup> GRECO; LEITE, op. cit., p. 33

<sup>15</sup> ROXIN, op. cit., p. 434-470

<sup>16</sup> Ibid, p. 501

<sup>17</sup> Ibid, p. 497-568



também não se sujeitariam aos critérios da teoria, dado que exigiriam o domínio do risco de lesão ao bem jurídico<sup>18</sup>.

## 2.2 A teoria do domínio do fato e jurisprudência brasileira

A partir dessas diretrizes da teoria do domínio do fato, ter-se-ia verificado um novo caminho, no contexto empresarial, apto a analisar casos de necessária distribuição de carga de responsabilidade dentro dos chamados “aparatos organizados de poder”. Esse ferramental teórico se solidificou na análise do caso Eichmann, quando Roxin apresenta a figura do “homem de trás”, defendendo a aplicação da coautoria em situações de prática criminosa no âmbito de uma organização<sup>19</sup>.

Nesses casos, como ensina Alaor Leite, o “homem de trás” (a) por dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e (b) por possuir poder de mando, (c) pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis<sup>20</sup>, no que se revelam três critérios originais para a aplicação da figura. Posteriormente, diante da repercussão e vasta utilização da tese, Roxin acrescentou um quarto requisito, a saber, *a considerável disposição do executor para atuar*<sup>21</sup>.

Para Roxin, o fator decisivo para fundamentar o domínio da vontade no caso dos aparatos organizados de poder é a *fungibilidade* do executor. Esta fungibilidade é caracterizada por uma liberdade e responsabilidade do executor direto – que responderá também como autor – mas que, a despeito desse agir consciente, é visto como mera figura anônima e substituível pelo “homem de trás”, isto é, uma simples “engrenagem na máquina do poder”<sup>22</sup>.

Ainda, também vale destaque o domínio funcional do fato, hipótese de coautoria delineada pela teoria do domínio do fato. Nesse ponto, Roxin indica a necessidade de estarem presentes dois requisitos para que se identifique a coautoria: (i) a existência de um plano comum e (ii) contribuição relevante ao fato.

<sup>18</sup> GRECO; LEITE, op. cit., p. 33-35.

<sup>19</sup> BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal Brasileiro. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul/dez. 2017. p. 193-194

<sup>20</sup> LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *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. 139

<sup>21</sup> BUSATO, op. cit., p. 683-684.

<sup>22</sup> ROXIN, 2000, op. cit, p. 272-273.



A existência de um plano comum, consubstanciado no acordo de vontades entre os agentes quanto à execução do fato e a realização de suas consequências, é requisito indispensável à coautoria, visto que esta somente se verifica quando os agentes são alternativamente interdependentes, tendo que estar necessariamente em acordo para, então, poderem atuar conjuntamente. Ou seja, não pode ser coautor aquele que contribui para um resultado sem estar em acordo com os demais<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, para identificação da coautoria, é necessário que o agente tenha atuação na fase executiva que represente um requisito indispensável para a concretização do resultado, isto é, aquele com cujo comportamento funcional se sustenta ou vem abaixo a empreitada, não importando sua disposição subjetiva ao acontecer típico<sup>24</sup>.

Delineados os principais pontos atinentes à teoria, cabe destaque o fenômeno de expansão de sua utilização, fazendo com que a teoria se tornasse *prática*, como ferramental teórico de diferenciação de responsabilidade pela autoria, especialmente nos últimos 10 anos, valendo destaque para o momento em que a tese obteve notoriedade no Brasil.

No caso Mensalão (AP 470/STF), julgado pelo Supremo Tribunal Federal, utilizou-se da teoria do domínio do fato como fundamento na decisão da condenação de crimes de gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, quadrilha e corrupção ativa, não com o propósito de distinção entre autoria e participação, mas sim atribuindo responsabilidade penal a dirigentes empresariais e de partidos políticos, notadamente pelo déficit probatório relacionado à autoria desses agentes.<sup>25</sup>

A decisão, inclusive, faz confusão entre a teoria do domínio do fato e a figura do domínio da organização - modalidade do domínio da vontade que representa apenas uma das formas de domínio do fato —, além de adotar o conceito de domínio final do fato de Welzel sem qualquer distinção da tese trazida por Roxin, esquecendo que *domínio da organização* e *domínio funcional do fato* só existem na concepção do último.

Em passagem de seu voto no julgamento da AP 470/STF, o relator Min. Joaquim Barbosa, buscando fundamentar a aplicação da teoria do domínio do fato e

---

<sup>23</sup> Ibid, p. 316

<sup>24</sup> Ibid, p. 311.

<sup>25</sup> LEITE, op. cit.



sua utilização no caso em comento, indicou que, nos crimes de guerra, punem-se os generais estrategistas, tão autores quanto os soldados, já que planejam os ataques desde seus gabinetes<sup>26</sup>. E reforçou quanto aos crimes empresariais: “no crime com utilização da empresa, o autor é o dirigente ou os dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa”<sup>27</sup>.

Verifica-se, portanto, que a tradução da teoria em solo brasileiro veio como alternativa à atribuição de responsabilidade penal a superiores hierárquicos de empresas ou partidos políticos, o que levou às críticas tecidas pelo próprio Claus Roxin<sup>28</sup>.

### 2.3 Consequências da tradução equivocada da teoria do domínio do fato

O ponto controverso reside, então, na dissonância entre o que a teoria se propôs a resolver, funcionando como critério de diferenciação entre autor e partícipe, e como o Poder Judiciário Brasileiro a adota, na maioria das vezes como fonte de superação de déficit probatório, supostamente apto a aferir a existência de nexo de causalidade entre crime e agente.

Essa indevida aplicação leva, no caso dos crimes tributários e outros cometidos dentro do âmbito empresarial, à responsabilização penal objetiva, à vista da inexistência de um nexo de causalidade que ligue gestores, diretores ou sócios-administradores à conduta delituosa objeto da análise jurisdicional.

Exemplo disso é o julgamento da Apelação Criminal nº 5004728-97.2017.4.04.7002 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de relatoria do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, no qual, utilizando-se da teoria do domínio do fato foi mantida a condenação de sócio pela suposta prática do delito previsto no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90. O fundamento para tanto seria o fato de que o sócio condenado era o efetivo responsável pela condução do negócio já que detinha 99% das cotas sociais, além de figurar como administrador da empresa.

<sup>26</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470/MG**. Tribunal Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/12/2012. p.1160-1161

<sup>27</sup> Ibid, p. 1161.

<sup>28</sup> SCOCUGLIA, Livia. Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clausroxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em: 07 mar. 2023.



O voto condutor do caso em comento, para além de integrar a si o quanto lançado pela Ministra Rosa Weber no bojo do julgamento da AP 470/STF sobre o tema, também tece considerações relacionadas à obra de Roxin, citando Alaor Leite e os requisitos para identificação do domínio da organização e a presença da figura do “homem de trás”.

Tudo isso para fundamentar que o “apelante era não somente o proprietário da empresa como o efetivo responsável pela condução do negócio ao tempo do fato, pelo que tenho comprovada a autoria”<sup>29</sup>, valendo-se do domínio da organização, portanto, para atribuir responsabilidade ao sócio majoritário da empresa, sem que tivesse estabelecido qualquer nexos de causalidade entre o fato típico e as condutas deste.

No mesmo sentido foram as conclusões exaradas nos autos de Apelação Criminal 5004618-43.2018.4.04.7106/RS<sup>30</sup> e 5001812-10.2019.4.04.7103/RS<sup>31</sup>, também pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto do TRF4, nos quais são replicadas as conclusões da Ministra Rosa Weber na Ação Penal do caso “Mensalão”, a fim de fundamentar a comprovação de autoria dos sócios quanto aos delitos tributários imputados.

Mais claro ainda é o caso da Apelação Criminal nº 0011740-06.2003.8.26.0533, de relatoria do Desembargador Costabile e Solimene, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em junho de 2018. No julgamento foi mantida a condenação de sócia da empresa, defendendo-se a aplicação da teoria do domínio do fato nos crimes tributários.

A situação fática, contudo, não demonstrava qualquer vinculação da sócia ao acontecer típico, o que levou à reforma da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça. Em decisão divulgada no Informativo nº 681, a Corte destacou a necessidade de descrição, no plano fático, do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado delituoso, cuja ausência não seria suprida pela teoria do domínio do fato<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - **Apelação Criminal nº 5004728-97.2017.4.04.7002**, 8ª Turma, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 04/03/2020.

<sup>30</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – **Apelação Criminal nº 5004618-43.2018.4.04.7106**, 8ª Turma, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 11/11/2021.

<sup>31</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – **Apelação Criminal nº 5001812-10.2019.4.04.7103**, 8ª Turma, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 11/11/2021.

<sup>32</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial nº 1.854.893/SP**, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 08/09/2020.



Tal lógica, contudo, repete-se em inúmeros outros julgados, nos quais há condenação de gestores, diretores ou sócios administradores de empresas pelo simples fato de exercerem tal posição na hierarquia empresarial, como se isso permitisse a presunção de participação no delito, mesmo quando inexistentes circunstâncias que os vinculem ao acontecer típico.

Inclusive, o tema vem sendo abordado em recentes decisões da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná que, ao reformar sentenças condenatórias, vem destacando a *inaplicabilidade* da teoria do domínio do fato para: i) presunção da responsabilidade penal pela mera posição de sócio administrador<sup>33</sup>; ii) suplantar conjunto probatório insuficiente<sup>34</sup> e iii) suprir a ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado<sup>35</sup>.

Assim, adiante serão apresentadas as dissonâncias entre os fundamentos da teoria do domínio do fato, como apresentados por Claus Roxin, e a forma como a teoria é aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial no que diz respeito aos sócios-administradores denunciados por delitos tributários. Ademais, serão examinadas algumas das hipóteses em que se pode cogitar a incidência das modalidades da teoria do domínio do fato, no caso de condutas praticadas por sócios-administradores nos delitos ora analisados.

### 3. Aplicação da teoria do domínio do fato nos crimes tributários

#### 3.1 Aplicabilidade da teoria do domínio do fato de modo geral

O primeiro ponto a ser destacado é que, conforme já ressaltado, a função dogmática da teoria do domínio do fato não busca determinar se o agente será ou não punido. Como mencionado, o problema que ela se propõe a resolver é distinguir aquele que é autor, isto é, figura central do acontecer típico, daquele que será mero partícipe, sujeito que detém um agir marginal/lateral do fato delitivo.

Inclusive, em virtude disso, há autores que negam a possibilidade de aplicação desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o artigo 29, do

<sup>33</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ – **Apelação Criminal nº 0074655-84.2017.8.16.0014**, 2ª Câmara Criminal, rel. Desª. Priscilla Placha Sá, j. 17/02/2023 e **Apelação Criminal nº 0004445-96.2017.8.16.0017**, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 29/04/2022.

<sup>34</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ – **Apelação Criminal nº 0010804-57.2020.8.16.0017**, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Francisco Cardozo Oliveira, j. 16/12/2022.

<sup>35</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ – **Apelação Criminal nº 0004748-54.2019.8.16.0013**, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 02/12/2022.



Código Penal, adota um sistema unitário de autor. Nesse sentido, Alflen entende que no Brasil, a teoria do domínio do fato não encontraria compatibilidade. A uma, porque o próprio Roxin rechaça a adoção de um sistema unitário, e esclarece que lapidou sua teoria pressupondo um sistema diferenciador. A duas, porque a concepção de domínio do fato se contrapõe a premissas causais-naturalistas para a imputação de autoria, elemento este que seria o pilar de sustentação do sistema unitário. Assim, conclui que *“não há como transpor a teoria do domínio do fato ao plano brasileiro, face à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional”*.<sup>36</sup>

Todavia, porquanto o artigo 29, *caput*, do Código Penal, admite a graduação da reprovabilidade de cada autor do delito “na medida de sua culpabilidade”, a teoria do domínio do fato não resta de todo inviabilizada, desde que aplicada corretamente. Entende-se que ela fornece critérios valiosos a fim de desvelar aquele que figura como peça central do acontecer típico, e aquele cujo conteúdo de injusto é meramente acessório, para então, nos moldes do ordenamento brasileiro, chegar a uma diferença de pena entre aquele que seria autor e aquele que seria partícipe.<sup>37</sup>

Nesse sentido, conforme explicam Busato e Cavagnari, ainda que a teoria tenha sido pensada para um sistema diferenciador, seus pressupostos podem ser empregados em qualquer estrutura normativa, a fim de valorar a participação de cada contribuinte do delito. Porém, a teoria há de ser aplicada para definir o “como” e não o “se” da responsabilização penal. Respeitados seus fundamentos, os critérios de diferenciação oferecidos por este instrumento teórico “são os que melhor conduzem à identificação de quem pode ser autor e quem deve ser reconhecido como partícipe em um concurso de pessoas para a prática de um crime”.<sup>38</sup>

### **3.2 Inaplicabilidade da teoria aos delitos especiais e a controvérsia sobre a natureza dos crimes tributários**

Outro ponto de comum dissonância reside no emprego da teoria do domínio do fato indiscriminadamente, para todo e qualquer caso. Porém, como visto, ela não detém a pretensão de universalidade. Conforme divisão feita pelo próprio

<sup>36</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. *Universitas JUS*, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014. p. 31.

<sup>37</sup> LEITE, op. cit. p. 135.

<sup>38</sup> BUSATO; CAVAGNARI, op. cit., p. 204.



Roxin, ao lado dos delitos de domínio – em que a teoria do domínio do fato encontra aplicação -, há também os chamados delitos de infração de um dever - como é o caso dos delitos omissivos e os especiais ou próprios – em que os pressupostos para a fundamentação da autoria são outros.<sup>39</sup>

Estes últimos são delitos que possuem uma restrição a respeito de seu círculo de autores, cujo fundamento da autoria seria não o domínio do fato que exerce o agente, mas sim a violação de um dever típico que lhe incumbe. São deveres que não se estendem necessariamente a todos os implicados no delito, mas que são imprescindíveis para a sua consumação. Assim, só pode ser autor quem compartilha da qualidade exigida pelo tipo, deixando de ter papel central o grau de atuação de cada contribuinte na empreitada delitiva.<sup>40</sup>

Tomando como exemplo os crimes omissivos, a sua reprovabilidade não reside no controle da produção do resultado em si, pois quem se omite não tem o domínio causal do fato. A responsabilidade, nestes casos, deriva da presença de um dever de agir para impedir a produção do resultado, e quem deixa de agir, quando a lei demanda uma ação, será tido como responsável pelo resultado típico, não por conta do domínio que tem sobre o fato, e sim pela violação do dever que lhe é imposto.<sup>41</sup>

Da mesma forma, no caso dos crimes especiais ou próprios - que exigem alguma característica especial do sujeito – existindo uma pluralidade de agentes, o autor estará sempre delimitado pelo próprio tipo penal. Isto é, “somente as pessoas que reúnam a qualidade específica mencionada pelo tipo estão em condições de serem identificadas como autoras”.<sup>42</sup>

Tais considerações são de suma relevância ao presente estudo, tendo em vista que parte da doutrina entende que os crimes tributários seriam delitos especiais. Isso porque, nesses casos, o sujeito ativo seria essencialmente “a pessoa física obrigada a pagar o tributo ou a contribuição social, que poderá ser o contribuinte (também chamado de ‘contribuinte de fato’) ou, no caso de substituição

---

<sup>39</sup> ROXIN, 2000, op. cit., p. 385 e ss.

<sup>40</sup> Ibid., p. 387

<sup>41</sup> ROXIN, 2000, op. cit., p. 502.

<sup>42</sup> BUSATO; CAVAGNARI, op. cit., p. 199.



tributária, o substituto ou responsável tributário (conhecido também como ‘contribuinte de direito’).<sup>43</sup>

Consoante explica Bitencourt, esses delitos partem do pressuposto que esteja consolidada uma dívida tributária em desfavor do contribuinte, isto é, que haja uma relação jurídico-tributária entre o sujeito passivo, obrigado a pagar tributos, e o Fisco. Nesse sentido, o crime de sonegação só guarda razoabilidade se o sujeito ativo fizer parte desta relação imposta pelo Estado. Por conseguinte, só pode ser sujeito ativo quem “deve ser o sujeito obrigado ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”<sup>44</sup>, nos moldes do artigo 121, do Código Tributário Nacional (CTN).

Isso não significa – segundo o autor aponta – que apenas aquele que formalmente ostenta a condição de contribuinte ou de responsável em sentido estrito perante o Fisco possa ser responsabilizado. O próprio CTN prevê a possibilidade de extensão da responsabilidade a terceiros, na segunda parte do artigo 128 e nos artigos 134, 135 e 137, além do próprio artigo 11, da Lei n. 8.137/90.<sup>45</sup> Porém, ainda assim, a referência ao sujeito ativo do delito sempre parte de um círculo delimitado normativamente.

Caso se aceite tais pressupostos, isto é, que os crimes tributários são delitos especiais, a teoria do domínio do fato perde a essencialidade na verificação da condição de autor do agente. Antes, seria necessário identificar a quem podem ser estendidos os deveres de arrecadação exigidos pelo ordenamento, e quem, em dado caso concreto, infringiu estes deveres. Como se vê, sob esta perspectiva o círculo de autores se encontra limitado normativamente.

Tanto é assim que Alaor Leite, ao examinar julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual a Corte Superior lançou mão da teoria do domínio do fato para fundamentar a responsabilidade do administrador da empresa pela conduta prevista no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, sustenta que o referido delito se trata de “um delito especial, de dever, no qual seria, aplicada corretamente a teoria, descabido falar em domínio do fato”.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Leis penais especiais comentadas. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 254. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 724.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 725-726.

<sup>46</sup> LEITE, op. cit., p. 164.



Porém, em sentido contrário ao acima esposado, há autores que afastam a natureza especial dos crimes tributários, ao argumento de que o texto legal não determina qualquer qualificação especial do agente, e tampouco faz referência expressa ao exercício de funções específicas.<sup>47</sup>

Nesse sentido, Cabral argumenta que, no caso da Lei n. 8.137/90, nem a leitura do artigo 1º, e tampouco a do 2º, permite concluir que os tipos penais fazem alguma limitação do círculo de autores, razão pela qual se estaria diante de crimes comuns, podendo, portanto, serem cometidos por qualquer pessoa.<sup>48</sup> A única exceção seria a conduta prevista no inciso V, do artigo 1º, e o seu parágrafo único, pois nestas situações, há uma delimitação expressa restringindo a aplicação do tipo penal somente àquelas pessoas que têm o dever de apresentar nota fiscal ou documento equivalente, nos moldes previstos pela legislação.<sup>49</sup>

Inclusive, Cabral antecipa a discussão ora exposta, no sentido de afirmar que, por serem delitos comuns, é perfeitamente cabível a aplicação da teoria do domínio do fato, sendo o autor aquele que tem domínio sobre as ações descritas no tipo penal. O autor explica que caso se adote a posição de que os crimes tributários previstos na Lei n. 8.137/90 são delitos especiais, “existem importantes consequências no que diz respeito à autoria e participação nesses delitos. Isso porque, para os delitos especiais, não se aplica a teoria do domínio do fato, mas sim a teoria da infração do dever”.<sup>50</sup>

De todo modo, fato é que tais divergências apontam, no mínimo, uma cautela a ser tida antes de se valer da teoria do domínio do fato nos crimes previstos pela Lei n. 8.137/90. E ainda que a doutrina não seja uníssona sobre sua classificação de modo geral, é inegável que a Lei n. 8.137/90 prevê uma série de condutas a título de omissão, como se depreende, no artigo 1º, na primeira parte do inciso I, na segunda parte do inciso II, na primeira parte do inciso V e seu parágrafo único. Também no artigo 2º, em seus incisos I, II e IV.

---

<sup>47</sup> Tratando do crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, do Código Penal): CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 102/2013, p. 365-393, maio-jun/2013.

<sup>48</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Ordem tributária, econômica e relações de consumo: Lei nº 8.137/1990. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó [coords.]. **Leis penais especiais comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 683 e 700.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 685.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 684.



Nessas hipóteses, parece ainda mais nítida a impossibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato, já que, conforme exposto, “só quem age positivamente tem algo nas mãos, que pode dominar. Os delitos de omissão não são delitos de domínio, a eles não se aplica o critério do domínio do fato”.<sup>51</sup>

### **3.3 Emprego da teoria do domínio do fato para alcançar sócios-administradores**

Outro ponto a ser destacado é que, como adiantado, a teoria do domínio do fato não serve para fundamentar “se” alguém deve ser punido, senão “como”. Talvez este ponto consista no equívoco mais comum, por parte da jurisprudência, ao fazer o uso deste instrumento. Significa dizer que, o fato de uma sentença ou acórdão apontar que alguém “é autor, porque detém o domínio do fato”, não serve, por si só, para fundamentar a responsabilização pelo cometimento de um fato típico. Antes, é necessário apontar a partir de quais circunstâncias concretas é que se pode chegar a tal conclusão.<sup>52</sup>

Como afirma Cardoso, “a constatação do domínio do fato vem como um resultado, ao final da argumentação, e nunca como fundamento da imputação; sob pena de total desconstrução da teoria e ‘aplicação intuitivo-emocional da etiqueta de autor’ por parte dos órgãos persecutórios e julgadores”.<sup>53</sup>

Não se está diante, portanto, de uma “teoria processual”, que irá interferir no *standard* de prova a fim de comprovar se determinado sujeito deve ser responsabilizado. Isto é, “quem seria absolvido por ausência de provas sem ela, deve ser absolvido com ela”.<sup>54</sup> Assim, além de violar a presunção de inocência, desnaturalizará sua razão de ser o decreto condenatório que a utiliza para suplementar provas faltantes.

Isso se torna ainda mais patente no campo dos crimes tributários, tendo em vista que, diante da divisão de atribuições e diferentes níveis de hierarquia dentro de uma empresa, é frequente a dificuldade que se tem em produzir provas a respeito do responsável pela prática da conduta típica, ou de identificar alguma conduta

<sup>51</sup> GRECO; LEITE, op. cit., p. 41-42.

<sup>52</sup> Ibid., p. 39-40.

<sup>53</sup> CARDOSO, Anna Paulina Corteletti Pereira. A imputação de autoria nos crimes cometidos em estruturas empresariais. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, vol. 10/2022, p. 13-37, Abr-Jun/2022. p. 18.

<sup>54</sup> LEITE, op cit., p. 160.



concreta praticada pelos sócios e gestores que levou à sonegação de impostos, para além de seus poderes de gerência previstos em estatuto ou contrato social.

Não é por outra razão que, conforme elucidam Greco e Assis, a teoria do domínio do fato vem sendo vendida como um instrumento que permitiria a responsabilização criminal dos cargos hierarquicamente superiores por delitos cometidos no âmbito de estruturas por eles controladas. Basicamente, “a ideia de domínio do fato serviria – essa a ideia difundida – à responsabilização de um superior hierárquico, cujo comportamento, até então, não seria ‘alcançado’ pelo direito penal”.<sup>55</sup>

Esta malversação da teoria guarda relação com a própria forma pela qual ela veio a ganhar destaque na jurisprudência brasileira, com o julgamento da AP 470. Isso porque, já neste momento, o domínio do fato foi utilizado para atribuir responsabilidade penal decorrente da posição hierárquica de determinado sujeito. Ou seja, o sujeito teria domínio do fato porque, diante de sua posição de destaque dentro de uma estrutura hierárquica – assim como normalmente se verifica dentro de uma empresa – seria responsável pelo que ocorre no interior dessa estrutura, mesmo que não tenha praticado pessoalmente a conduta criminosa.<sup>56</sup>

Porém, além de todas as impropriedades que este raciocínio implica dentro da própria teoria do domínio do fato, ele também destoa do marco mínimo de imputação de responsabilidade dentro do direito penal brasileiro, protagonizado pelo artigo 29, *caput*, do Código Penal. Isso porque, conquanto a redação do referido dispositivo seja notavelmente ampla, permitindo, em tese, a imputação a “quem, de qualquer modo concorre para o crime”, não é possível autorizar a responsabilização pela mera ocupação de uma posição em determinada estrutura. Ocupar uma posição, sem que haja uma conexão entre esta e o fato praticado, não significa “concorrer”, conforme os termos da relação de causalidade prevista no artigo 13, do Código Penal. É imprescindível, portanto, identificar concretamente uma ação ou omissão praticada a partir dos poderes conferidos pelo cargo do sujeito.<sup>57</sup>

Em suma, nem mesmo a partir do amplo artigo 29, *caput*, do Código Penal - e no caso dos crimes tributários, a partir do artigo 11, da Lei n. 8.137/90 -, há como

---

<sup>55</sup> GRECO, Luis; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luis 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.

<sup>56</sup> LEITE, op cit., p. 145.

<sup>57</sup> Ibid., p. 151.



atribuir responsabilidade a alguém por conta de seu cargo dentro de uma dada estrutura, no caso, uma empresa. Deter uma posição de comando não implica, necessariamente, dominar o fato.<sup>58</sup>

### **3.4 Aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito dos crimes tributários conforme suas modalidades**

Caso se entendam superados os óbices expostos, ainda na busca de uma correta aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes tributários, tem-se que só será possível atribuir a condição de autor a alguém que detenha poderes de gerência dentro de uma empresa, caso se comprove que (i) essa pessoa, diretamente, foi quem praticou a conduta prevista no tipo penal, ou ao menos, que se demonstre a existência de uma ordem sua (ii) dentro de uma estrutura que cumpra com os requisitos do domínio da organização (estrutura verticalizada, dissociação do direito, fungibilidade do executor) ou (iii) que atenda aos pressupostos da coautoria (decisão comum e contribuição relevante).<sup>59</sup>

Sobre a primeira hipótese, na qual o próprio sócio é quem pratica, ele mesmo, a conduta prevista no tipo, salvo melhor juízo, não cabem muitas digressões. Afinal, a autoria imediata é a forma mais nítida de domínio do fato. Assim, caso se comprove a atuação, de própria mão, do sócio-administrador em uma sonegação fiscal, estar-se-á constatado que agiu com domínio do fato, na forma do domínio da ação.

Porém, a práxis forense mostra que são raros os casos em que o sócio-administrador é o responsável por efetuar os registros contábeis, a emissão de documentos fiscais e/ou as declarações financeiras de sua empresa. Quanto maior o porte da empresa, mais provável é que o sócio-administrador, no intuito de sonegar tributos, emita uma ordem a seus funcionários subalternos - como contadores ou os responsáveis pela gestão dos documentos fiscais – para que auxiliem na empreitada delitiva.

Daí a relevância de se analisar mais detidamente a segunda e terceira hipóteses supracitadas, no sentido de verificar em que casos a teoria do domínio do fato encontra aplicação quando constatada a ordem de um sócio-administrador para que um ou mais funcionários contribuam com uma sonegação fiscal.

---

<sup>58</sup> GRECO; ASSIS, op cit., p. 107.

<sup>59</sup> GRECO; LEITE, op cit., p. 41.



### **3.4.1 Domínio da vontade nos crimes tributários**

Em primeiro, cabe avaliar a possibilidade de aplicar a teoria do domínio do fato nos casos em que o sócio-administrador figura como autor mediato da sonegação. Como visto, para que haja a configuração de uma autoria mediata, é necessário que o agente detenha domínio sobre a vontade do executor, notadamente, (i) coagindo o sujeito, (ii) mantendo-o em erro, ou (iii) valendo-se de um aparato organizado de poder.

Em relação à primeira hipótese, destaca-se somente ser possível falar em um efetivo domínio da vontade, nos moldes propostos por Roxin, quando a influência do mandante é tamanha que reduz o executor a um mero instrumento. Por isso, nos casos de coação, torna-se difícil conceber um cenário em que a autoria mediata possa estar configurada. Ainda que o funcionário se sinta de algum modo pressionado pelo sócio-administrador a cumprir uma ordem que resulte na sonegação – como pelo medo de perder o seu emprego, por exemplo -, é improvável que tal grau de influência atingirá o nível necessário para exculpar o funcionário.<sup>60</sup> Trata-se, portanto, de uma hipótese na qual o domínio da vontade dificilmente será verificado.

Mais concreta é a possibilidade do sócio-administrador manter seu funcionário em erro durante a empreitada delitativa, por exemplo, determinando que o colaborador efetue uma operação contábil que não seja pretensamente irregular, ou forjando uma situação fictícia de benefício fiscal. Comprovado tal cenário, resta incontroversa a possibilidade de autoria mediata do sócio-administrador. Para isso, com efeito, “é necessário que o gerente tenha conhecimento do erro do inferior hierárquico e que se aproveite desse erro para utilizar o funcionário como instrumento para praticar a conduta ilícita”.<sup>61</sup> Nessas circunstâncias, a teoria do domínio do fato encontra conformidade.

Porém, a situação que talvez mais enseje controvérsias na aplicação da teoria do domínio do fato dentro do âmbito empresarial, consiste na hipótese de tentar enquadrar o sócio-administrador como autor mediato em virtude de uma ordem sua dentro de um aparato organizado de poder. Recordar-se que os requisitos para essa forma de autoria são (i) a emissão de uma ordem em virtude de uma

<sup>60</sup> GRECO; ASSIS, op cit., p. 98.

<sup>61</sup> Ibid., p. 98-99.



posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada; (ii) dissociada do direito; (iii) cujos executores são sujeitos fungíveis e (iv) a considerável disposição do executor para atuar.

Em relação ao primeiro dos requisitos acima listados, sua constatação não é alvo de maiores controvérsias, uma vez que é comum que a organização de uma empresa conte com uma estrutura hierárquica/vertical, protagonizada por sócios, gerentes, chefes de departamento, coordenadores, e seus respectivos colaboradores subordinados.

Esta consonância, todavia, não é averiguada nos demais requisitos. Tanto é assim que o próprio Roxin já se manifestou pela impossibilidade de fundamentar uma autoria mediata dos superiores de uma empresa apoiada nas regras do domínio da organização. Segundo o autor, em geral, as empresas não operam desvinculadas do direito, a menos que sejam fundadas com o fito de promover atividades criminosas. Ademais, é patente a falta de fungibilidade do funcionário executor, e tampouco se verifica uma propensão consideravelmente elevada dos membros da empresa a praticar um delito, pois segundo Roxin, a realidade mostra que o cometimento de delitos econômicos leva consigo um considerável risco de punibilidade, como também um risco da perda do emprego dentro da empresa, o que retira a propensão do funcionário à prática delitiva.<sup>62</sup>

Aproximando-se da posição de Roxin, Luis Greco e Alaor Leite também entendem questionável a aplicação do domínio da organização em face de empresas.

Inicialmente, porque esta forma de domínio pressupõe uma organização que necessariamente opera às margens do direito. Isso porque, apenas em tais cenários – como ocorre dentro de máfias, grupos terroristas ou ditaduras – é que o superior que emite ordens terá o efetivo domínio sobre a atuação dos executores de suas ordens. Dentro de uma empresa, por outro lado, a ordem ilegal de um superior a seu funcionário resultará, no máximo, em uma instigação ao crime. Desse modo, não basta um simples - ainda que concreto - poder de mando, sendo que a autoria mediata, nesses casos, repousa em todo o contexto que permeia o funcionamento de uma organização apartada da ordem jurídica.

---

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, nº 7, p. 11-22, 2006. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081>>. Acesso em: 06/03/2023. p. 21.



Por conseguinte, este elemento em princípio não se encontra no âmbito empresarial, já que “[e]m organizações moldadas conforme à ordem jurídica, como sociedades empresárias em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis”.<sup>63</sup>

Busato e Cavagnari, por outro lado, entendem pela prescindibilidade de o fato incriminado se desenvolver em uma estrutura às margens do direito. Segundo sustentam, nos próprios exemplos utilizados por Roxin para desenvolver sua teoria – quais sejam, o caso dos atiradores do Muro de Berlim e o caso Eichmann – se está diante de sujeitos que, em verdade, estavam atuando em conformidade com o direito, ainda que um direito manifestamente injusto. Além disso, os autores defendem que este seria um critério artificial, não correspondente à realidade criminológica, porquanto ainda que a empresa não seja diretamente equiparável a uma máfia ou organização criminosa, ela pode perfeitamente se organizar e estruturar em torno da realização de crimes.

Nessa perspectiva, seria possível de se reconhecer a autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder, mesmo no âmbito das empresas, desde que se esteja diante do “domínio da organização por parte de quem deu a ordem, a fungibilidade do executor e a colocação deste em um ambiente coletivo que criminologicamente protege sua atitude de execução, tornando-o mais propenso à realização do fato”.<sup>64</sup>

Esta prescindibilidade de que a organização esteja à margem do direito é compartilhada por Muñoz Conde. Para o autor, ainda que as empresas se diferenciem de organizações mafiosas e criminosas, diante da corriqueira prática de delitos no âmbito empresarial - sonegação de impostos, poluição ambiental, financiamento ilegal de partidos políticos, abuso de informação privilegiada, entre outros -, está cada vez mais difícil indicar os limites entre o que consiste em uma estratégia de mercado daquilo que configura uma estruturação voltada ao cometimento de ilícitos.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> GRECO; LEITE, op cit., p. 29-30.

<sup>64</sup> BUSATO; CAVAGNARI, op cit., p. 194.

<sup>65</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”? **Revista Penal**. n. 6. Sevilla: Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olvide, sem data. p. 104-114, Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196236>>. Acesso em 08/03/2023. p. 111-112.



Ainda assim, o autor aponta para os embaraços no preenchimento do requisito da fungibilidade do executor, o qual, a depender da função que desempenha na empresa, dificilmente poder-se-á sustentar que se trata de alguém absolutamente substituível. Ademais, normalmente este executor é um instrumento irresponsável não qualificado e/ou que atua sem intenção, e portanto, não poderá ser considerado ele também autor, de modo a desfigurar a ideia do “autor por trás de outro autor” que fundamenta o domínio da organização. Em razão disso, conclui Muñoz Conde que esta fungibilidade do executor não é tão ampla no âmbito empresarial, quando cotejada com os aparatos de poder à margem do direito.<sup>66</sup>

E é precisamente por conta desta condição peculiar dos aparatos à margem do direito é que Greco e Assis voltam a afirmar a necessidade de preenchimento deste requisito para fins de aplicação do domínio da organização, pois “a dissociação do direito decorre da exigência de fungibilidade; apenas em uma organização que está completamente alheia aos comandos da ordem jurídica existiria a pronta substitutibilidade de cada executor”.<sup>67</sup>

Ao que se conclui ser extremamente difícil cogitar um cenário em que seja possível responsabilizar como autor, por meio de um recurso à ideia de domínio da organização, o gerente de uma empresa que emite um comando a um subalterno seu para que sonegue imposto. Ainda que os ilícitos fiscais sejam relativamente frequentes no cotidiano penal empresarial, não é possível afirmar que qualquer funcionário aceitaria colaborar na prática de uma sonegação, ao ponto de se tornar alguém facilmente substituível.

### **3.4.2 Domínio funcional do fato nos crimes tributários**

Por fim, cabe o exame sobre a possibilidade de reconhecimento do domínio do fato do sócio-administrador nos casos de coautoria, isto é, quando há um domínio funcional do fato e, em razão disso, haverá uma imputação recíproca de autoria. Como visto, os requisitos desta modalidade são ao menos dois: a existência de um plano comum e uma contribuição relevante de cada coautor.

Aqui convém se valer da divisão feita por Greco e Assis, e distinguir casos em que se esteja na busca de imputar coautoria de um delito fiscal realizado a partir

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 112.

<sup>67</sup> GRECO; ASSIS, op cit., p. 103.



de uma decisão tomada por um órgão colegiado – portanto, de uma decisão horizontal -, da tentativa de se imputar o domínio funcional do fato a partir de uma decisão feita dentro de uma estrutura vertical, entre sócio(s)-administrador(es) e funcionário(s) subalterno(s).<sup>68</sup>

Isso porque, nos casos em que se está diante de uma estrutura horizontal – como geralmente são estruturados os conselhos diretores de empresas mais complexas, por exemplo – a teoria do domínio do fato não só encontra compatibilidade, como também alcança a autoria em situações que, em um primeiro momento, não seriam alcançadas pelo próprio artigo 29, do Código Penal e artigo 11, da Lei n. 8.137/90. Trata-se, aqui, de uma situação excepcional dentro da perspectiva da teoria do domínio do fato no ordenamento brasileiro.

A leitura tradicional do artigo 29, do Código Penal, bem como da norma de extensão prevista no artigo 11, da Lei n. 8.137/90, exigem, para que o agente concorra para o crime, que sua conduta seja *conditio sine qua non* do resultado, no sentido do artigo 13, *caput*, do Código Penal. Assim, nos casos de coautoria alternativa, em que vários agentes praticam uma mesma conduta – como no caso de uma decisão unânime de praticar um ilícito fiscal, tomada por um conselho de administradores composto por cinco sócios, e que decide com base em maioria simples - caso subtraída a conduta de um dos agentes, o resultado persistiria o mesmo, e por tal razão, poder-se-ia cogitar a punição apenas pelo crime tentado.

A figura da coautoria pelos moldes da teoria do domínio do fato - nesta hipótese de decisão horizontal - ao não se apoiar em uma concepção meramente causal-naturalista para a imputação do resultado, chega a uma responsabilização mais extensa quando comparada com a concepção tradicional de causalidade do ordenamento brasileiro, desde que os agentes estejam em um mesmo plano, decidindo e executando conjuntamente.<sup>69</sup>

Diferente situação ocorre quando se está diante de uma estrutura vertical, na qual a possibilidade de se afirmar a coautoria se torna mais duvidosa, ante a dificuldade de preenchimento de seus dois requisitos, quais sejam, a existência de um plano comum e uma contribuição relevante de todos os envolvidos.

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 89 e ss.

<sup>69</sup> GRECO; ASSIS, op cit., p. 90



Primeiramente, sobre a questão do plano comum, é necessário que todos os coautores conheçam *como* o delito será executado, e que decidam em conjunto executá-lo. Aqui a dificuldade reside na comum distância entre os gerentes da empresa e seus funcionários, sobretudo em empresas de maior porte. Desse modo, é factível que o sócio-administrador desconheça qual dos funcionários irá realizar a sonegação, quando ela será realizada, ou mesmo, desconheça a intenção do funcionário de praticar o delito em coautoria. Se este for o caso, resta incongruente o reconhecimento de uma “decisão conjunta de executar o delito”.<sup>70</sup>

Um segundo problema reside na existência de uma contribuição relevante do sócio. Isso porque, para que esta seja efetivamente caracterizada, e de fato seja uma conduta imprescindível ao sucesso da sonegação, ela deve ser prestada na fase de execução do crime, não bastando o mero planejamento. Conforme assinalam Greco e Assis, “não há contribuição prestada na fase preparatória que possa compensar a falta da contribuição relevante na fase executória. Afinal, sem tomar parte na fase executória, o agente não possuirá verdadeiro domínio do fato”<sup>71</sup>.

Portanto, o problema aqui é que não é possível dizer que o sócio-administrador participou da execução se apenas contribuiu para a organização do plano de sonegar tributo e na ordem de seu cumprimento. Em conclusão, seria apenas verificável a coautoria “em casos em que o gerente, além de dar a ordem, praticasse ele próprio um ato na fase de execução”.<sup>72</sup>

Assim, especialmente em empresas que contam com uma estrutura mais complexa, na qual os sócios-administradores se encontram numa posição distante dos responsáveis pela organização fiscal da empresa, averigua-se difícil a possibilidade de constatação de uma coautoria junto àquele que deu cabo à eventual omissão documental, fraude em declaração contábil etc.

Por outro lado, em empresas constituídas por um número reduzido de colaboradores, a menor distância entre o sócio-administrador e o funcionário que recebe sua ordem faz com que os obstáculos antes apontados sejam mais facilmente superáveis, sendo mais concreta a possibilidade de se reconhecer um domínio funcional do fato.

---

<sup>70</sup> Ibid., p. 92.

<sup>71</sup> Ibid., p. 96.

<sup>72</sup> Ibid., p. 96.



Porém, ainda que seja possível – mesmo que questionável – a aplicação do domínio funcional do fato em algumas situações envolvendo a prática de crimes tributários, há de se questionar se este reconhecimento de fato oferece alguma utilidade. Isso porque a única hipótese em que a teoria apresenta uma extensão da autoria ocorre nos casos de coautoria alternativa, isto é, de uma decisão tomada a partir de um órgão colegiado. Nas demais situações, o fato de a coautoria exigir uma contribuição relevante faz com que, para seu reconhecimento, o sócio-administrador necessariamente concorra para o crime, nos termos dos artigos 29, *caput*, e 13, *caput*, do Código Penal, e artigo 11, da Lei n. 8.137/90. Ou seja, a leitura tradicional do Código Penal já permitiria a responsabilização dos sócios nestas situações.<sup>73</sup>

Por essa razão, como se pode observar, a teoria do domínio do fato – corretamente aplicada – dificilmente irá possibilitar o reconhecimento da autoria de um sócio-administrador pela prática de um delito tributário em alguma hipótese em que o próprio Código Penal e a Lei n. 8.137/90 já não prevejam sua responsabilização.

#### 4 Conclusão

Abordadas as diretrizes da teoria do domínio do fato segundo os pressupostos estabelecidos por Roxin, e suas hipóteses de aplicabilidade, o presente artigo demonstrou como o Poder Judiciário brasileiro tem feito seu uso indiscriminado, em uma má tradução da teoria com o fito de atribuir a responsabilidade de dirigentes empresariais em casos de déficit probatório.

Este equívoco em sua tradução está atrelado à forma como a teoria foi utilizada na AP 470, em que serviu de instrumento para fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupavam uma posição de destaque dentro de partidos políticos e empresas. Tal dissonância entre o que a teoria originalmente se propôs a solucionar, e a forma como ela foi adotada nos tribunais brasileiros, faz-se presente com frequência no âmbito dos crimes tributários, implicando uma corriqueira responsabilização penal objetiva.

Em oposição a este entendimento, foram expostas algumas das principais dissonâncias entre os fundamentos da teoria do domínio do fato de Roxin, e a forma como a teoria é aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro nos crimes tributários.

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 97.



Nesse sentido, um ponto de reiterada dissonância reside no emprego da teoria de forma indiscriminada, em todo e qualquer caso. Como visto, esta teoria não detém a pretensão de universalidade. Nos delitos de dever, o fundamento da autoria consiste não no domínio do fato que exerce o agente, mas sim na violação de um dever típico que lhe incumbe. Assim, só pode ser autor quem compartilha da qualidade exigida pelo tipo, deixando de ter papel central o grau de atuação de cada contribuinte na empreitada delitativa. Desse modo, caso se aceite que os crimes tributários são delitos especiais, seria descabido falar em domínio do fato.

E ainda que não se aceite tal concepção, é certo que grande parte das condutas previstas na Lei n. 8.137/90 são de natureza omissiva, razão pela qual fica mais nítida a impossibilidade de aplicação da teoria nestas hipóteses.

Também é incabível empregar a teoria a fim de fundamentar “se” alguém deve ser responsabilizado nas penas da Lei n. 8.137/90, e não “como”. Isto é, ao contrário do que é constantemente verificado na práxis forense, não se pode lançar mão da teoria do domínio do fato com vistas a alcançar a responsabilidade do sócio administrador em virtude da posição de comando que detém dentro de sua empresa, sem que haja a demonstração de uma conduta concreta e a sua conexão com o fato praticado.

Afastadas tais hipóteses de aplicação equivocada da teoria, e na tentativa de um correto enquadramento dentro do ordenamento brasileiro, só será possível falar em domínio do fato do sócio-administrador em hipóteses muito mais limitadas. Primeiro, como visto, há de se pressupor que os crimes tributários não são crimes especiais, bem como rechaçar a sua aplicação em situações versando sobre condutas omissivas.

Feito isso, numa primeira hipótese, caso se demonstre que foi o próprio sócio-administrador quem diretamente praticou alguma das condutas comissivas previstas na Lei n. 8.137/90, restará constatado que agiu com domínio da ação.

Já no caso do domínio da vontade, a hipótese mais concreta de aplicação consiste na situação em que o sócio-administrador, por algum expediente, mantém um funcionário seu em erro para a consecução delitativa. Dificilmente o gestor poderá exercer uma coação tamanha em seu funcionário a ponto de exculpá-lo. Também, nos casos de domínio da organização, há grande controvérsia sobre sua aplicação no âmbito empresarial. Ainda que se entenda prescindível a dissociação do direito



para a caracterização desta modalidade, é extremamente difícil verificar a fungibilidade do executor necessária.

Por fim, é cabível se cogitar a constatação um domínio funcional do fato de sócios-administradores na prática de um crime tributário, especialmente nos casos de uma decisão tomada por um órgão colegiado, desde que os agentes estejam em um mesmo plano, decidindo e executando conjuntamente.

Mais difícil é a constatação do domínio funcional do fato no caso de uma estrutura vertical, especialmente no âmbito de uma empresa de maior porte. Isso porque, a comum distância entre os funcionários de uma empresa e seus gerentes torna difícil que o sócio-administrador saiba quem irá praticar a sonegação, quando ela será realizada, ou mesmo, conheça a intenção do funcionário de praticar o delito em coautoria. Da mesma forma, nestas situações, é difícil cogitar que um gerente participará não apenas do planejamento, senão também de um ato executório da sonegação. Deste modo, seja pela ausência de um plano comum, seja pela falta de uma contribuição relevante, é inapropriado o reconhecimento de um domínio funcional do fato na prática de um crime tributário a partir de uma estrutura vertical.

## REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. **Universitas JUS**, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Ordem tributária, econômica e relações de consumo: Lei nº 8.137/1990. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó [coords.]. **Leis penais especiais comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 102/2013, p. 365-393, maio-jun/2013.

CARDOSO, Anna Paulina Corteletti Pereira. A imputação de autoria nos crimes cometidos em estruturas empresariais. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 10/2022, p. 13-37, Abr-Jun/2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal Brasileiro. *In*: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul/dez. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2016.



COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Luis; et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luis; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luis et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. 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.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. 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.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. 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.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”? **Revista Penal**. n. 6. Sevilla: Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olvide, sem data. p. 104-114, Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196236>>. Acesso em 08/03/2023.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 1ª ed, Hamburg, 1963. trad. Espanhola da 7ª ed. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. El dominio de organizacion como forma independiente de autoria mediata. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, nº 7, p. 11-22, 2006. Disponível em: <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15081>>. Acesso em: 06/03/2023.

SCOCUGLIA, Livia. Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clusroxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em: 07 mar. 2023.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. ORTIZ, Mariana Tranches. Autoria e participação no ambiente empresarial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 274, p. 13-14, set. 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do direito penal econômico e alternativas jurídicas. *In*: **Direito Penal Econômico**: parte geral e leis penais especiais. Luciano Anderson de Souza; Marina Pinhão Coelho Araújo [coord.]. 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.854.893/SP**, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 08/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470/MG**, Tribunal Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/12/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Apelação Criminal nº 0074655-84.2017.8.16.0014**, 2ª Câmara Criminal, rel. Desª. Priscilla Placha Sá, j. 17/02/2023.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 0010804-57.2020.8.16.0017**, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Francisco Cardozo Oliveira, j. 16/12/2022.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 0004748-54.2019.8.16.0013**, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 02/12/2022.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 0004445-96.2017.8.16.0017**, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 29/04/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 0011740-06.2003.8.26.0533**, 9ª Câmara, rel. Des. Costabile e Solimente, j. 07/06/2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - **Apelação Criminal nº 5004728-97.2017.4.04.7002**, 8ª Turma, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 04/03/2020.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 5004618-43.2018.4.04.7106**, 8ª Turma, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 11/11/2021.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 5001812-10.2019.4.04.7103**, 8ª Turma, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 11/11/2021.



## DELITOS DO COLARINHO BRANCO E STANDARD PROBATÓRIO PARA CONDENAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

### WHITE-COLLAR CRIMES AND PROBATORY STANDARD FOR CRIMINAL CONVICTION IN BRAZIL

Autor: Remy Deiab Junior\*

**Resumo:** Por meio desse estudo, de caráter dedutivo, qualitativo e operacionalizado através de pesquisa bibliográfica, analisa-se os principais trabalhos que foram desenvolvidos antes e após a fundamental contribuição de Sutherland sobre os delitos do colarinho branco, evidenciando-se as suas peculiaridades, críticas e conceitos mais atuais. A seguir, focaliza-se os *standards* probatórios necessários para uma condenação criminal, perpassando pelos sistemas anglo-americano, continental-europeu e latino-americano até se chegar às suas características no processo penal brasileiro. Após, efetua-se uma aproximação entre os aspectos teóricos criminológicos e os aspectos processuais penais concernentes ao padrão probatório exigido para a condenação criminal desses agentes. Como contribuição, conclui-se que deve ser mitigado o rigor do *standard* probatório além de qualquer dúvida razoável para fins de uma condenação criminal desse tipo de criminalidade, sendo suficiente um *standard* probatório que oscile da prova clara e convincente até a prova além de qualquer dúvida razoável, mediante ponderação em relação aos direitos e garantias individuais a depender da complexidade do caso concreto, com valoração racional das provas, exposto enfrentamento das hipóteses e clara demonstração das inferências que fundamentaram a convicção do juízo, permitindo-se a persecução penal, a controlabilidade das decisões judiciais e o efetivo combate dos delitos do colarinho branco no Brasil.

**Palavras-chave:** Delitos do Colarinho Branco. Standards Probatórios. Condenação Criminal. Processo Penal.

**Abstract:** Through this study, deductive, qualitative and operationalized through bibliographical research, the main works that were developed before and after Sutherland's fundamental contribution on white collar crimes are analyzed, highlighting their peculiarities, criticisms and more current concepts. Next, we focus on the evidentiary standards necessary for a criminal conviction, passing through the anglo-american, continental-european and latin american systems until reaching their characteristics in the Brazilian criminal procedure. Afterwards, an approximation is made between the theoretical criminological aspects and the criminal procedural aspects concerning the probative standard required for the criminal conviction of these agents. As a contribution, it is concluded that the rigor of the standard of evidence beyond any reasonable doubt should be mitigated for the purposes of a criminal conviction of this type of crime, with a standard of evidence that ranges from

---

\* Mestre em Direito (UEPG). Especialista em Direito Tributário (Anhanguera/Uniderp). Graduado em Direito (UEPG) e em Economia (UEPG), ambas com láurea acadêmica. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Professor. Palestrante.



clear and convincing proof to proof beyond any doubt being sufficient. reasonable, by weighing the individual rights and guarantees depending on the complexity of the concrete case, with rational assessment of the evidence, express confrontation of the hypotheses and clear demonstration of the inferences that based the conviction of the judgment, allowing the criminal prosecution, controllability of judicial decisions and the effective fight against white collar crimes in Brazil.

**Keywords:** White Collar Crimes. Standards of Proof. Criminal Conviction. Criminal Proceedings.

## 1 Introdução

Os delitos do colarinho branco, também conhecidos como delitos corporativos, abarcam um amplo leque de condutas ilícitas não-violentas usualmente perpetradas por integrantes das elites econômica e política que, apesar de não deixarem vítimas aparentes, irradiam impactos negativos para toda a sociedade.

Dentre os principais efeitos adversos ocasionados por esses delitos, pode-se destacar: a) concorrência desleal; b) abalo a imagem e a credibilidade das pessoas físicas e jurídicas envolvidas; c) prejuízo aos interesses dos investidores; d) desvios de recursos do erário; e) distorção do orçamento público; f) piora na qualidade das políticas estatais; g) corrosão da confiança nas instituições; e h) prejuízos a democracia via financiamento ilícito de campanhas políticas.

Conforme será demonstrado, diversos estudos envolvendo a criminalidade das elites foram sendo realizados ao longo do tempo e trouxeram relevantes contribuições em termos de conceituação dos delitos do colarinho branco que, desse modo, foram inseridos na arena pública e considerados como categoria criminológica.

Desde os trabalhos mais antigos e clássicos nessa seara até os estudos mais recentes, evidenciam-se relevantes dificuldades para um adequado tratamento penal das condutas ilícitas perpetradas por esses agentes, bem como para a investigação, processo, sancionamento e a efetiva execução das penas eventualmente impostas, notadamente as privativas de liberdade, haja vista o poder econômico e político e o elevado *status* social desse tipo de criminoso.

Essas dificuldades revelam uma estreita vinculação entre os aspectos criminológicos, penais e processuais penais concernentes à matéria, o que demanda o manejo de uma análise interdisciplinar da temática.



No Brasil, a crescente publicização de escândalos envolvendo esquemas cada vez mais complexos nos quais são perpetrados delitos do colarinho branco (como corrupção, lavagem de dinheiro, crimes em licitações e crimes contra o sistema financeiro) e a quantidade de grandes operações policiais decorrentes desse enfrentamento, aparentemente não estão sendo acompanhadas por condenações criminais desses agentes e nem pelo efetivo cumprimento das penas impostas, situação que revela a importância de trabalhos focalizando esses aspectos.

Esse contexto permite definir como hipótese central desse estudo a premissa de que os avanços teóricos sobre esse tipo de criminalidade não estão sendo refletidos no desenvolvimento de mecanismos eficientes de controle, especialmente em termos de condenações criminais, o que aduz uma lacuna entre a teoria criminológica e a prática processual penal, cuja resposta pode estar no rigor do padrão probatório exigido para fins de condenação.

Com efeito, por meio desse estudo, de caráter qualitativo, parte-se de uma análise geral e criminológica a respeito da evolução dos conceitos de delitos do colarinho branco e, em conexão descendente, por meio do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, almeja-se chegar a um conceito mais delimitado, atual e que se amolde à realidade brasileira de enfrentamento dessa criminalidade.

Em seguida, adentrando-se nos aspectos processuais penais pertinentes à temática, focaliza-se os *standards* probatórios necessários para uma condenação criminal, perpassando pelos sistemas anglo-americano, continental-europeu e latino-americano até se chegar às suas características no processo penal brasileiro.

Por fim, realiza-se uma aproximação entre os aspectos conceituais criminológicos e os aspectos processuais penais mediante uma análise do debate em torno do *standard* probatório requerido para fins de uma condenação criminal desses agentes, cotejando-se os principais aspectos das provas preponderantes (*la prueba preponderante*), das provas claras e convincentes (*la prueba clara y convincente*) e das provas além de qualquer dúvida razoável (*la prueba más allá de la duda razonable*), firmando-se uma posição a respeito do padrão probatório mais adequado para esse desiderato com o fito de contribuir, concomitantemente, com o aprimoramento da persecução penal, com a controlabilidade das decisões judiciais e com o efetivo enfrentamento dos delitos do colarinho branco no Brasil.



## 2 Delitos do colarinho branco: em busca de um conceito atual

A análise dos delitos do colarinho branco perpassa por várias e complexas questões<sup>1</sup>: conceito, infrator, organização, escolha, oportunidade, contexto, custos e controles, sendo que cada um destes aspectos é importante para o direcionamento das pesquisas, avaliações empíricas, construção de políticas públicas e persecução penal. Não obstante, a escolha de um conceito adequado sobreleva em importância, pois essa definição, além de ter fundamentos teóricos, empíricos e implicações políticas<sup>2</sup>, impacta em todos os demais aspectos ventilados<sup>3</sup>.

Com esse estudo da evolução dos conceitos de delitos do colarinho branco, considerando-se a escassez de trabalhos com essa temática no Brasil, também pretende-se contribuir para: a) um maior conhecimento desse tipo de criminalidade; b) a formação de subsídios para a adoção de *standards* probatórios nos processos criminais relacionados aos delitos perpetrados por esses agentes; e c) a melhor qualidade das decisões condenatórias.

Nessa toada, parte-se de algumas constatações gerais que já estão sedimentados no âmbito da pesquisa<sup>4</sup>: a) a definição de delitos do colarinho branco permanece controversa e tem grande influência sobre “quem” e “o que” é estudado e os “resultados”; b) esses criminosos se distinguem dos criminosos de rua no tocante às suas origens sociais, atributos demográficos e características psicológicas; c) os criminosos do colarinho branco são fortemente influenciados por considerações de escolha racional; d) indivíduos que ocupam cargos importantes nas organizações têm abundantes oportunidades para se envolver em delitos do colarinho branco com baixa probabilidade de serem pegos; e) embora difícil de medir, os custos econômicos dos delitos do colarinho branco superam os custos de outras formas de crime; e f) diferentes mecanismos de controle são usados contra criminosos do colarinho branco (*v. g.* regulamentação e a promoção do cumprimento) em oposição aos criminosos de rua (*v. g.* punição e dissuasão).

<sup>1</sup> VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. **The oxford handbook of white-collar crime**. Oxford University Press, 2016, p. 1-2.

<sup>2</sup> PONTELL, Henry N. Theoretical, empirical, and policy implications of alternative definitions of “white-collar crime”. **The Oxford handbook of white-collar crime**, 2016, p. 39.

<sup>3</sup> GEIS, Gilbert. The roots and variant definitions of the concept of white-collar crime. **The Oxford handbook of white-collar crime**. New York: Oxford University Press, 2016, p. 25-39.

<sup>4</sup> VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis, T. *loc. cit.*



De acordo com Geis<sup>5</sup>, diversas vertentes de estudos do tema, todas conectadas pela imagem de um poderoso que abusa do poder, fundiram-se na clássica conceituação que Sutherland apresentou em seu discurso presidencial à *American Sociological Society*: “crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social no curso de sua ocupação”<sup>6</sup>. Contudo, a ideia de que ricos e poderosos no bojo de suas ocupações também perpetram condutas criminosas é anterior<sup>7</sup>.

Talvez o estímulo mais importante de Sutherland tenha vindo de Henderson<sup>8</sup>, que foi seu orientador no Ph.D. na Universidade de Chicago e já asseverava que os ricos raramente eram condenados, apesar da existência de “criminosos educados” e “menos grosseiros e violentos” que praticam “novos colossais tipos de crime”, que denominou de “napoleões do comércio”<sup>9</sup>.

Segundo Beck<sup>10</sup>, as publicações mais importantes no início do século XX relacionadas a esse tipo de criminalidade foram as obras de Tarbell<sup>11</sup>, Sinclair<sup>12</sup> e Josephson<sup>13</sup>, sendo que este último tratou dos “magnatas ladrões” e revelou as “práticas abusivas dos primeiros grandes empresários capitalistas norte-americanos”.

Antes de Sutherland, outros autores já tinham focalizado, mesmo que superficial e indiretamente, condutas criminais realizadas por agentes integrantes dos “estratos superiores da comunidade”<sup>14</sup>. Nesse diapasão seguiram os trabalhos

---

<sup>5</sup> GEIS, Gilbert. The roots and variant definitions of the concept of white-collar crime. **The Oxford handbook of white-collar crime**. New York: Oxford University Press, 2016, p. 25-39.

<sup>6</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. New York: Dryden, 1949.

<sup>7</sup> Nesse sentido vide: LEVI, Michael; LORD, Nicholas. White-collar and corporate crime. In: **The Oxford Handbook of Criminology**. Oxford University Press, 2017; GEIS, Gilbert. *loc. cit.*; e BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”**. 412 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2013, p. 124.

<sup>8</sup> HENDERSON, Charles R. **Introduction to the study of dependent, defective, and delinquent children**. 2 ed. Boston: Heath, 1901, p. 250.

<sup>9</sup> GEIS, Gilbert. *loc. cit.*

<sup>10</sup> BECK, Francis Rafael. *op. cit.*, p. 126.

<sup>11</sup> TARBELL, Ida. **The history of the standar oil company**. New York: McClure, Phillips and Co, 1904.

<sup>12</sup> SINCLAIR, Upton. **The jungle**. New York: Doubleday, Jabber & Company, 1906.

<sup>13</sup> JOSEPHSON, Mattew. **The robber barons: the great America capitalists**. New York: Harcourt, Brace and Company, 1934.

<sup>14</sup> VIRGOLINI, Julio E. S. Delito de cuello blanco: punto de inflexión en la teoría criminológica. **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, ano 12, n. 45 a 48, 1989, p. 360; e SCHOEPFER, Andrea; TIBBETS, Stephen G. From early white-collar bandits and robber barons to modern-day white-collar criminals: A review of the conceptual and theoretical research. **Reflecting on white-collar and corporate crime: discerning reading**, 2011.



de Ross<sup>15</sup> e o seu “criminalóide”; dos *muckrackers*<sup>16</sup> e os seus artigos denunciando as condutas ilegais de poderosos nos EUA; de Bonger<sup>17</sup> e a demonstração das diferenças entre o “crime nas suítes” e o “crime nas ruas”; e de Morris<sup>18</sup> que focalizou os “*criminals of the upperworld*”.

Apesar dessas iniciativas, os crimes praticados por pessoas poderosas não foram tratados com a importância merecida<sup>19</sup>. Isso influenciou o pensamento de Sutherland, cujo trabalho introduziu o termo crime do colarinho branco na arena pública e incorporou essa área de estudo no âmbito da criminologia<sup>20</sup>.

Nesse passo, insta mencionar que em 1939, no bojo de palestra na *American Sociological Society*, Sutherland teceu importantes considerações: a) criticou as teorias que tentavam explicar a criminalidade com base em fatores como pobreza, desestruturação familiar e condições físicas e psicológicas; b) destacou que os delitos também poderiam ser cometidos por corporações e pessoas poderosas que deveriam ser alcançadas pelo sistema de justiça criminal; e c) asseverou que esses delitos eram mais danosos que os perpetrados por criminosos profissionais<sup>21</sup>.

Dentre outras relevantes contribuições, após mencionar um rol de condutas criminosas que seriam cometidas por infratores de colarinho branco e oferecer uma lista de agências que poderiam agir contra esses criminosos, Sutherland<sup>22</sup> salientou que o crime de colarinho branco seria “um crime real” e enfatizou que os comportamentos com os quais ele estava preocupado poderiam ter sido tratados como infrações penais, mas infelizmente não foram, provavelmente em decorrência do poder político e econômico e o elevado *status* desses agentes.

O referido autor seguiu pesquisando e colhendo dados concernentes aos delitos perpetrados por grandes empresas norte-americanas, bem como publicou os

---

<sup>15</sup> ROSS, Edward Alsworth. **The criminaloid**. In: *Sin and society: an analysis of latter-day iniquity*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1907.

<sup>16</sup> BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil**: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”. 412 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2013, p. 127.

<sup>17</sup> BONGER, Willem Adrian. **Criminality and economic conditions**. Boston: Little, Brown and Company, 1916.

<sup>18</sup> MORRIS, Albert. **Criminals of the upperworld: criminology**. New York: Longmans; Green, 1935.

<sup>19</sup> BECK, Francis Rafael. *loc. cit.*

<sup>20</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime do colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a, p. 193; e VIRGOLINI, Julio E. S. Delito de cuello blanco: punto de inflexión en la teoría criminológica. **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, ano 12, n. 45 a 48, 1989, p. 45.

<sup>21</sup> BECK, Francis Rafael. *op. cit.*, p. 135.

<sup>22</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. **American Sociological Review**, v.5, n.1, 1940, p. 5-6.



artigos *White Collar Crimality* em 1940<sup>23</sup> e *Crime and Business* em 1941<sup>24</sup>, sendo que a sua obra clássica, *White-Collar Crime*, foi publicada em 1949<sup>25</sup> (sem mencionar a identidade das corporações investigadas para evitar ações judiciais). Somente em 1983 o texto completo da obra de Sutherland foi publicado<sup>26</sup>.

Para fins didáticos, Mannheim<sup>27</sup> fragmentou o conceito de Sutherland em cinco elementos principais: a) é um crime (em termos sociológicos); b) perpetrado por pessoas de respeito; c) com elevada posição social; d) no curso de sua atividade; e e) que se processa com violação da confiança.

Van Slyke, Benson e Cullen<sup>28</sup> também destacam características-chave da definição de Sutherland: a) os infratores são indivíduos de alto *status* e respeitabilidade; b) as infrações são cometidas no âmbito de um contexto; c) mediante violação de confiança delegada ou implícita; d) envolvem enormes custos financeiros e sociais; e e) certas violações civis e administrativas deveriam ser consideradas como crimes, pois, de fato, seriam condutas criminosas.

Com fulcro no exposto, percebe-se que a pesquisa de Sutherland se fundou em duas vertentes principais: a) demonstrar que as pessoas das classes altas praticam condutas ilícitas que deveriam ser consideradas e tratadas como delitos do colarinho branco; e b) construir hipóteses capazes de explicar tanto os delitos do colarinho branco quanto os demais delitos.

No tocante à primeira vertente, Sutherland reuniu dados comprobatórios de que grandes corporações norte-americanas frequentemente violavam a lei e que tais violações eram tratadas administrativamente ou em termos civis, mas apenas raramente no âmbito penal. Para alicerçar a segunda vertente, lançou mão da Teoria da Associação Diferencial e da Teoria da Desorganização Social.

---

<sup>23</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, v.5, n.1, 1940, p. 1-12.

<sup>24</sup> *Id.* Crime and business. *American Academy of Political and Social Science*, v. 217, p. 112-118, Set. 1941.

<sup>25</sup> *Id.* **White collar crime**. New York: Dryden, 1949.

<sup>26</sup> *Id.* **White collar crime: the uncut version**. New Haven, CT: Yale University Press, 1983.

<sup>27</sup> MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade Lisboa: Calouste Gulbenkian, v. 2, 1985, p. 724.

<sup>28</sup> VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. **The oxford handbook of white-collar crime**. Oxford University Press, 2016, p. 1-2.



Com a relevante contribuição de Sutherland, um amplo leque de condutas criminosas perpetradas pelos poderosos e que estava nas sombras passou a ser iluminada e estudada<sup>29</sup>, elevando o patamar das análises criminológicas<sup>30</sup>.

Mesmo passadas mais de sete décadas, a contribuição de Sutherland “mantém-se válida em seus pontos essenciais”, pois os criminosos do colarinho branco continuam socialmente respeitados, são cultos, educados e têm destaque no campo profissional, arena em que realizam condutas lícitas, mas também outras muitas ilícitas<sup>31</sup>, permanecendo praticamente imunes à persecução penal e ao efetivo cumprimento das penas aplicadas.

Não obstante, Pontell e Geis<sup>32</sup> ponderam que a definição de Sutherland apresenta ambiguidades e “tornou-se ela própria um quadro de aprisionamento que confunde o infrator com o delito e atende inadequadamente aos aspectos estruturais dos crimes de colarinho branco”.

Nesse sentido, diversas críticas foram sendo lançadas, especialmente sobre: a) a imprecisão do conceito<sup>33</sup> e a relegação a um segundo plano do estudo das infrações<sup>34</sup>; b) o método utilizado por Sutherland conteria contradição e ilogicidade, pois analisou práticas de corporações, contudo concluiu focalizando na pessoa natural (física) do infrator<sup>35</sup>; c) a desatualização da definição de crime do colarinho branco que não teria acompanhado a evolução da sociedade<sup>36</sup>; d) a definição não representaria um ponto de partida adequado para investigações mais abalizadas sobre o crime do colarinho branco em virtude de incertezas<sup>37</sup>; e e) o

---

<sup>29</sup> ALVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. In: SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, p. 51.

<sup>30</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime do colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a, p. 91.

<sup>31</sup> BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil**: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”. 412 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2013, p. 149-150.

<sup>32</sup> PONTELL, Henry N.; GEIS, Gilbert. **International handbook of white-collar and corporate crime**. New York: Springer, 2007, p. 14.

<sup>33</sup> GEIS, Gilbert. **White collar and corporate crime**: master series in criminology. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 135-137; SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime do colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a, p. 67.

<sup>34</sup> GEIS, Gilbert. *op. cit.*, p. 46.

<sup>35</sup> ALVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. In: SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, p. 49.

<sup>36</sup> STRADER, J. Kelly. **Understanding white collar crime**. LexisNexis, 2011.

<sup>37</sup> VIRGOLINI, Julio E. S. **Crímenes excelentes**: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Editores del Puerto, 2004.



critério excessivamente amplo de condutas adotado por Sutherland trouxe dificuldades de compreensão, tanto em termos legais, como em termos sociológicos<sup>38</sup>.

Com efeito, surgiram diversas teorizações posteriores aos estudos de Sutherland, que, notadamente em virtude da imprecisão conceitual, passaram a trabalhar aspectos concernentes ao foco (infrator ou infração) e ao alcance (ilegalidades em geral ou somente crimes) da definição de delito do colarinho branco<sup>39</sup>, cujas principais contribuições podem ser sintetizadas no quadro a seguir:

QUADRO 1 – Crime de Colarinho Branco: Uma Tipologia de Definições

		Foco	
		Infrator	Infração
Alcance	Ilegalidades em geral	Sutherland Coleman Braithwaite Reiss 1	Edelhertz Shapiro Gooftredson e Hirschi 2 Clinard e Yeager
	Somente crimes	Mann 4	3 Tappan Kadish Wheeler et al. Weisburd et al.

Fonte: JOHNSON, David T.; LEO, Richard A. The yale white-collar crime project: A Review and critique. *Law & Society Inquiry*, v. 18, n. 23, 1993, p. 65.

Nota: traduzido e adaptado pelo autor.

Os conceitos dos autores do quadrante 1 (foco no infrator e alcance nas ilegalidades em geral) orbitam em torno da definição de Sutherland, como Coleman<sup>40</sup>, que conceituou o crime do colarinho branco como qualquer violação de lei perpetrada por um indivíduo (de alto ou médio *status*) ou por um grupo de indivíduos, no âmbito de uma ocupação legítima ou no bojo de uma atividade financeira.

<sup>38</sup> VIRGOLINI, Julio E. S. *loc. cit.*; GEIS, Gilbert. *loc. cit.*; e TAPPAN, Paul W. "Who is the criminal?". *American Sociological Review*, n. 12, 1947, p. 96-102.

<sup>39</sup> JOHNSON, David T.; LEO, Richard A. The yale white-collar crime project: A Review and critique. *Law & Society Inquiry*, v. 18, n. 23, 1993; e BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do brasil**: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do "andar de cima". 412 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2013.

<sup>40</sup> COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Trad. Denise R. Sales Barueri: Manole, 2005.



No quadrante 3 estão os autores que focalizaram as características da infração e somente crimes. Tappan<sup>41</sup> asseverou que o conceito de Sutherland havia criado um “dogma difundido e sedutor [...]” que, na verdade, representava um “alto e forte ataque” contra o “sistema existente”; defendeu que “somente são criminosos aqueles que foram julgados como tal pelos tribunais”; e acrescentou que ao estudar o infrator não pode haver a “presunção de que pessoas presas, acusadas, indiciadas ou processadas sejam criminosas, a menos que também sejam considerados culpadas, além de qualquer dúvida razoável, de um crime específico”.

No quadrante 2 focaliza-se as características da infração e as ilegalidades em geral. Destaca-se a definição de Edelhertz<sup>42</sup> que considerou como crime do colarinho branco um ato ilegal ou uma série de atos ilegais perpetrados por meios não físicos, com dissimulação ou engano, para conseguir ativos, evitar o pagamento ou a perda de dinheiro ou bens ou obter vantagens negociais ou pessoais. Já Shapiro<sup>43</sup> enfatizou o abuso de confiança como componente do crime do colarinho branco e pugnou que seria necessário “libertar” o conceito das confusões entre atos e atores, normas e infratores, *modus operandi* e agente.

No quadrante 4 o foco está no infrator e o alcance é restrito aos crimes, com Mann<sup>44</sup> sendo o seu principal expoente, autor que baseou sua pesquisa no trabalho dos advogados dos criminosos integrantes das elites e percebeu que no julgamento desse tipo de criminalidade a atuação da defesa é muito mais robusta.

Absorvendo as críticas desferidas ao trabalho de Sutherland, novas conceituações foram sendo concebidas e ficaram conhecidas como mistas ou híbridas porque combinam características dos infratores e das infrações.

Nessa linha seguem Santos<sup>45</sup>, que defende que a conceituação de crime do colarinho branco deve manter o foco no aspecto subjetivo (agentes influentes no exercício de uma ocupação legítima) sem deixar de lado o modo de cometimento do

---

<sup>41</sup> TAPPAN, Paul W. “Who is the criminal?”. *American Sociological Review*, n. 12, 1947, p. 98-100.

<sup>42</sup> EDELHERTZ, Herbert. **The nature, impact, and prosecution of white-collar crime**. National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970, p. 4.

<sup>43</sup> SHAPIRO, Susan P. **Wayward capitalists: targets of the securities and exchange commission**. New Haven: Yale University Press, 1987; e *Id.* Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime. In: NELKEN, David (org.). **White-collar Crime**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1994.

<sup>44</sup> MANN, Kenneth. **Defending white collar crime: a portrait of attorneys at work**. New Haven: Yale University Press, 1985.

<sup>45</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime do colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a, p. 204.



delito, e Reiss e Biderman<sup>46</sup>, que consideram as características das infrações, a utilização da posição de poder significativo do infrator e a influência/confiança nos legítimos interesses econômicos, políticos e institucionais para obter ganho ilegal ou satisfazer interesses pessoais e organizacionais.

Analisadas as importantes contribuições de Sutherland, bem como as principais críticas e a evolução dos estudos da criminalidade do colarinho branco, compreende-se que as definições híbridas e mais atuais, como a de Reiss e Biderman<sup>47</sup> e a de Santos<sup>48</sup>, por implicarem em um aprimoramento do conceito de Sutherland à luz das críticas recebidas, são as que devem ser consideradas nesse estudo para fins de definição dos *standards* probatórios necessários para a condenação criminal desses agentes.

### 3 *Standards* probatórios para uma condenação criminal

No âmbito do processo penal, verifica-se uma acusação através da reconstrução histórica de fatos passados<sup>49</sup>, de modo que o processo orbita em torno da busca da verdade e do esclarecimento de dúvidas<sup>50</sup> e, nesse diapasão, sobreleva em importância a adoção de *standards* probatórios para que um determinado fato possa ser considerado como provado.

Os *standards* probatórios são critérios que demonstram quando foi possível provar um fato e que refletem quando “está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que descreve”<sup>51</sup>. São padrões que indicam um “mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado”<sup>52</sup> e funcionam como “mecanismos para distribuição de erros judiciais”<sup>53</sup>, pois quanto

---

<sup>46</sup> REISS, Albert J.; BIDERMAN, Albert D. **Data sources on white-collar lawbreaking**. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1980, p. 4.

<sup>47</sup> REISS, Albert J.; BIDERMAN, Albert D. **Data sources on white-collar lawbreaking**. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1980, p. 4.

<sup>48</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *op. cit.*, p. 204.

<sup>49</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020, p. 2.

<sup>50</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 13.

<sup>51</sup> GASCÓN ABELLÁN, Maria. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa**, n. 28, p. 127-139, 2005, p. 129.

<sup>52</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.*, p. 6.

<sup>53</sup> LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 68.



maior o seu rigor menor será a probabilidade de erro e do custo decorrente (*expected cost*)<sup>54</sup>.

Na busca pela verdade, alcançar a absoluta certeza sobre qualquer afirmação fática “seria uma mera ilusão” em virtude da “falibilidade do nosso entendimento” e da “complexidade dos fatos”, sendo que essa absoluta certeza equivaleria a um grau de probabilidade de 100%<sup>55</sup>, algo inatingível<sup>56</sup>.

Assim, o processo penal trabalha com uma “reconstrução histórica dos fatos” em função de “rastros do passado” para refletir a realidade de uma forma “analógica”, jamais “integral, abrangente e inquestionável”<sup>57</sup>. Trabalha-se para obter a máxima certeza possível (*la máxima certeza possible*) a respeito dos fatos investigados com elevada probabilidade de acerto (*the highest degree of probability*), passando-se da clássica ideia da verdade material para a moderna ideia de verdade probabilística, formal, possível ou relativa<sup>58</sup>.

Distinguindo-se do processo civil, no processo penal, em virtude da prevalência da máxima de que mais vale um culpado solto do que um inocente preso (*más vale um culpable suelto que um inocente preso*), combinada com o peso da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), do brocardo *in dubio pro reo* e da necessidade de ponderação entre liberdade e a realização da justiça, tem-se uma “distribuição assimétrica” do risco de erro judicial, o que demanda uma convicção sobre as proposições fáticas que fundamentam uma condenação muito mais elevada do que a requerida para uma condenação na esfera da responsabilidade civil<sup>59</sup>.

Com efeito, existem vários *standards* probatórios que variam conforme o modelo jurídico (*v. g. common law e civil law*), o momento processual e o tipo de decisão judicial requerida (*v. g. recebimento da denúncia, análise de medidas cautelares, pronúncia no rito do júri e sentença condenatória*).

<sup>54</sup> MENDES, Paulo de Sousa. El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspira em el derecho comparado. In: **Fundamentos de Derecho Probatorio en Materia Penal**. (org.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel, Tirant lo Blanch: Valência, 2019, p. 133.

<sup>55</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *op. cit.*, p. 138.

<sup>56</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 47; e GASCÓN ABELLÁN, Maria. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa**, n. 28, 2005, p. 128.

<sup>57</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 591.

<sup>58</sup> MENDES, Paulo de Sousa. El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspira em el derecho comparado. In: **Fundamentos de Derecho Probatorio en Materia Penal**. (org.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel, Tirant lo Blanch: Valência, 2019, p. 138.

<sup>59</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *op. cit.*, p. 140.



A decisão a respeito de qual seria o *standard* probatório mais indicado para cada momento e tipo processual é política e deve ser tomada com o objetivo de maximizar os acertos e minimizar os erros em termos de juízo de fato, tendo em mira a intensidade de garantia dos direitos ou interesses que possam ser atingidos<sup>60</sup>.

Os *standards* probatórios no processo penal não têm sido tratados de forma linear nas tradições anglo-americana (*common law* – sistema adversarial), continental-europeia e latino-americana (*civil law* – sistemas mistos de caráter inquisitorial)<sup>61</sup>.

Nesses sistemas, como regra geral, os *standards* probatórios variam em ordem crescente de exigência probatória, desde a utilização da prova preponderante (*la prueba preponderante*), que prevalece no âmbito da responsabilidade civil *ex delicto* e exige uma probabilidade superior a 50% de certeza para condenação, passando-se pela prova clara e convincente (*la prueba clara y convincente*), também utilizada na órbita penal, que requer uma probabilidade superior a 75% para condenação, chegando-se até a prova além da dúvida razoável (*la prueba más allá de la duda razonable*), mais utilizada no processo penal e que exige um grau de probabilidade superior a 90% para fins condenatórios<sup>62</sup>.

Tanto no sistema anglo-americano (v. g. sistema adversarial dos EUA) como nos sistemas continental-europeu (v. g. art. 533 do CPP italiano<sup>63</sup>) e latino-americano (v. g. art. 340 do CPP chileno<sup>64</sup>), mais em virtude de interpretações judiciais do que propriamente por aplicação de lei expressa nesse sentido, tem sido empregado o *standard* mais rigoroso da prova além da dúvida razoável para uma

<sup>60</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan. /abr. 2018, p. 70-71.

<sup>61</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *op. cit.*, p. 127-132.

<sup>62</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *loc. cit.*

<sup>63</sup> “o juiz pronunciará sentença condenatória se o imputado resultar culpado do crime imputado além de qualquer dúvida razoável”. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/giudizio-sentenza>. Acesso em: 29 dez. 2022 (tradução livre).

<sup>64</sup> “Ninguém poderá ser condenado, salvo quando o tribunal, em seu julgamento, adquirir, além da dúvida razoável, a convicção de que realmente se cometeu o fato punível objeto da acusação e que nele tenha colaborado o imputado com uma participação culpável e apenada por lei”. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 29 dez. 2022 (tradução livre).



condenação criminal<sup>65</sup>. Mesmo entendimento tem sido seguido pelo Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>66</sup> e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>67</sup>.

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro não traz disposição específica de *standard* probatório para uma condenação, e, de forma aberta, sem clareza sobre os requisitos da motivação, o seu art. 155 assevera que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”, e o seu art. 386, inciso VII, dispõe que: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

Logo, verifica-se que no Brasil, como sucede na maioria dos países dos sistemas anglo-americano, continental-europeu e latino-americano, não existe um *standard* probatório necessário para uma condenação criminal previsto clara e expressamente na lei ou mesmo adotado com uma formulação objetiva na jurisprudência<sup>68</sup>. Essa falta de clareza pode trazer a reboque a “legitimação da arbitrariedade subjetiva do juiz” ou mesmo “uma discricionariedade que não se submete a critérios e pressupostos”<sup>69</sup>, especialmente em virtude da aplicação de critérios maleáveis de prova<sup>70</sup> que tendem a dificultar a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, torna-se necessária a adoção de um sistema no qual o procedimento de determinação dos fatos seja direcionado para a construção de

---

<sup>65</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *loc. cit.*; e VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020, p. 9.

<sup>66</sup> O art. 66.3 do Estatuto de Roma assevera que: “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 29 dez. 2022.

<sup>67</sup> No julgamento do caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*, foi assentado que “o princípio da presunção de inocência requer que ninguém seja condenado, salvo se houver prova plena ou além de toda dúvida razoável de sua culpabilidade”. CORTE IDH. Caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C, n. 303, § 126. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf). Acesso em: 29 dez. 2022.

<sup>68</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, v. 4, 2007, p. 179-182, assevera alguns tipos de padrões probatórios são utilizados pelos tribunais brasileiros, como por exemplo: ausência de motivos, contradição entre motivos, motivos dubitativos ou hipotéticos e falta de enfrentamento de uma questão.

<sup>69</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 398.

<sup>70</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op. cit.*, p. 176.



enunciados fáticos que serão considerados verdadeiros, caso os fatos subjacentes tenham se realizado, ou serão vistos como falsos, na situação oposta<sup>71</sup>.

Adicionalmente, deve-se reconhecer as deficiências e limitações do sistema de justiça criminal<sup>72</sup>, mediante a aplicação de uma noção de probabilidade<sup>73</sup> com valoração direcionada por “critérios lógicos, objetivos e controláveis intersubjetivamente”<sup>74</sup> e o emprego de *standards* probatórios.

Em virtude das peculiaridades do processo penal e à luz do padrão mais utilizado nos sistemas anglo-americano, continental-europeu e latino-americano, torna-se patente que também no Brasil deve ser empregado o *standard* probatório além da dúvida razoável para fins de uma condenação criminal (para a maior parte dos crimes, não todos, como será demonstrado), impondo-se ao magistrado o dever de externalizar de forma lógica, objetiva e racional os critérios utilizados para a sua livre convicção motivada e que ofereça às partes condições mais seguras de exercer o controle da motivação judicial das decisões.

Deve-se destacar que a utilização do *standard* de prova além de qualquer dúvida razoável no âmbito do processo penal brasileiro também sofre críticas, como por exemplo, as que advertem que esse *standard* não cumpriria a função de dificultar condenações injustas e de racionalizar decisões judiciais porque não enfatizaria a prova, mas sim a certeza moral do juiz e possibilitariam que fossem proferidas decisões que, apesar de disfarçadas, seriam subjetivistas e baseadas na íntima convicção<sup>75</sup>, e as que apregoam a suposta utilização indevida desse *standard* mediante uma incorreta e acrítica importação desse padrão probatório para o direito brasileiro, o que facilitaria, ou invés de dificultar, a condenação<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 49.

<sup>72</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020, p. 5.

<sup>73</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 263; e BADARÓ, Gustavo Henrique. A busca da verdade no processo penal e os seus limites: ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio E.; MADURO, Flávio M. (org.). **Interceptação telefônica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 55.

<sup>74</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *loc. cit.*

<sup>75</sup> MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD**: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro, 2019, p. 232-233.

<sup>76</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **RBCCRIM**, São Paulo, v. 156, jun. 2019, p. 168-169 e 175-176.



Não obstante, acredita-se que o maior problema consiste em saber qual o critério deve ser manejado para definir o que seria uma dúvida razoável no processo penal com o fito de evitar a exacerbação do subjetivismo judicial.

Para Nardelli<sup>77</sup>, os *standards* probatórios, desde que bem concebidos, podem funcionar como um excelente critério de decisão para direcionar o raciocínio do juiz e como um método lógico capaz de refletir a estrutura da justificação da decisão, o que possibilita um “controle mais claro de seus fundamentos”.

Assim, a adoção de *standards* probatórios concebidos com critérios objetivos tem o potencial de trazer melhorias para a dogmática processual penal e para a racionalização do sistema criminal<sup>78</sup>.

Szesz<sup>79</sup>, por sua vez, propugna que se deve estabelecer: a) um nível alto de comprovação para que determinado enunciado fático seja considerado verdadeiro, b) um foco no acervo probatório encartado nos autos, em detrimento da mera convicção pessoal do magistrado, exigindo-se a externalização de justificativa baseada nas provas e não na certeza moral; e c) uma argumentação racional que, alicerçada em critérios objetivos e em conexão dedutiva sólida, demonstre o liame entre os enunciados fáticos tidos como verdadeiros e as provas produzidas em juízo.

Partindo-se do dever de motivação das decisões judiciais (CF/1988, art. 93, IX) e com o objetivo de afastar decisões condenatórias excessivamente subjetivistas, sem a devida precisão de seu conteúdo, amparando-se no *standard* probatório além de qualquer dúvida razoável, deve-se exigir do magistrado uma valoração racional do acervo probatório, alicerçada no exposto enfrentamento das hipóteses verossímeis ventiladas nos autos e que seja claramente externalizada com a demonstração de todas as inferências probatórias (análise qualitativa) que fundamentaram a convicção sobre os fatos, sem a necessidade de que tenha que lançar mão de um juízo matemático (*trial by mathematics*)<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> NARDELLI, Marcella A. M. Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (org.). **Crise no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 291-292.

<sup>78</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020, p. 14.

<sup>79</sup> SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, 2022, p. 1016.

<sup>80</sup> MENDES, Paulo de Sousa. El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspira em el derecho comparado. In: **Fundamentos de Derecho Probatorio en Materia Penal**. (org.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel, Tirant lo Blanch: Valência, 2019, p. 150.



Ferrer Beltrán<sup>81</sup> pugna que para que uma regra de valoração racional possa ser considerada um *standard* de prova, ela tem que se amoldar aos seguintes requisitos: a) recorrer a critérios referentes à capacidade explicativa das provas em relação às hipóteses em conflito; b) capacidade de determinar um nível mínimo de comprovação da hipótese; e c) se basear em critérios qualitativos (e não quantitativos), inerentes à probabilidade indutiva ou lógica e não matemática.

O subjetivismo do magistrado deve ser reduzido ao máximo possível para permitir a controlabilidade da decisão do julgador<sup>82</sup> intersubjetivamente pelas partes e pela sociedade<sup>83</sup>.

Nesse sentido, todos os elementos da imputação acusatória devem ser comprovados de modo claro, sistemático e consistente, com alicerce em provas construídas sob o crivo do contraditório e devem ser suficientes para afastar eventuais justificativas alternativas para os fatos considerados provados, de modo que a tese da acusação deve sobreviver a qualquer dúvida razoável<sup>84</sup>.

Em remate, constata-se que “dúvida razoável” pode ser considerada como a “dúvida palpável, justificada pelo conjunto probatório, por argumentos alternativos plausíveis ou pela possibilidade concreta de prova melhor”<sup>85</sup> e a aplicação do critério além de qualquer dúvida razoável no processo penal deve enfrentar qualitativa e expressamente todas essas questões.

#### 4 Delitos do colarinho branco e *standards* probatórios

Apesar de nos sistemas anglo-americano, continental-europeu e latino-americano ser prevalente a exigência de que no processo penal, especialmente para fins condenatórios, deve ser elevado o grau de corroboração das provas para que os enunciados fáticos sejam considerados provados, escoimando-se qualquer

---

<sup>81</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 29.

<sup>82</sup> GASCÓN ABELLÁN, Maria. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa**, n. 28, 2005, p. 129.

<sup>83</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 64-88.

<sup>84</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020, p. 20.

<sup>85</sup> NARDELLI, Marcella A. M. Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (org.). **Crise no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 301.



dúvida razoável, existe uma tendência de mitigação dessa exigência para alguns tipos penais, com a qual se compactua, que reflete uma tensão entre a defesa de “garantias clássicas do processo penal”, como a exigência de elevado *standard* probatório, e a necessidade de que “os órgãos de investigação sejam eficazes na identificação e comprovação da ocorrência de delitos considerados difíceis de provar”<sup>86</sup>, como os delitos do colarinho branco.

Com a expansão do Direito Penal, a partir das décadas de 1970 e 1980 ocorreu a criminalização de condutas que até então não eram devidamente alcançadas pelo sistema de justiça criminal<sup>87</sup>, como os delitos do colarinho branco.

Não obstante, as características tanto dos infratores como dessas infrações impõem uma série de dificuldades para as autoridades estatais responsáveis pela detecção, investigação, processo, sancionamento e execução das penas desse tipo de criminalidade e aduzem clara distinção na persecução penal desses delitos em relação aos delitos clássicos.

Nessa toada, ainda em sede de investigações, já surgem relevantes dificuldades para descobrir “esquemas criminosos cada vez mais complexos, estruturados e apoiados em técnicas avançadas de lavagem de dinheiro e em novas tecnologias para a movimentação dos recursos desviados dos cofres públicos”<sup>88</sup>, como por exemplo: os criptoativos e a *deep web*.

A seguir, vem à baila a necessidade de comprovação dos esquemas por meio de investigações híbridas, que tenham o condão de reverberar em denúncias robustas capazes de instrumentalizar a persecução penal e respeitar os direitos e garantias dos investigados<sup>89</sup>.

Após, surgem as dificuldades inerentes a aceitação das denúncias (esquemas complexos com a perpetração de vários delitos, inclusive transnacionais, por vários agentes especializados e poderosos), instauração e produção probatória no bojo dos processos penais e na aplicação de sanções aos culpados.

---

<sup>86</sup> SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, 2022, p. 1019.

<sup>87</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2001.

<sup>88</sup> DEIAB JUNIOR, Remy; CRUZ, Fabrício Bittencourt. Combate à corrupção no Brasil: estruturas de poder e direitos fundamentais. *Humanidades & Inovação*, v. 9, n. 19, 2022, p. 101.

<sup>89</sup> DEIAB JUNIOR, Remy; CRUZ, Fabrício Bittencourt. *loc. cit.*



Com a finalização do processo criminal sancionatório, sobrevém a dificuldade de serem efetivamente cumpridas as penas impostas a esse tipo de criminosos que, não raro, manejam muitos recursos e *habeas corpus* (HC) com o objetivo de procrastinar ou mesmo inviabilizar a efetiva execução penal.

Por derradeiro, surge a dificuldade de se evitar as nulidades (muitas das quais são cavadas *a posteriori* nos tribunais superiores), que em decorrência da inobservância de aspectos formais, processuais ou mesmo materiais podem implicar na anulação de grandes operações de combate aos delitos do colarinho branco<sup>90</sup>.

Insta salientar que, diferentemente da criminalidade clássica, nos delitos do colarinho branco (que são tipificados para proteger bens jurídicos supraindividuais, muitos dos quais sem vítimas aparentes) as condutas ilegais perpetradas são de elevada complexidade, sendo estruturadas com base em conhecimentos técnicos e especializados em ambiente corporativo e/ou profissional (seja na iniciativa privada, seja no setor público), características que demandam um esforço hercúleo probatório por parte das autoridades incumbidas da sua investigação e, por consequência, elevam o grau de complexidade dos processos e dos julgamentos.

Percebe-se que essas dificuldades investigativas e processuais tendem a reverberar em dificuldades nas condenações criminais dos criminosos do colarinho branco e evidenciam uma faceta da seletividade do sistema penal.

As dificuldades retro enfatizadas demandam a aplicação de várias medidas por parte das autoridades estatais, como as a seguir destacadas: a) necessidade de atuação de agentes públicos experientes e capacitados; b) estrutura de trabalho adequada; c) legislação específica; d) apoio institucional; e) emprego de técnicas investigativas de ponta (*v. g.* quebras de sigilo fiscal, bancário e telemático; infiltração de agentes; compartilhamento de informações entre órgãos públicos); f) disponibilização de tecnologia compatível (*hardware* e *software*); g) trabalho em regime de força-tarefa; e h) independência funcional<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Nesse sentido, pode-se citar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC nº 149.250/SP, confirmada pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 680.967/DF (Operação Satiagraha), a decisão do STJ no HC nº 137.349/SP, confirmada pelo STF no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 676.280/SP (Operação Castelo de Areia) e a decisão do STF no HC nº 193.726/PR (Operação Lava Jato).

<sup>91</sup> DEIAB JUNIOR, Remy; CRUZ, Fabrício Bittencourt. Combate à corrupção no Brasil: estruturas de poder e direitos fundamentais. **Humanidades & Inovação**, v. 9, n. 19, 2022, p. 101.



De relevo mencionar que nesse tipo de esquema criminoso ocorre um pacto de silêncio (contrato de sigilo) entre os agentes, de modo que para a potencialização das investigações é interessante a formalização de acordos de colaboração premiada, como forma de rastrear o caminho percorrido pelos recursos desviados até se chegar aos reais beneficiários (*follow the money*). Em que pese mesmo essa última regra estar se revelando insuficiente face a complexidade dos esquemas criminosos que têm sido concebidos, nos quais são manejadas técnicas para eliminar os rastros das operações e obstaculizar o trabalho estatal<sup>92</sup>.

Em decorrência dessas características, aliadas ao elevado grau de subnotificação, tem sido admitida uma mitigação dos rigores dos *standards* probatórios exigidos para a condenação nos delitos do colarinho branco<sup>93</sup>.

Nesse sentido, acredita-se que um padrão probatório como o além de qualquer dúvida razoável, que exige uma probabilidade superior a 90% para fins de caracterização da verdade dos enunciados fáticos, tende a ser muito elevado no caso dos delitos do colarinho branco que têm sido perpetrados no Brasil, em esquemas cada vez mais complexos.

Com o fito de obter subsídios capazes de confirmar a baixa efetividade e a seletividade na persecução penal dos criminosos do colarinho branco decorrentes dos fatores analisados, sem desbordar dos limites de escopo desse trabalho, optou-se por focalizar a etapa da execução penal (etapa final de toda a rede de *accountability*).

Para essa empreitada, consultou-se os dados do Sistema Penitenciário Brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária (SISDEPEN), especificamente os relatórios contendo as informações penitenciárias referentes ao contexto nacional, e obteve-se os dados especificados na tabela a seguir.

<sup>92</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 101.

<sup>93</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 2001; e SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, 2022, p. 1019.



TABELA 1 – Informações da População Carcerária Brasileira de 2008 a 2021

Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
<b>População Carcerária Nacional</b>	<b>451.219</b>	<b>473.626</b>	<b>496.251</b>	<b>514.582</b>	<b>548.003</b>	<b>574.027</b>	<b>622.202</b>
Qt. Presos Provisórios	138.939	152.612	164.683	173.818	195.036	215.639	212.224
Qt. Presos Condenados - Fechado	166.388	174.372	188.777	203.446	218.242	223.798	249.888
Qt. Presos Condenados - Semi Aberto	63.809	66.670	69.249	71.403	74.647	77.488	101.346
Qt. Presos Condenados - Aberto	20.542	19.458	18.746	18.649	22.108	16.954	17.858
Qt. Presos Condenados - MS Internação	2.971	2.981	3.370	3.247	2.897	3.126	2.947
Qt. Presos Condenados - MS Trat. Ambulat.	839	1.019	880	691	783	785	495
<b>Qt. Total de Presos (Provisórios + Condenados)</b>	<b>393.488</b>	<b>417.112</b>	<b>445.705</b>	<b>471.254</b>	<b>513.713</b>	<b>537.790</b>	<b>584.758</b>
Qt. de Presos (na Polícia)	57.731	56.514	50.546	43.328	34.290	36.237	37.444
<b>População Carcerária Total (JE + JF + Polícia)</b>	<b>451.219</b>	<b>473.626</b>	<b>496.251</b>	<b>514.582</b>	<b>548.003</b>	<b>574.027</b>	<b>622.202</b>
Qt. Total de Crimes Tentados/Consumados	370.405	417.334	428.713	493.275	545.465	563.714	532.959
Qt. de Crimes contra a Administração Pública	504	536	569	1.144	1.479	1.475	887
Qt. de Crimes contra a Administração Pública (%)	0,14%	0,13%	0,13%	0,23%	0,27%	0,26%	0,17%
Qt. de Peculato	412	431	434	1.047	1.357	885	285
Qt. de Concussão e Excesso de Exação	40	36	42	40	50	299	101
Qt. de Corrupção Passiva	52	69	93	57	72	286	501
Qt. de Corrupção Ativa	404	502	575	573	650	691	942

  

Ano	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
<b>População Carcerária Nacional</b>	<b>698.618</b>	<b>722.120</b>	<b>722.716</b>	<b>744.216</b>	<b>755.274</b>	<b>811.707</b>	<b>833.176</b>
Qt. Presos Provisórios	226.323	232.521	237.760	242.133	222.558	234.845	217.569
Qt. Presos Condenados - Fechado	279.638	309.606	309.813	326.911	362.547	340.295	331.620
Qt. Presos Condenados - Semi Aberto	108.636	117.672	117.804	126.060	133.408	149.125	169.883
Qt. Presos Condenados - Aberto	45.261	39.320	36.136	27.206	25.137	80.150	102.819
Qt. Presos Condenados - MS Internação	2.855	2.987	2.564	2.433	4.109	2.305	2.032
Qt. Presos Condenados - MS Trat. Ambulat.	442	279	499	589	250	425	900
<b>Qt. Total de Presos (Provisórios + Condenados)</b>	<b>663.155</b>	<b>702.385</b>	<b>704.576</b>	<b>725.332</b>	<b>748.009</b>	<b>807.145</b>	<b>824.823</b>
Qt. de Presos (na Polícia)	35.463	19.735	18.140	18.884	7.265	4.562	8.353
<b>População Carcerária Total (JE + JF + Polícia)</b>	<b>698.618</b>	<b>722.120</b>	<b>722.716</b>	<b>744.216</b>	<b>755.274</b>	<b>811.707</b>	<b>833.176</b>
Qt. Total de Crimes Tentados/Consumados	608.991	544.598	616.818	728.203	989.263	785.386	749.234
Qt. de Crimes contra a Administração Pública	552	629	823	1.321	1.754	1.023	1.335
Qt. de Crimes contra a Administração Pública (%)	0,09%	0,12%	0,13%	0,18%	0,18%	0,13%	0,18%
Qt. de Peculato	428	535	364	1.099	1.603	744	1.180
Qt. de Concussão e Excesso de Exação	60	31	274	52	42	110	38
Qt. de Corrupção Passiva	64	63	185	170	109	169	117
Qt. de Corrupção Ativa	632	567	610	698	660	852	859

Fonte: BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2023.** Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso: 30 mar. 2023.

Com esteio nos dados em tela, verifica-se que ocorreu um relevante incremento da população carcerária no Brasil, passando de 451.219 pessoas em 2008, para 833.171 pessoas em 2021.

No entanto, deste universo, considerando-se somente a população carcerária que se originou pelo cometimento de crimes contra a administração pública (especialmente, peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa) como indicadores de agentes que perpetraram delitos do colarinho branco, constata-se que os agentes que efetivamente cumprem pena no Brasil em



virtude do cometimento desses delitos representaram uma média anual de apenas 0,16% em relação ao total de crimes ao longo do período analisado.

Essa robusta evidência comprova que apenas uma parcela quase insignificante de criminosos do colarinho branco estão efetivamente cumprindo pena no sistema prisional brasileiro, o que corrobora as dificuldades anteriormente ventiladas e confirma a hipótese central deste ensaio, restando robustecido o descompasso entre a evolução dos conceitos criminológicos dos delitos do colarinho branco, a prática processual penal em termos de condenações e o efetivo cumprimento de pena (privativa de liberdade) por parte desses agentes.

Algumas hipóteses adicionais sobre a baixa eficácia do controle desse tipo de criminalidade do Brasil também podem ser ventiladas, as quais demandam confirmações apropriadas em novos estudos: a) boa parte dos delitos não são sequer descobertos; b) nos casos que são descortinados a fase processual da persecução penal não tem sido eficiente a ponto de reverberar em condenações; c) o reduzido cumprimento de penas privativas de liberdade no sistema prisional por parte desses agentes decorre do avanço da justiça penal negociada (v. g. acordos de colaboração premiada); e d) substituição das penas privativas de liberdade por multas pecuniárias e penas restritivas de direitos.

Tais ponderações, temperadas com o advento dos acordos de não persecução penal, que tendem a ser muito empregados nessa seara, refletem a necessidade de realização de novos estudos que permitam aproximar a evolução observada no plano teórico conceitual criminológico, a avanços mais significativos na persecução penal e no padrão probatório exigido para condenações criminais.

Portanto, considerando-se essa realidade, em termos de *standards* probatórios para condenações criminais nos delitos do colarinho branco, pode-se estabelecer uma espécie de relação de proporcionalidade entre o grau do rigor probatório e as dificuldades de produção de provas, sem vilipendiar os direitos e garantias individuais dos agentes envolvidos.

Para esse desiderato, compreende-se que devem ser ponderados no caso concreto os seguintes aspectos: a) complexidade dos esquemas criminosos; b) elevado grau de dificuldade probatória; c) investigadores tenham exaurido as diligências e análises cabíveis; d) tenha sido construído um quadro fático-probatório composto por provas diretas, indiretas e indícios com nítida sistematização e



capazes de demonstrar o *modus operandi* do esquema criminoso e permita a individualização das condutas de cada um dos agentes (autores e partícipes); e e) valoração racional das provas, com exposto enfrentamento das hipóteses sustentadas no processo e clara demonstração das inferências probatórias realizadas.

A tese da redução do *standard* probatório para a condenação dos criminosos do colarinho branco não escapa de pesadas críticas de inúmeros autores mais garantistas, como as desferidas por Malan e Mirza<sup>94</sup>, que, em síntese, sustentam que esse tipo de entendimento desrespeita a função da presunção de inocência no estabelecimento do *standard* probatório, destoando da escolha do legislador em relação ao sopesamento do custo de eventual erro judicial referente às incorretas condenações ou absolvições, além de representar uma afronta ao princípio da igualdade em relação aos demais tipos de criminosos.

Não obstante, destaca-se que a mitigação do *standard* probatório para fins de condenação criminal nos delitos do colarinho branco ora defendida se amolda a uma tendência internacional nessa seara<sup>95</sup>.

## 5 Considerações finais

Com fulcro na análise dos principais trabalhos desenvolvidos antes e após a fundamental contribuição de Sutherland sobre os delitos do colarinho branco, conclui-se que as abordagens conhecidas como mistas ou híbridas são as que devem ser consideradas para fins de definição dos *standards* probatórios para a condenação criminal desses agentes, em virtude dos seguintes aspectos: a) absorvem as principais críticas em relação aos conceitos clássicos; b) contemplam características mais atuais tanto dos criminosos como dos delitos em tela; c) representam uma nítida evolução do conceito criminológico em foco; e d) melhor se amoldam a realidade fática brasileira de enfrentamento desses delitos, que é marcada pela crescente complexidade dos esquemas criminosos, pela magnitude

<sup>94</sup> MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. **RBCCRIM**, São Paulo, vol. 185, nov. 2021, p. 220-231.

<sup>95</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 2001; e SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, 2022, p. 1022.



dos danos causados para toda a sociedade e pelo elevado poder político, econômico e social desses agentes.

Após a realização de um estudo panorâmico dos *standards* probatórios necessários para uma condenação criminal nos sistemas anglo-americano, continental-europeu e latino-americano, com ênfase nas suas características e no processo penal brasileiro de enfrentamento dos delitos do colarinho branco, confirmou-se a hipótese central desse ensaio.

Nesse sentido, constatou-se que os avanços teóricos criminológicos sobre esse tipo de criminalidade não estão sendo refletidos no desenvolvimento de mecanismos eficientes de controle, notadamente em termos de condenações criminais, provavelmente em virtude do rigor do padrão probatório exigido para a condenação, de modo que consideradas as fortes evidências do ínfimo cumprimento de penas privativas de liberdade por parte desses agentes, percebe-se que, conforme advertido por Sutherland há mais de sete décadas, os criminosos do colarinho branco permanecem praticamente imunes à persecução penal e ao efetivo cumprimento das penas eventualmente aplicadas.

Com o intento de contribuir com a colmatação dessa lacuna e a mudança dessa realidade, considerando-se o dever de motivação das decisões judiciais (CF/1988, art. 93, IX), o disposto nos artigos 155 e 386, VII do CPP brasileiro e a distribuição assimétrica de risco de eventual erro judicial no processo penal, defende-se que, diferentemente do que é exigido para os crimes clássicos, que demandam a aplicação do *standard* probatório além de qualquer dúvida razoável, para os delitos do colarinho branco, mediante a ponderação no caso concreto entre a complexidade do esquema, a dificuldade probatória e os direitos e garantias individuais, deve ser mitigado o rigor do *standard* probatório além de qualquer dúvida razoável para fins de uma condenação criminal, sendo suficiente a adoção de um *standard* probatório que oscile da prova clara e convincente (superior a 75%) até a prova além da dúvida razoável (superior a 90%).

Por fim, como contribuição complementar, conclui-se que mais importante do que uma definição precisa do grau de probabilidade de acerto em relação à veracidade dos enunciados fáticos, considerando-se o intervalo de rigor probatório retro mencionado para essa categoria delituosa, deve-se exigir uma valoração racional do acervo probatório, com expresse enfrentamento das hipóteses



sustentadas no processo (desde que lastreadas em fatos e provas) e clara demonstração das inferências probatórias (análise qualitativa, lógica e não matemática) que fundamentaram a convicção do juízo, permitindo-se a um só tempo a persecução penal, a controlabilidade da decisão judicial e o mais efetivo combate dos delitos do colarinho branco no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. *In*: SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A busca da verdade no processo penal e os seus limites: ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica. *In*: SANTORO, Antonio E.; MADURO, Flávio M. (org.). **Interceptação telefônica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan. /abr. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, v. 4, p. 161-185, 2007.

BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”**. 412 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2013.

BONGER, Willem Adrian. **Criminality and economic conditions**. Boston: Little, Brown and Company, 1916.

BRAITHWAITE, John. White collar crime. **Annual review of sociology**, p. 1-25, 1985.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2023**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso: 30 mar. 2023.

CLINARD, Marshall; YEAGER, Peter. **Corporate crime**. New York: The Free Press, 1983.

COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Trad. Denise R. Sales Barueri: Manole, 2005.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.



DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas do processo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

DEIAB JUNIOR, Remy; CRUZ, Fabrício Bittencourt. Combate à corrupção no Brasil: estruturas de poder e direitos fundamentais. **Humanidades & Inovação**, v. 9, n. 19, p. 96-111, 2022.

EDELHERTZ, Herbert. **The nature, impact, and prosecution of white-collar crime**. National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). White-collar crime. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa**, n. 28, p. 127-139, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GEIS, Gilbert. **White collar and corporate crime**: master series in criminology. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2007.

GEIS, Gilbert. The roots and variant definitions of the concept of white-collar crime. **The Oxford handbook of white-collar crime**. New York: Oxford University Press, p. 25-39, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

HENDERSON, Charles R. **Introduction to the study of dependent, defective, and delinquent children**. 2 ed. Boston: Heath, 1901.

JOHNSON, David T.; LEO, Richard A. The yale white-collar crime project: A Review and critique. **Law & Society Inquiry**, v. 18, n. 23, 1993.

JOSEPHSON, Mattew. **The robber barons**: the great America capitalists. New York: Harcourt, Brace and Company, 1934.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEVI, Michael; LORD, Nicholas. White-collar and corporate crime. *In: The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press, 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **RBCCRIM**, São Paulo, v. 156, p. 165-188, jun. 2019.



MACLEAN, Tammy. Framing and organizational misconduct: a symbolic interactionist study. **Journal of Business Ethics**, v. 78, p. 3-16, 2008.

MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. **RBCCRIM**, São Paulo, vol. 185, p. 201-236, nov. 2021.

MANN, Kenneth. **Defendig white collar crime: a portrait of attorneys at work**. New Haven: Yale University Press, 1985.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade Lisboa: CalousteGulbenkian, v. 2, 1985.

MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, p. 1631-1668, 2022.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova" para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro**, 2019.

MENDES, Paulo de Sousa. El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspira em el derecho comparado. *In: Fundamentos de Derecho Probatorio en Materia Penal*. (org.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel, Tirant lo Blanch: Valência, p. 127-155, 2019.

MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1175-1208, 2020.

MORRIS, Albert. **Criminals of the upperworld: criminology**. New York: Longmans; Green, 1935.

NARDELLI, Marcella A. M. Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. *In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (org.). Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PONTELL, Henry N.; GEIS, Gilbert. **International handbook of white-collar and corporate crime**. New York: Springer, 2007.

PONTELL, Henry N. Theoretical, empirical, and policy implications of alternative definitions of "white-collar crime". **The Oxford handbook of white-collar crime**, p. 39, 2016.

PONTES, J.; ANSELMO, M. **Crime.gov: quando corrupção e governo se misturam**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

REISS, Albert J.; BIDERMAN, Albert D. **Data sources on white-collar lawbreaking**. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1980.



ROSS, Edward Alsworth. **The criminaloid**. In: Sin and society: an analysis of latter-day iniquity. Boston: Houghton Mifflin Company, 1907.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime do colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **Studia Iuridica**: O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001b.

SCHRAGER, Laura Shill; SHORT JUNIOR, James. Toward a sociology of organizational crime. **Social problems**, v. 25, n. 4, p. 407-419, 1978.

SCHOEPFER, Andrea; TIBBETS, Stephen G. From early white-collar bandits and robber barons to modern-day white-collar criminals: A review of the conceptual and theoretical research. **Reflecting on white-collar and corporate crime: discerning reading**, 2011.

SHAPIRO, Susan P. **Wayward capitalists**: targets of the securities and exchange commission. New Haven: Yale University Press, 1987.

SHAPIRO, Susan P. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime. In: NELKEN, David (org.). **White-collar Crime**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 2001.

SINCLAIR, Upton. **The jungle**. New York: Doubleday, Jabber & Company, 1906.

STRADER, J. Kelly. **Understanding white collar crime**. LexisNexis, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. **American Sociological Review**, v.5, n.1, p. 1-12, 1940.

SUTHERLAND, Edwin H. Crime and business. **American Academy of Political and Social Science**, v. 217, p. 112-118, Set. 1941.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime of corporations**. In: Edwin H. Sutherland on analyzing crime, edited by Karl Schuessler. Chicago: University of Chicago Press, 1948.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. New York: Dryden, 1949.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**, 4. ed. Philadelphia, PA: Lippincott, 1960.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**: the uncut version. New Haven, CT: Yale University Press, 1983.

SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, p. 1007-1041, 2022.



TARBELL, Ida. **The history of the standar oil company**. New York: McClure, Phillips and Co, 1904.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

TAPPAN, Paul W. "Who is the criminal?". **American Sociological Review**, n. 12, p. 96-102, 1947.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020.

WEISBURD, David et al. **Crimes of the middle classes: white-collar offenders in the federal courts**. Yale University Press, 1991.

WHEELER, Stanton et al. White-collar crimes and criminals. **American Criminal Law Review**, v. 25, 1987.

VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. **The oxford handbook of white-collar crime**. Oxford University Press, 2016.

VAUGHAN, D. The dark side of organizations: mistake, misconduct, and disaster. **Annual Review Sociological**, v. 22, p. 271-305, 1999.

VIRGOLINI, Julio E. S. Delito de cuello blanco: punto de inflexión en la teoria criminológica. **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, ano 12, n. 45 a 48, 1989.

VIRGOLINI, Julio E. S. **Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción**. Editores del Puerto, 2004.

