

ROGERIO GESTA LEAL
FABIO ROQUE SBARDELLOTTO
MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
FÁBIO RAMAZZINI BECHARA
ORGANIZADORES

ANAIS DO II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL SOBRE CRIMINALIDADE ECONÔMICA, CORRUPÇÃO E COMPLIANCE

AUTORES

ADALENE FERREIRA FIGUEIREDO DA SILVA	GIOVANNA MENELLI DE OLIVEIRA
ANDRÉ FAGUNDES	GIOVANNI DE ARAÚJO NUNES
ANDRÉ MAYA	GLEXANDRE DE SOUZA CALIXTO
ANNA GABERT NASCIMENTO	ISABELLA LIMA DE BRITO
BETIELI DA ROSA SAUZEM	JANAÍNA RIGO SANTIN
BRUNO HERINGER JR	JOÃO ANTÔNIO SIMONATO DE AZEVEDO
CAMILA LEMOS DE MELO	LUCAS FERREIRA CERESER
EVANDRO WEISSHEIMER	LUÍSA NEIS RIBEIRO
FÁBIO RAMAZZINI BECHARA	MARCO AURÉLIO P. FLORÊNCIO FILHO
FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO	MARIANA COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA
FERNANDO MÉDICI	PATRICIE BARRICELLI ZANON
GABRIEL DELVING ELY	RAZIEL HAIN CALVET DE MAGALHÃES
GABRIELA EMANUELE DE RESENDE	RICARDO HERMANY
GEÓRGIA SPERLING GARCIA	RODRIGO DE MEDEIROS SILVA
	ROGÉRIO GESTA LEAL



ORGANIZADORES

ROGERIO GESTA LEAL

FABIO ROQUE SBARDELOTTO

MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

ANAIS DO II SEMINÁRIO
INTERINSTITUCIONAL SOBRE
CRIMINALIDADE ECONÔMICA,
CORRUPÇÃO E *COMPLIANCE*

Londrina/PR - Editora Thoth responsável pela publicação
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie
2023


THOTH
EDITORA

**ANAIS DO II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL
SOBRE CRIMINALIDADE ECONÔMICA, CORRUPÇÃO E
COMPLIANCE**

ORGANIZAÇÃO:

Rogério Gesta Leal
Fabio Roque Sbardelotto
Marco Aurélio Florêncio Filho
Fábio Ramazzini Bechara

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
PREBITERIANA MACKENZIE**

Rua da Consolação, 896 - Bairro: Consolação

CEP: 01302-907 - São Paulo/SP

<https://www.mackenzie.br>

E-mail: pesquisa.fdir@mackenzie.br

Tel.: 11 2766-7174 | 2766-7175

SOBRE OS ORGANIZADORES

ROGERIO GESTA LEAL

Doutor em Direito. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Públicos, nos cursos de graduação e mestrado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

FABIO ROQUE SBARDELOTTO

Doutor em Direito. Procurador de Justiça do RS. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Professor da FMP

MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Mackenzie. Advogado.

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em São Paulo.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)



Anais do II Seminário interinstitucional sobre criminalidade econômica, corrupção e *compliance* / Organizadores: Rogerio Gesta Leal, Fabio Roque Sbardelotto, Marco Aurélio Florêncio Filho, Fábio Ramazzini Bechara – Londrina, PR: Thoth, 2021. 182 p.

Inclui bibliografias.
ISBN: 978-65-5959-480-1

1. Direito Penal Economico. 2. Corrupção. 3. *Compliance*. I. Título.

CDD 340

Diagramação e Capa: Editora Thoth

Revisão: Rogério Gesta Leal

Editor chefe: Bruno Fuga

Coordenador de Produção Editorial: Thiago Caversan Antunes

Diretor de Operações de Conteúdo: Arthur Bezerra de Souza Junior

Índices para catálogo sistemático

1. Direito : 340

Conselho Editorial (Gestão 2021)

Prof. Me. Anderson de Azevedo • Me. Aniele Pissinati • Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior • Prof. Me. Alberto Shinji Higa • Prof. Dr. Arthur Bezerra de Souza Junior • Prof. Dr. Bruno Augusto Sampaio Fuga • Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior • Prof. Me. Daniel Colnago Rodrigues • Prof. Dr. Fábio Ricardo R. Brasilino • Prof. Dr. Flávio Tartuce • Me. Gabriela Amorim Paviani • Prof. Dr. Guilherme Wünsch • Prof. Me. Ivan Martins Tristão • Prof. Me. Júlio Alves Caixeta Júnior • Prof. Esp. Marcelo Pichiolí da Silveira • Prof.ª. Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza • Esp. Rafaela Ghacham Desiderato • Prof.ª. Dr. Rita de Cássia R. Tarifa Espolador • Prof. Dr. Thiago Caversan Antunes • Prof. Dr. Zulmar Fachin

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização. A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98.

Todos os direitos desta edição são reservados pela Editora Thoth. A Editora Thoth não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seus autores.

SOBRE OS AUTORES

ADALENE FERREIRA FIGUEIREDO DA SILVA

Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter; Bacharela em Direito pela mesma instituição; advogada; e-mail: adalenef@hotmail.com.

ANDRÉ FAGUNDES

Doutorando em Direito Público e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Pesquisador assistente do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião (CEDIRE). E-mail: andrecep@gmail.com.

ANDRÉ MAYA

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais (PUCRS) e em Direito do Estado (UniRitter). Especialista em Compliance (Universidade de Coimbra). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da REDE Ibero-americana de advocacia criminal. Advogado. E-mail: andremmaya@gmail.com.

ANNA GABERT NASCIMENTO

Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Email: 171415@upf.br.

BETIELI DA ROSA SAUZEM

Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.

BRUNO HERINGER JR

Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), RS. Professor de Direito Penal nos cursos de graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), RS. Procurador de Justiça, RS.

CAMILA LEMOS DE MELO

Mestranda na Universidade de Santa Cruz do Sul (2022) e mestranda sanduíche (2022) pela Universidade do Minho. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2013). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Advogada especialista em Compliance e LGPD. E-mail: camilalmelo@yahoo.com.br.

EVANDRO WEISSHEIMER

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Graduação em Direito da Universidade do Vale do Taquari. Advogado. evandrow@univates.br.

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: fabio.bechara@mackenzie.br.

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

Doutor em Direito. Procurador de Justiça do RS. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Professor da FMP.

FERNANDO MÉDICI

Graduado em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico (Fundação Getúlio Vargas). Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Justiça Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e escritor. E-mail: fernandomgm@gmail.com.

GABRIEL DELVING ELY

Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do

Taquari. Escrevente Autorizado do Tabelionato e Ofício de Registros Especiais de Lajeado/RS. gabrieldelvingely@gmail.com.

GABRIELA EMANUELE DE RESENDE

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na linha de pesquisa “Intervenção Penal e Garantismo”. E-mail: gabrielaresende@yahoo.com.

GEÓRGIA SPERLING GARCIA

Mestranda em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista lato sensu em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora do grupo de pesquisa PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência. Advogada. georgia.sperlingg@gmail.com.

GIOVANNA MENELLI DE OLIVEIRA

Mestre em Direito pela FMP. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público (UCS). Especialista em Direito e Processo Tributário (FMP). Graduada em Direito pela PUCRS. Servidora Pública da PGE-RS. E-mail: gmenelli@gmail.com.

GIOVANNI DE ARAÚJO NUNES

Mestre em Ciência Jurídica pelo PPGD-UENP, área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. Durante o mestrado, foi bolsista CAPES e Fundação Araucária. Especialista em Direito Público pela UNINTER. Graduado em Direito pela UENP. Participação em grupos de pesquisa: Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas; Intervenção do Estado na vida das pessoas; e GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais. Advogado OAB/PR. E-mail: giovanni.a.n.97@gmail.com.

GLEXANDRE DE SOUZA CALIXTO

Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina. Membro do Grupo de Criminologia Crítica Vera Andrade - GCCRIT/UFSC.

ISABELLA LIMA DE BRITO

Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

JANAÍNA RIGO SANTIN

Pós-doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogada e Professora Titular da Universidade de Passo Fundo (UPF). Docente Permanente do Mestrado e Doutorado em História da UPF. Professora da Faculdade de Direito e Docente Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Rio Grande do Sul – Brasil. Email: janainars@upf.br.

JOÃO ANTÔNIO SIMONATO DE AZEVEDO

Graduando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

LUCAS FERREIRA CERESER

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), na linha de pesquisa Poder Econômico e seus Limites Jurídicos. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional”. Pós-graduado em Direito Público (lato sensu) por Damásio Educacional (Ibmec). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (2019). Advogado.

LUÍSA NEIS RIBEIRO

Mestranda e Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Sociologia do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

MARCO AURÉLIO P. FLORENCIO FILHO

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Mackenzie. Advogado. E-mail: marco.florencio@mackenzie.br.

MARIANA COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa “Intervenção Penal e Garantismo”. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, na área de concentração Teoria do Direito, na interface entre a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional,

pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2015). Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2017), na linha de pesquisa “Direito, Argumentação e Políticas Públicas: empiria e inovação na pesquisa jurídica”. Professora, advogada e jornalista. E-mail: prof.marianacolucci@gmail.com.

PATRICIE BARRICELLI ZANON

Doutoranda e Mestre em Direito Político Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), especialista em Compliance (Universidade de Coimbra – Instituto de Direito Penal Econômico) e graduada em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Professora de Direito Penal e Compliance em cursos de pós- graduação e graduação (Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidade Nove de Julho). Pesquisadora no Grupo “Direito Penal Econômico e Justiça Internacional” Advogada atuante na área de compliance. E-mail:patricie.barricelli@yahoo.com.br.

RAZIEL HAIN CALVET DE MAGALHÃES

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos, Mestre e Especialista em Direito. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e de Portugal. raziel.calvet.adv@gmail.com.

RICARDO HERMANY

Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor Jurídico da CNM – Confederação Nacional de Municípios. Advogado. E-mail: hermany@unisc.br.

RODRIGO DE MEDEIROS SILVA

Doutorando em Direito e Sociedade na Universidade La Salle- UniLaSalle; Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultura- IDC; participação no Grupo de Pesquisa Direito e Literatura da PUC-RS; advogado; e-mail: viacampesina@hotmail.com.

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Públicos, nos cursos de graduação e mestrado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

APRESENTAÇÃO

Há pouco mais de um século, na época do ingresso da disciplina de criminologia nas discussões penalísticas, desde a Escola Positivista do Direito Penal, tem se afirmado a ideia de que o direito penal constitui sempre um *ius exceptum*, porque estaria seu destinatário, a criminalidade, constituindo campo de anomalia social, tomando o delinquente como sujeito anormal por definição, fundindo de maneira açodada subjetividades e fatos.¹

Digamos que compreender o delinquente como anormal, e não somente um desviante, foi por muito tempo lugar comum em termos de teoria e de prática do direito penal, tendo sido o positivismo jurídico que difundiu de modo mais estruturado razões de justificação e fundamentação deste argumento.²

Nos dias atuais estamos conscientes que a intervenção penal é diferenciada, cumprindo papel humanitário e racional, tanto na manutenção da ordem pública pela via da norma (defesa social), como a reestabelecendo com medidas repressivas/retributivas e ressocializadoras.³

Daí porque a luta contra a criminalidade não pode ser vista tão somente como fenômeno sociológico ou momento prático de ação policial/repressiva (enquanto política pública criminal de governos), mas constitui verdadeiro conceito normativo configurador do Direito Penal e Processual Penal contemporâneos em face dos riscos e perigos cada vez maiores que condutas delinquentes apresentam às relações sociais. Ou seja, este conceito normativo, de caráter epistêmico, coloca a política criminal como demarcadora das possibilidades do Direito Penal e Processual Penal, e não o contrário, evidenciando como tais campos dogmáticos do direito também se determinam por procedimentos e processos democráticos de deliberação e escolhas públicas parlamentares/legislativas – as quais,

1. Conforme o trabalho de GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*. Chicago: University Chicago Press, 1990.

2. Ver o texto de MARCHETTI, Paolo. *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*. In Quaderni fiorentini n° 38/2009, tomo II, 1009 ss., 1020 ss.

3. Como nos informa DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004, p.31.

inclusive, estão submetidas a controles democráticos (por exemplo, de constitucionalidade e legalidade).⁴

A despeito disto, a contemporaneidade nos trouxe âmbitos e contextos nos quais uma perspectiva de Direito Penal que vamos chamar de Exceção ganha novo fôlego, nomeadamente em face da criminalidade organizada e terrorista, as quais, junto com a corrupção e suas causas e consequências nefastas, tantos problemas globais têm criado. E isto porque: *Si tratta, per essere precisi, di un tipo di devianza e di pericolosità sociale, dove alla capacità criminale dei singoli (siano o meno da assoggettarsi anche a possibili misure amministrative di prevenzione e a misure di sicurezza in senso stretto) si aggiunge lo spessore criminale delle organizzazioni di cui fanno parte. L'aspetto macrogiuridico, pertanto, prevale su quello individuale.*⁵

Diante de tais fenômenos extremos ou emergenciais de criminalidade, o ordenamento jurídico tem reagido de dois modos tradicionais: (i) introduzindo disciplinas de exceção às regras comuns (como o aumento da punição por atos preparatórios, hipóteses associativas, agravantes especiais, recrudescimento de alguns regimes de execução penal, regras processuais especiais, maior atenção à capacidade de delinquir e à periculosidade do que com a culpabilidade), colocadas lado a lado, aplicando-se reciprocamente; ou (ii) construindo aparato compacto de exceções, seja de casos ou de sanções, a fim de que não se tenha mais situações excepcionais individuais, mas um sistema de direito penal e processual penal especial, em que inclusive a valoração e o tratamento de fatos sejam extremamente conexos e coexistentes à presença de determinados fatores e circunstâncias.⁶

Em ambos os casos se faz necessária a individualização de elementos singulares atinentes aos bens jurídicos que se deseja tutelar, pela via de estatutos normativos claros, sendo que a *ratio* da diferenciação é justamente as especificidades absolutas de determinados fenômenos, ou mesmo particularidades de alguns fatos/autores que justifiquem ferramentas de direito penal e processual penal diferenciadas. Diferenciação não significa, todavia,

4. Como nos mostra JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Justicia penal preventiva y derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo*. In LÓPEZA, José María Suárez y otros (edit.). *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos*. Vol.1, pp.803/837, 2018.
5. DONINI, Massimo. *Il diritto penale di fronte al nemico – il riemergere del nemico nelle politiche penali contemporanee*. In *Opinione e Documenti*, disponível no site: https://www.academia.edu/41901476/Il_diritto_penale_di_frente_al_nemico, acesso em 20/07/2022, p.274. Ainda refere o autor que: *Si riscontra qui un arsenale tra i più articolati e duri dell'apparato penalistico dello Stato: dalle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, alle fattispecie penali a tutela anticipata... Interi «sottosistemi» di tutela integrata (amministrativa, penale, processuale, penitenziaria, di collaborazione e armonizzazione internazionale) sono stati costruiti per fronteggiare questi fenomeni*.
6. SBRICCOLI, Mario. *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*. Milano: Giuffrè, 2004.

e sempre, exceção ou derrogação da ordinariiedade de tratamento normativo da criminalidade, tampouco violação de princípios e conquistas civilizatórias veiculadas por normas constitucionais e infraconstitucionais, alertando Donini, com acerto: *Quando ci si orienta, tuttavia, a un diritto penale di eccezione il rischio di una deviazione da principi fondamentali si fa sempre maggiore.*⁷

A própria história recente da humanidade constituiu um direito penal especial violento e antidemocrático, representado de forma muito particular por delitos políticos, nomeadamente contra os chamados interesses de Estado (herdeiros típicos do atípico crime *laesae maiestatis*), próprios dos tribunais nazistas e facistas do século XX, envolvendo os chamados inimigos externos dos ordenamentos penais militares.⁸ Mas também não tardou, na mesma perspectiva referida, a preocupação com os inimigos internos – civis como hostis ao Estado.⁹ E em tais cenários se cometeram imensas discriminações e injustiças para com determinados sujeitos de direitos, envolvendo diretamente perseguições ideológicas, religiosas, sexuais, raciais, étnicas, e tantas outras.

A recondução destes corpos normativos especiais aos paradigmas constitucionais contemporâneos do Estado Democrático de Direito, entretanto, tem aumentado depois da Segunda Guerra Mundial.

A construção de modelos especiais de direito penal – ou microssistemas autônomos de exceção –, ao invés de subsistemas constituídos de exceções isoladas e fragmentadas em face das regras comuns do Estado de Direito, tem se apresentado mais eficiente em termos de integridade e coerencialidade dos ordenamentos jurídicos democráticos atuais que, modo geral, apresentam resistências históricas de aceitação da presença do direito penal em temas institucionais, sociais e individuais mais amplos.

Em tais modelos os instrumentos penais criados não são necessariamente segregativos, mas se fundam em juízos

-
7. DONINI, Massimo. *Mafia e terrorismo come parte generale del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto de eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*. In Rivista Meridiana, n°97, Viella, SRL, 2020, <https://www.jstor.org/stable/26918342>, p.205. Na mesma linha, a favor de um espaço de legitimação para certo direito penal contra os inimigos do Estado, como direito de exceção, ver o texto de BARTOLI, Roberto. *Lotta al terrorismo internazionale*. Torino: Giappichelli, 2018. Numa perspectiva mais filosófica, ver os textos de AGAMBEN, Giorgio. *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*. Turim: Bollati Boringhieri, 2013; AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Turim: Einaudi, 2005.
 8. Neste sentido ver o histórico documento de ROCCO, Alfredo. *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*. Roma: La Voce Anonima, 1927.
 9. Sobre o delito político, que trata autores e imputados como inimigos, ver o texto crítico de FERRAJOLI, Luigi. *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di Diritto*. In AA.VV. *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*. Roma: Sapere 2000, 1994, pp.49 e seguintes.

prognósticos confiáveis e fundados/orientados à evitação e neutralização de determinados comportamentos altamente perigosos a toda Sociedade, previamente demarcados normativamente, o que eventualmente flexibiliza/problematiza alguns princípios tradicionais do direito penal liberal. Mas também há riscos aqui, como nos refere Donini:

La presenza di un intero “sistema” coerente di neutralizzazione di un fenomeno, legato del resto a quel tempo a presunzioni di pericolosità, rendeva più agevole la violazione dei diritti fondamentali: singole regole possono sempre essere meglio aggredite da controlli critici, affrontabili nella loro estraneità al sistema ordinario dei diritti e delle loro garanzie perché inserite in una dialettica con quel sistema; invece, un intero corpo autonomo sostanziale, processuale, probatorio, presenta una compattezza più difficile da erodere, ed è apparentemente isolato, indipendente.¹⁰

Ou seja, emergem riscos evidentes dos corpos normativos autônomos cuja lógica não é somente de exceção, mas de normalização desta, agora regulada por aqueles microssistemas, e por isto potencialmente podem sofrer etiquetamentos performativos de enquadramento criminal eventualmente discriminadores.¹¹ Até por isto igualmente podem tais modelos adquirir fácil expansão, naturalizando a lógica excepcional do direito penal ordinário.

Por certo que os sistemas jurídicos, nomeadamente ocidentais e contemporâneos, estão fundados na premissa geral de que a eficácia na tutela de direitos fundamentais individuais é mais importante do que a da tutela contra sujeitos perigosos; assim como o sacrifício coletivo e generalizado dos primeiros somente se apresenta justificável quando a ameaça dos segundos seja efetivamente enorme; todavia, tais equações reclamam, sempre, juízos de valor (ponderativos) incisivos, controláveis publicamente diante dos casos concretos que se apresentam, daí porque justificações e fundamentações decisórias nestes campos são sempre necessárias.

Levando em conta estes cenários é que os Programas de Pós-Graduação Estrito Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, de São Paulo, e da Fundação Escola Superior do Ministério Público, do Rio Grande do Sul, realizaram o II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL SOBRE CRIMINALIDADE ECONÔMICA, CORRUPÇÃO E COMPLIANCE, ocorrido no dia 07/10/2022, de forma remota, reunindo docentes e discentes de ambas as

10. DONINI, Massimo. *Mafia e terrorismo come parte generale del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto de eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*. Op.cit., p.08.

11. Como ocorre com aqueles que são investigados ou condenados por crimes de máfia, tendo contra si atribuído tipo de responsabilidade não pessoal, mas categorial, advindo forte etiquetamento que pode provocar consequências inclusive de regime disciplinar/punitivo diferido.

instituições, dando continuidade a parceria acadêmica já consolidada que possuem há mais anos.

Os resultados dos painéis sobre (i) avanços e retrocessos em face da Lei Anticorrupção brasileira e (ii) desafios do direito penal na ordem econômica e cultural, somadas as apresentações de trabalhos de doutorandos e mestrados daqueles programas (no encontro de discentes e pesquisadores), agora vêm publicados no presente livro, para fins de socializar ainda mais o conhecimento construído coletivamente.

Uma boa leitura a todos.

SUMÁRIO

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	5
SOBRE OS AUTORES.....	7
APRESENTAÇÃO.....	13

Rogério Gesta Leal

Marco Aurélio P. Florêncio Filho

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FERRAMENTA DE COMBATE A CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: APONTAMENTOS CRÍTICOS.....	25
--	----

Notas introdutórias.....	25
--------------------------	----

I O instituto da desconsideração da personalidade jurídica: interfaces entre o público e o privado.....	26
---	----

II O uso administrativo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei Anticorrupção.....	36
---	----

Notas Conclusivas.....	40
------------------------	----

Bibliografia.....	42
-------------------	----

Bruno Heringer Jr.

ÓDIO, SEMELHANÇA E PROXIMIDADE: UMA LEITURA GIRARDIANA.....	45
---	----

Introdução.....	45
-----------------	----

1 O ódio e sua percepção social.....	46
--------------------------------------	----

2 Desejo mimético, rivalidade e ódio.....	48
---	----

3 Semelhança, proximidade e ódio.....	51
---------------------------------------	----

Considerações finais.....	54
---------------------------	----

Referências.....	55
------------------	----

André Maya

Giovanna Menelli de Oliveira

EFEITOS PENAIS DO COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO: POSSIBILIDADES E LIMITES DA RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER EM CASO DE CORRUPÇÃO EMPRESARIAL...56

Introdução	56
1 Breves aspectos sobre o fenômeno da corrupção	57
2 Compliance anticorrupção empresarial.....	60
3 A responsabilização penal do compliance officer.....	65
Considerações finais	68
Referências	69

Janaína Rigo Santin

MACROCRIMINALIDADE E CORRUPÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO 72 |

Introdução.....	72
1 Sistema Penal Brasileiro e Censo Penitenciário.....	74
2 A corrupção “de colarinho branco” no Brasil: crimes de responsabilidade e agentes políticos	75
Referências Bibliográficas	76

André Fagundes

A ATUAÇÃO DA AUDITORIA INTERNA NA DETECÇÃO DE FRAUDE E CORRUPÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS 78 |

Introdução.....	78
1 Função da auditoria interna.....	78
Conclusão	79
Referências	80

Gabriel Delving Ely

Evandro Weissheimer

O COMPLIANCE E AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO FERRAMENTAS DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PROVIMENTO Nº. 88/2019 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA..... 83 |

Introdução.....	83
1 As serventias extrajudiciais em <i>compliance</i> para prevenção à lavagem de dinheiro.....	84

Conclusão.....	87
Referências	87

Gabriela Emanuele de Resende

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO <i>COMPLIANCE OFFICER</i>	89
Introdução.....	89
1 O Direito Penal na sociedade de risco.....	90
2 Consequências da expansão do Direito Penal.....	90
3 Os programas de <i>criminal compliance</i>	90
3.1 A figura do compliance officer.....	91
4 A delimitação da responsabilidade penal do <i>compliance officer</i>	91
Considerações finais	92
Referências bibliográficas.....	93

Geórgia Sperling Garcia

DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O LIMITE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO	95
Introdução.....	95
1 A democracia, os direitos fundamentais e o direito à liberdade de expressão.96	
2 O discurso de ódio.....	97
3 Limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio	98
Conclusão	98
Referências	99

Giovanni de Araújo Nunes

CONTROLE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE NA FASE DE EXECUÇÃO.....	101
Introdução	101
1 Objetivo e metodologia.....	101
2 Discussão e resultados	102
Conclusão	105
Referências	106

Giovanni de Araújo Nunes

NOVO REGIME DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA VIOLAÇÃO AO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUDICIÁRIO – MUDANÇA TRAZIDA PELA LEI N. 14.230 DE 2021 À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 107

- Introdução..... 107
- 1 Indisponibilidade de bens no processo de improbidade 108
- 2 Indisponibilidade de bens em consonância com o poder geral de cautela e a proteção do resultado útil no processo de improbidade administrativa..... 109
- Conclusão..... 110
- Referências 111

Glexandre de Souza Calixto

Luísa Neis Ribeiro

POLÍTICA CRIMINAL NEOLIBERAL: O COMBATE À CRIMINALIDADE ECONÔMICA COMO LEGITIMADOR DO ESAZIAMENTO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS..... 113

- Introdução..... 113
- 1 Objeto e objetivos..... 115
- 2 Metodologia 115
- 3 Resultados 115
- Conclusões 116
- Referências 116

Isabella Lima de Brito

João Antônio Simonato de Azevedo

CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O SETOR IMOBILIÁRIO: FATORES FAVORÁVEIS À PERPETUAÇÃO DA LAVAGEM DE ATIVOS FINANCEIROS 118

- Introdução..... 118
- Método..... 120
- Resultados e discussões..... 120
- Considerações finais 120
- Referências 121

Janaína Rigo Santin

Anna Gabert Nascimento

HISTÓRIA E GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE A INCIDÊNCIA DO PATRIMONIALISMO E CORRUPÇÃO	123
Introdução.....	123
1 Patrimonialismo: conceitos e abordagens históricas	124
Conclusão.....	127
Referências	127

Lucas Ferreira Cereser

DESARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL FRENTE A REALIZAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO	129
---	-----

Patricie Barricelli Zanon

Fernando Médici

COMPLIANCE E INCREMENTO À TRANSPARÊNCIA NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA COMO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: BRAZILIAN SUNSHINE ACT – UM NOVO SOL VAI BRILHAR?	131
Introdução.....	131
1 Objetivos	135
1.1 Objetivo geral.....	135
1.2 Objetivos específicos.....	136
2 Metodologia	136
3 Resultados	136
Referências	137

Raziel Hain Calvet de Magalhães

A IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE AMBIENTAL NO BRASIL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 5.442/2019 COMO MECANISMO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL.....	139
Introdução.....	139
I O <i>Compliance</i> Ambiental.....	140
Considerações finais	142
Referências	143

Ricardo Hermany

Betieli da Rosa Sauzem

Camila Lemos de Melo

COMPLIANCE PÚBLICO NA ADMINISTRAÇÃO LOCAL: UM INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA E DE FOMENTO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	145
Introdução.....	145
Desenvolvimento	147
Considerações Finais	148
Referências	149

Rodrigo de Medeiros Silva

Adalene Ferreira Figueiredo da Silva

A “OPERAÇÃO LAVA JATO” E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO COMBATE CORRUPÇÃO PARA INTERESSES POLÍTICO-ECONÔMICOS DIVERSOS.....	150
Introdução.....	150
1 A “Lava Jato” sob o olhar técnico-jurídico.....	151
2 Lava Jato: combate à corrupção ou instrumento de fragilização da economia brasileira?	152
Conclusão.....	153
Referências	153

Rogério Gesta Leal

Fábio Roque Sbardellotto

Fábio Ramazzini Bechara

LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM FACE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL .	155
Notas Introdutórias	155
I A proteção de dados na experiência internacional.....	156
II A proteção de dados enquanto Direito Fundamental no Brasil.....	166
III A persecução penal e a tutela de dados	170
Notas Conclusivas.....	175
Bibliografia	178

A DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA
COMO FERRAMENTA DE
COMBATE A CORRUPÇÃO
NO ÂMBITO DA LEI
ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA:
APONTAMENTOS CRÍTICOS¹

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Públicos, nos cursos de graduação e mestrado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

MARCO AURÉLIO P. FLORENCIO FILHO

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendemos neste texto avaliar em que medida a desconsideração da personalidade jurídica, para fins de investigação e apuração de responsabilidades no âmbito da Lei Anticorrupção pode trazer benefícios e vantagens para a efetividade de seus escopos. Ou seja, em que medida este instituto, de natureza historicamente civil, pode ser utilizado diretamente pela Administração Pública, e em que condições.

Vamos sustentar que pode sim o Poder Público se valer, por conta de suas competências próprias, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do devido processo legal administrativo para fins de apurar as responsabilidades atribuídas pela norma de regência.

Para tanto, elegemos desenvolver a reflexão a partir dos seguintes pontos: (i) avaliar os fundamentos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica; (ii) verificar quais as condições e possibilidades do uso administrativo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei Anticorrupção.

1. Elementos deste artigo já foram publicados no livro LEAL, Rogério Gesta. *Aspectos polêmicos da Lei Anticorrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

I O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: INTERFACES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

O tema da desconconsideração da personalidade jurídica não é novo no Ocidente, e ao menos a partir do século XIX vamos encontrar atenções dirigidas ao fato de ser possível a determinadas corporações desviarem-se de seus escopos matriciais para o cometimento, inclusive, de fins ilícitos.²

Foi no sistema da *common law*, principalmente nos Estados Unidos da América, que se deu, inicialmente na jurisprudência e ainda no século XIX, a utilização da desconconsideração da personalidade jurídica, justamente para oportunizar a aferição de responsabilidades institucionais em termos de ilícitudes cometidas em nome destas e para seu proveito econômico.³ Koury lembra que: [...] *na common law, opera-se a disregard sempre que haja necessidade de evitar solução anômala ou injusta, principalmente no Direito norte-americano, já que o Direito inglês mostra-se bastante ligado à ideia do precedente representado pelo caso Salomon, por nós citado, e a meios indiretos, como a agency, o trust e a fraude à lei para chegar ao resultado da desconconsideração.*⁴

Partilhamos, nesta linha de reflexão, do entendimento de Luciano Chaves de Farias, quando defende que não obstante algumas áreas do Direito apresentem previsão específica e expressa quanto à aplicação da *disregard doctrine*, é importante se ter presente que tal instituto *pertence à Teoria Geral do Direito, pois não há dúvida de que, independentemente da natureza do vínculo jurídico, se houver sócios da pessoa jurídica agindo fraudulentamente, com abuso de direito ou com violação às normas legais, é certo que caberá a superação da personalidade jurídica para se responsabilizar pessoalmente os envolvidos.*⁵

2. Ver KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 63. Parte da doutrina entende ser o precedente da doutrina o caso *Bank of United States v. Deveaux*; outra parte manifesta ser o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co*, o primeiro caso data de 1809. Em termos mais históricos, no Brasil, ver a abordagem de OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
3. Conforme o texto de WORMSER, I. Maurice. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*. Washington D.C.: Beard Books, 2000. Aduz o autor que um dos principais precedentes jurisprudenciais do tema é o caso *Bank of United States v. Deveaux*; assim como o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co*. No Brasil, ver os textos de: (i) COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1989; (ii) BLOK, Marcella. *Desconconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*. Revista dos Tribunais. Vol. 59/2013, p.94 e seguintes.
4. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.80. Ver também o texto de NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica às sociedades anônimas*. In Revista dos Tribunais, Vol. 61/2013.
5. FARIAS, Luciano Chaves de. *Aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa*. In Revista Fórum Administrativo. Ano 7, n. 80, 2007, p.42. Grifos nossos.

No Brasil, na década de 1960, também o debate já se encontrava no horizonte da doutrina⁶, todavia, por muito tempo o princípio da separação entre sócios e sociedade foi tido como dogma impossível de ser superado. No entanto, foi-se percebendo que sob o manto do instituto da pessoa jurídica grande número de fraudes eram praticadas, fazendo-se necessário que os tribunais, apesar das disposições do então art. 20, do Código Civil de 1916 (dizendo que *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*), passassem a romper com tais premissas.⁷

Conseguimos, no Brasil, fazer valer o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica enquanto supressão momentânea da separação patrimonial entre a corporação e seus sócios, especialmente quando ocorrer fraude ou abuso na utilização da personalidade jurídica, como consagram, preambularmente, o art.50, do Código Civil de 2002⁸, e o *caput* do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor⁹.

Ainda no plano doutrinário, como nos lembra Tepedino, estabeleceu-se no país o debate sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a partir dos que defendiam suas dimensões subjetiva e objetiva. Rubens Requião sustentava a teoria subjetiva, que exige como requisitos

6. Como aborda REQUIÃO, Rubens. *Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. In Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 410, p. 12-24, dez. 1969. Neste texto, fruto de uma conferência ministrada pelo autor, BLOK, Marcella. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*. In Revista dos Tribunais. Vol. 59/2013, p. 96, nos lembra que: *Nessa ocasião Requião sustentou a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não fosse adotada a disregard doctrine pelo Direito Brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expreso, significaria o mesmo que amparar a fraude*. Grifos nossos. Requião também vai tratar deste tema no seu já clássico trabalho: REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito comercial*. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 2012, p.458.
7. No ponto ver o texto de CORREA JR., Gilberto Deon e WEIRICH, Gabriela. *A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro*. In Revista do Ministério Público, Porto Alegre, 2009, p.117. Lembremos que Pontes de Miranda era contra o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sob o argumento de que ela poderia trazer fragilidades a estas sem qualquer previsão normativa anterior. Ver em PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Vol.30. São Paulo: BookSeller, 2004, p.223.
8. *Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.* (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019).
9. *Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.* Advertimos que o §5º, do mesmo artigo, amplia esta responsabilidade nos seguintes termos: *Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*

para a aplicação do instituto a demonstração de fraude ou abuso de direito praticados pelo sócio ou administrador. Fábio Konder Comparato, filia-se a teoria objetiva, no sentido de que não se poderia exigir a fraude ou o abuso de direito para autorizar a desconsideração, pois há inúmeras situações nas quais a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador sem que se caracterize abuso de direito ou fraude.¹⁰

Sublinha Couto Silva que:

Nesse momento, cabe acrescentar que os administradores possuem o dever de obediência ao contrato ou estatuto social, devendo agir nos limites do objeto social, isto é, intra vires. Em contraposição, se os administradores extrapolam os limites do objeto social, agem ultra vires. Os administradores sempre responderão pelos prejuízos causados pelos atos praticados ultra vires (art. 158, II, da Lei de Sociedades por Ações), e nos atos intra vires responderão por culpa ou dolo pelos prejuízos causados. Entretanto, se o ato do administrador é intra vires, observando-se o dever de diligência, bem como os demais deveres fiduciários, a business judgment rule irá proteger a decisão e a administração de responsabilidade.¹¹

E estes elementos estão muito bem sedimentados nos termos do art.187, do Código Civil brasileiro de 2002, no sentido de que: *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.* Tal dispositivo seguramente impõem limites éticos ao exercício das posições jurídicas, seja por meio do princípio da boa-fé objetiva, da noção de bons costumes ou da função socioeconômica dos direitos.¹²

Teremos, então, a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica quando a prática do ato for, ou ilícita, ou formalmente lícita, todavia, associada a ato abusivo ou à fraude, já que tanto a ilicitude quanto a má

10. TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 8, vol. 30, 2007, p.58.

11. COUTO SILVA, Alexandre. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 45.

12. Precisamos, todavia, ficar atentos à crítica que faz Tepedino neste particular, ao dizer que: *A opção legislativa contraria a doutrina mais moderna do abuso de direito, que procura conferir-lhe papel autônomo na ciência jurídica’ (Cunha de Sá, Abuso, p. 121). A ultrapassada concepção de abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática, condiciona sua repressão à prova de culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional. Além disso, a associação do abuso com o ilícito restringe as hipóteses de controle do ato abusivo à caracterização o ato ilícito, deixando escapar um sem-número de situações jurídicas em que, justamente por serem lícitas, exigem uma valoração funcional quanto aos eu exercício. Não se pode confundir a teoria do abuso de direito com a teoria do ato ilícito ou, ainda, com a fraude. Considere-se ato fraudulento o negócio jurídico tramado para prejudicar credores, em benefício do declarante ou de terceiros. No abuso, o que ocorre é um inadequado uso do direito, mesmo que seja estranho ao agente o próprio propósito de prejudicar o direito de outrem.* TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. Op.cit., p.84.

administração acarretarão consequências específicas diretamente em face do responsável. Daí porque não poderemos falar em aplicação deste instituto em face das características peculiares de determinadas sociedades, mas sim diante de determinadas situações fáticas, até porque a Lei Anticorrupção apresenta rol expansivo de pessoas jurídicas passíveis de serem alcançadas pelos seus termos e, dentre eles, pela desconsideração de personalidade de que estamos tratando.

Como já referimos, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90) - CDC trouxe, de forma expressa, em seu art.28, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como instituto importante na tutela dos direitos individuais e coletivos que abarca, autorizando seu uso em situações múltiplas, dentre as quais: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, sempre que a personalidade jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.¹³

Em 1994, com a edição da Lei nº8.884 – de 11 de junho -, dispendo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, contamos com a previsão do seu art.18, dispendo que: *A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*¹⁴ E aqui já percebemos a amplitude da intenção do legislador, para justamente não permitir o locupletamento ilícito destes sujeitos de direito na área econômica, o que inexoravelmente tenderia a se refletir na parte hipossuficiente das relações de mercado, que é o consumidor.

No campo ambiental, a Lei nº9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e, em seu art.4º, trata da teoria da desconsideração da personalidade

13. Temos ciência de que vários autores entendem que os parágrafos 2º, 3º e 4º, do art.28, do CDC, que versam sobre a responsabilidade no caso de grupos societários, consórcios e sociedades coligadas, não são verdadeiras hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração, mas casos de extensão da responsabilidade às sociedades que mantêm algum vínculo entre si. Ver o texto de CORREA JR., Gilberto Deon e WEIRICH, Gabriela. *A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro*. Op.cit., p.123.

14. Outro ponto importante desta norma: ela não condiciona a aplicação da *disregard* ao pronunciamento de autoridade judicial, até porque é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a entidade responsável por aplicar penalidades administrativas em face do descumprimento dos seus dispositivos, reconhecendo competência a autarquia para levar a cabo a desconsideração da personalidade jurídica de sociedades infratoras.

jurídica, no sentido de que *poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*.¹⁵

O Código Civil brasileiro de 2002 - CCB, para além do seu art.50, prevê a responsabilização direta do sócio ou administrador no art.1.010, §3º; no art.1.080, e nos arts.1.012, 1.015, 1.016 e 1.017. Também a Lei Antitruste (Lei nº8.884/94), em nome até da regulação e proteção do mercado, adotou hipóteses de desconsideração semelhantes às do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu art.18; todavia, o dispositivo fora revogado pela Lei nº12.529/2011, em franco retrocesso no âmbito da tutela das relações econômicas.¹⁶

Por seu turno, o Código de Processo Civil brasileiro – CPC (Lei nº13.105/2015), nos termos do seu art.133, §2º, instituiu o que podemos chamar de desconsideração indireta da personalidade jurídica, reconhecendo orientação jurisprudencial que foi se consolidando no tempo, no sentido de, para evitar abusos ou fraudes em detrimento de outrem, será possível desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para alcançar o patrimônio transferido pelo devedor original (sócio).

A nova Lei de Licitações e Contratos, nº14.133/2021, incorporou a *disregard* de modo expresso, nos termos do art.160¹⁷, não condicionou a intervenção judicial para sua aplicação, reconhecendo, pois, a utilização deste instrumento pela forma administrativa, como o faz a Lei Anticorrupção, lembrando que o Tribunal de Contas da União já estava julgando desta forma.¹⁸

15. Ver o texto de BLOK, Marcella. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*. Op.cit., p.116. Alerta ainda a autora que: *No direito ambiental, para que seja efetivada a desconsideração da pessoa jurídica, independe-se da comprovação de culpa ou atuação com excesso de poderes por parte daqueles que compõem a sociedade, dependendo tão somente da verificação da insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para reparar ou compensar os prejuízos por ela causados à qualidade do meio ambiente*.
16. Art. 18. *A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*.
17. Art.160. *A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei, ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia*. Grifos nossos para realçar o fato de a Lei ter previsto, inclusive, a desconsideração indireta da pessoa jurídica.
18. Nos Acórdãos de Plenário: (i) nº2.252/2018, da relatoria do Min. Bruno Dantas, julgado em 26/09/2018; (ii) nº1.092/2010, relatoria do Min. Aroldo Cedraz, julgado em 19/05/ 2010. Ou seja, fomos incorporando no país esta cultura positiva de ampliar as possibilidades de responsabilização protetiva do interesse público. A doutrina do Direito Administrativo já tratava destes aspectos também, conforme faz ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: RT, 2014, p.1085.

É preciso reconhecer, por outra via, que a Lei nº13.874, de 20 de setembro de 2019, denominada Lei da Liberdade Econômica (LLE), buscou reforçar a autonomia patrimonial das sociedades empresárias e diluir incertezas jurídicas quanto à transferência dos riscos financeiros da atividade econômica para o ente abstrato, nomeadamente (i) inserindo no CCB o art.49-A (art.7º, da LLE), a fim de dar destaque à separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios, associados, instituidores ou administradores; (ii) detalhando o disposto no art.50, do CCB, de modo a melhor circunscrever o cabimento da desconsideração.¹⁹

Neste sentido, valem as observações de Rodrigo Leonardo e Otávio Luiz Rodrigues Júnior:

Em primeiro momento, verifica-se, sob a ótica da doutrina, que, na prática social, a pessoa jurídica em determinadas situações é utilizada para fins contrários ao ordenamento jurídico. Em seguida, formula-se a tese da desconsideração da pessoa jurídica para aplicação aos casos de fratura entre a real atuação das entidades e as finalidades admitidas pela ordem jurídica.

A tese doutrinária ganha espaço na jurisprudência, sob a compreensão de que a excepcional limitação da segregação de responsabilidade patrimonial ocorreria mediante interpelação judicial fundamentada na figura do abuso de direito (...).

Desse segundo momento, chega-se a um terceiro, quando da teoria passa-se ao direito legislado, com inúmeras hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, algumas delas independentes do exercício disfuncional do instituto (...). A utilização da desconsideração da personalidade jurídica começa a deixar de ser uma medida excepcional e inicia sua marcha para ser utilizada também para casos de mera insolvência ou de malogro da atividade econômica.

19. *Art.50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.*

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Em uma quarta fase, em larga medida a partir dos excessos que o direito legislado e a jurisprudência encaminharam a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, verifica-se um esforço para limitar as hipóteses de desconsideração, mediante instrumentos de hermenêutica integrativa. Observa-se aqui a retomada da ideia de abuso de direito como pressuposto à aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, retornando-se a ideia de descompasso funcional.

(...)

É nesse sentido que a Lei 13.874/19 representa o mais recente capítulo nesse movimento, que procura ressaltar o caráter excepcional da medida de desconsideração da personalidade jurídica e, ao mesmo tempo, (...) põe-se ênfase na separação patrimonial e na responsabilidade limitada como uma sanção positiva ao empreendedorismo.²⁰

Em termos jurisprudenciais temos decisão paradigmática, ao menos em termos de abordagem tópica sobre o tema, no Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 2013, oportunidade em que foram assentadas várias diretrizes hermenêuticas importantes, a saber²¹:

-
20. LEONARDO, Rodrigo X. e RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica – Alteração do Art. 50 do Código Civil: Art. 7º*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p.274. Ver também o texto de CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Uma questão que se coloca a partir da LLE é se o mero prejuízo ao erário autoriza, ou não, a aplicação direta e imediata da teoria da desconsideração da personalidade jurídica? Ou se faz necessária, também, a presença do abuso da personalidade, caracterizado ou pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme inteligência do art.50, do Código Civil? Entendemos que se faz necessária a constatação de que houve abuso da personalidade, pois este é o mote da *disregard*.
21. Estamos falando do Medida Liminar em Mandado de Segurança nº32.494 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 11/11/2013, publicado em processo eletrônico DJe-224, 12/11/2013, em 13/11/2013, no qual houve pronunciamento liminar para proibir o Tribunal de Contas da União em levar a efeito a desconsideração da personalidade jurídica em caso envolvendo irregularidades licitatórias, sob o argumento de que: *Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, in espécie, a pretendida tutela cautelar, seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “disregard doctrine”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade. Grifos nossos.*

1. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso indevido da pessoa jurídica, levada a efeito mediante a utilização de corporação contrária a sua função social e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, afastando, assim, a autonomia patrimonial para chegar à responsabilização dos sócios, e/ou para coibir os efeitos de fraude ou ilicitude comprovada, assim como o abuso de direito, sendo possível estender os seus efeitos a outras empresas – inclusive aos sócios ocultos²² -, para os fins de responsabilizar quem coloca sua entidade em nome de terceiro, ou para alcançar empresas do mesmo grupo econômico -, diante das circunstâncias e provas do caso concreto específico;

2. É viável a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica - e a extensão de seus efeitos - para afastar a possibilidade de empresa que tenha sido suspensa ou impedida de participar de licitação, ou contratar com a Administração Pública, ou ainda, declarada inidônea, possa ter seus sócios integrando, direta ou indiretamente, outra pessoa jurídica que participe de licitação com o Poder Público;

3. Apoiando-se na doutrina dos poderes implícitos, o STF reconhece que os Tribunais de Contas dispõem dos meios necessários à plena concretização de suas atribuições constitucionais, ainda que não referidos, explicitamente, no texto da Lei Fundamental, para aplicar a *disregard doctrine*, enquanto justamente medida necessária ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República;²³

22. Estamos falando, pois, da teoria expansiva da desconsideração da personalidade jurídica, que pretende alcançar a responsabilidade de laranjas, testas de ferro, que simulam titularidades de papéis que, na verdade, servem para esconder os efetivos *dominus* do fato, ato ou negócio jurídico entabulado. Para aprofundamento do tema ver o trabalho de GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.132 e seguintes, e a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº598586196, Relator Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, julgado em 15.06.1999, na qual se reconheceu que os determinados indivíduos eram sócios ocultos da empresa executada, vez que esta se caracterizava como empresa familiar, na qual toda entidade familiar detinha vantagens com a atividade produtiva de determinada empresa erateira.

23. Ainda refere o julgado no ponto que: *É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração (“disregard doctrine”), por parte do Tribunal de Contas da União, encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa um dos vetores que devem conformar e orientar a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, “caput”), em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito*. Esta posição do STF é antiga, basta vermos as decisões: (i) ADI no 4414, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2012, Processo Eletrônico DJe- 114, divulg 14.06.2013, public 17.06.2013; (ii) RE no 603583, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26.10.2011, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-102, divulg 24.05.2012, public 25.05.2012.

4. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos, até porque o instituto pertence, em verdade, a teoria geral do direito, com aplicação irrestrita a todos os ramos do direito²⁴;

5. A desconsideração da personalidade jurídica permite ao Estado, em caso específico e justificado, afastar a personalidade jurídica de determinada entidade, para os fins de neutralizar a ocorrência de confusão patrimonial, de desvio de finalidade, de práticas abusivas e desleais, ou de cometimento de atos ilícitos, além de prevenir ofensa ao postulado da moralidade e de resguardar a incolumidade do erário²⁵;

6. A desconsideração da personalidade jurídica não implica extinção da personalidade civil nem afeta a liberdade de iniciativa, pois as sociedades personificadas (simples ou empresárias) preservam tanto a sua autonomia jurídico-institucional, quanto a sua autonomia patrimonial em relação a terceiros.²⁶

Mais recentemente, o Ministro Ricardo Lewandowski teve oportunidade de sustentar que:

Tal como esta Suprema Corte tem decidido pela possibilidade do deferimento de cautelares no sentido da indisponibilidade de bens, inclusive de particulares, nada obsta, que as cortes de contas também procedam, in limine, à desconsideração liminar da personalidade jurídica dos entes que alegadamente tenham malversado dinheiro público, embora ainda sejam escassos os precedentes neste sentido..... Nesse linha de raciocínio, observo que não haveria razão para que a teoria da desconsideração da personalidade também não fosse aplicada ao Direito

-
24. No ponto ver o argumento de MORAES, Flávia Albertin de. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 252, set./dez. 2009, p. 45-65.
25. Registra o Relator que: *Destarte, o simples fato de não haver norma específica autorizando a desconsideração da personalidade jurídica não pode impor à Administração que permita atos que afrontem a moralidade administrativa e os interesses públicos envolvidos.(...). Daí porque aplica-se, com uma maior flexibilidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa..... O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle externo de todos os atos, quer os emanados do Poder Público, quer aqueles praticados por particulares que venham a colaborar com o Estado na condição de licitantes ou contratados e que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.*
26. REsp 279.273/SP, Rel. p/ o acórdão. Min. Nancy Andrighi. E a doutrina de COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 37, refere expressamente que: *A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, é necessário deixar bem claro esse aspecto, não é uma teoria contra a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito ao contrário, ela visa preservar o instituto, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade de o desvirtuamento vir a comprometé-lo. Isto é, a inexistência de um critério de orientação a partir do qual os julgadores pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados através da autonomia patrimonial, poderia eventualmente redundar no questionamento do próprio instituto, e não do seu uso indevido.*

Administrativo. Isso porque, para o já mencionado Carvalho Filho, “a busca da verdade real tem conduzido os estudiosos modernos a admitir, no processo administrativo, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (‘disregard of legal entity’), de modo a atribuir-se responsabilidade às pessoas físicas que se valem da pessoa jurídica como escudo para o cometimento de fraudes, desvios e outros ilícitos”.²⁷

Também o STJ, no RMS 15.166/BA, de relatoria do Ministro Castro Meira, julgado por sua Segunda Turma, em 07/08/2003, entendeu que: *a Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular*.²⁸

É da jurisprudência que decorre outro debate importante que se incorpora à *disregard*, que é o da desconsideração inversa da personalidade jurídica – anteriormente referido, a qual vem bem demarcada pelo julgado REsp. nº948.117-MS, do STJ, nos seguintes termos:

*A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria disregard doctrine, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores.*²⁹

-
27. Autos dos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº36.650 – DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/06/2021. Disse ainda o Relator que: *Foram apresentados argumentos sólidos sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Administrativo, mencionando-se doutrina, decisões desta Corte e o art.14, da Lei 12.846/2013. Consignou-se, também, o caráter cautelar da medida adotada pelo TCU e asseverou-se que o contraditório será exercido em procedimento específico e no tempo oportuno, não havendo nisso qualquer ofensa aos princípios apontados como violados no mandado de segurança*. Assim, rejeitos os Embargos interpostos, mantendo a desconsideração da personalidade jurídica levada a efeito pelo Tribunal de Contas da União.
28. RMS nº15.166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003. Aprofundando mais a análise da matéria, o STJ igualmente decidiu, em outro julgado, que para a desconsideração da pessoa jurídica nos termos do art.50, do CCB, são necessários: (i) o requisito objetivo – insuficiência patrimonial da devedora, (ii) e o requisito subjetivo – desvio de finalidade ou confusão patrimonial. In BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n.1.141.447/SP. Relator Min. Sidinei Beneti. Publicado no DJ de 08.02.2011.
29. REsp. nº948-117-MS, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/06/2010. Grifos nossos. Na mesma direção os julgados: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004; REsp 970.635-SP, DJe 1º/12/2009, e REsp 693.235-MT, DJe 30/11/2009. Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, há bastante tempo, tem aplicado a desconsideração da personalidade jurídica, determinando, por exemplo, o alcance de bens particulares do fundador e representante legal da fundação, conforme julgado da Décima Quinta Câmara Cível, no Agravo de Instrumento nº70009702655, Relator Des. Angelo Maraninch Giannakos,

A doutrina tem se preocupado em demarcar de modo mais claro algumas premissas que precisam ser atendidas para que a desconsideração da personalidade jurídica ocorra no âmbito administrativo – como quer instituir a Lei Anticorrupção -, a saber, nas situações evidenciadas de: (i) investigação do desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, observando-se sempre o devido processo legal; (ii) investigação de fraude ou de abuso de direito por parte da pessoa jurídica envolvida com a Administração Pública; (iii) motivação substancial das razões de justificação e fundamentação da necessidade e proporcionalidade da medida.³⁰

Ou seja, este instituto já está incorporado no sistema normativo brasileiro, cumprindo, agora, avaliarmos as possibilidades de ele ser operado diretamente pela Administração Pública em sede de processo administrativo envolvendo a aplicação da Lei Anticorrupção, o que passamos a fazer.

II O USO ADMINISTRATIVO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A *disregard* aplicada para fins de enfrentamento da corrupção na Lei Anticorrupção está prevista em dois de seus dispositivos que reclamam compreensão integrada: (i) no art.5º, III, ao dispor que constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único, do art.1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, dentre os quais, o de comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários

julgado em 15.12.2004, assim como no Agravo de Instrumento nº70020155255, Relator Des. Ergio Roque Menine, julgado em 21.06.2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 23/08/2021.

30. Ver o texto de MORAES, Flávia Albertin de. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo*. Op. Cit. Já para COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Op.cit., p. 35, a teoria da *disregard* nominada de maior – adotada pelo art.50, do CCB -, entende que o afastamento da autonomia patrimonial ocorreria em casos de fraude ou uso abusivo da pessoa jurídica, enquanto que à teoria menor seria possível o atingimento de bens dos sócios pelo mero inadimplemento de dívidas da sociedade. Para a teoria maior, haveria, então, quatro princípios básicos a serem levados em conta na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a) o princípio da separação entre pessoa jurídica e sócio pode ser desconsiderado para impedir a realização de ilícito; b) não basta o mero inadimplemento de um crédito pela pessoa jurídica para que ela seja desconsiderada; c) deve-se levar em conta as normas sobre capacidade ou valor humano em relação à pessoa jurídica se essas normas não contradizerem sua função; e d) a autonomia da pessoa jurídica deve ser desconsiderada quando ela é utilizada para afastar uma disciplina legal a um de seus membros.

dos atos praticados; (ii) no art.14, dispondo que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

E por que é imperioso termos estes dois dispositivos presentes no estudo da *disregard* regulada pela norma? Porque utilizar interposta pessoa jurídica para atentar contra o patrimônio público, princípios da Administração Pública e contra os compromissos internacionais assumidos pelo país já constitui ato lesivo a ser evitado e reparado, podendo ser a desconsideração da personalidade jurídica ferramenta adequada para tal mister. Ou seja, sempre que houver elementos indiciários relevantes da situação fática indicadora daqueles riscos é possível o manejo do instituto sob comento para o esclarecimento do ocorrido, ensejando medidas preventivas e curativas adequadas a serem tomadas.

E talvez um dos grandes tópicos que exalta debates sobre a possibilidade da Administração Pública levar a cabo de modo direto tal agir, e em face de suas competências reconhecida pela Lei Anticorrupção, independentemente de autorização judicial, é a premissa da reserva da jurisdição neste particular³¹, tomando-a como imprescindível para os efeitos de tal reconhecimento em face dos direitos e garantias fundamentais que restariam, em tese, atingidos por ele.

No bojo deste problema está o conceito que se adota sobre as competências constitucionais e infraconstitucionais da Administração Pública no país, e não somente as do Poder Judiciário! E neste sentido, sustentamos estar também os Poderes Executivo e Legislativo empoderados de funções e tarefas públicas incondicionadas e indisponíveis, todas de cariz constitucional explícita e implicitamente demarcadas, para cumprir com seus misteres, perseguir metas, objetivos e finalidades igualmente predispostas de forma vinculante pelas escolhas públicas veiculadas no Texto Político de 1988.³²

Por tais razões a Lei Anticorrupção constitui, em nossa perspectiva, microsistema de comunicação voltado a gestão pública e com o escopo de informar/guiar a todos naquilo que estão obrigados para com a Comunidade a que pertencem (em termos de direitos e deveres), pelo fato de que justamente acordaram isto, integrando-se a outros sistemas

31. De certa forma induzido este argumento pelo estabelecido no art.50, do CCB, e no art.28, do CDC.

32. Ampliamos esta reflexão em nosso LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

normativos (constitucional e infraconstitucional), políticos/econômicos, todos ancorados/legitimados pela premissa do contrato social soberano e instituinte do Estado e da Sociedade³³, e por conta disto é substantivo e procedimental, ou seja, exige mecanismos claros e públicos de efetivação dos seus comandos e enunciados que demarcam as possibilidades civilizatórias das relações intersubjetivas e interinstitucionais, só assim viabilizando, a todo tempo, níveis de controles/monitoramentos (controle interno e externo).³⁴

Partilhando novamente de algumas reflexões da Teoria dos Sistemas, entendemos que não é suficiente que os sistemas jurídicos sejam *considerados* tão somente pelos poderes públicos, privados e pela Comunidade, mas devem ser respeitados de fato e no dia a dia das vidas das pessoas, condição necessária à vigência real dos plexos normativos vinculantes.³⁵ Neste sentido, a Lei Anticorrupção (e todas as demais), enquanto veículo de comunicação obrigacional, a partir de processos cognitivos e compreensivos por parte dos cidadãos e dos próprios dos agentes públicos, deve contar com obediência fática, pois, sem isto, a concretização e funcionalidade destas normas entram em erosão progressiva, convertendo-se em promessas vazias de configuração social identitária; e mais, oportunizam a depredação dos bens e interesses públicos indisponíveis.

Daí que as normas a serem observadas por todos precisam ser ratificadas contrafaticamente! E como se dá isto? Através da responsabilização por suas violações, pois elas vigem no nível social não somente quando são observadas, mas também quando não o são, provocando – pela via da sanção - a reação confirmatória do comando normativo aprovado comunitariamente. A sanção, então, é o último elemento sobre o qual, em definitivo, se apoia a estabilidade e solidariedade do sistema/ordenamento jurídico (inclusive o veiculado pela Lei sob comento), graças ao qual se pretende garantir a segurança das expectativas individuais, institucionais e sociais constituídas. Sua ausência faria com que os preceitos jurídicos ativos

33. Ver no ponto o conceito luhmanniano de acordo enquanto contingência, no texto LUHMANN, Niklas. *La moral de la Sociedad*. Madrid: Trotta, 2013, p.321 e seguintes.

34. Importa lembrar que para Luhmann, ao contrário do que aconteceria com as leis da natureza, as regras sociais precisam de mecanismo que garanta sua validade caso venham a ser desrespeitadas. Dito com um exemplo, ainda que certo indivíduo tenha a expectativa de não ser lesado em seu direito de não ser agredido, existe sempre a possibilidade de ocorrência de um fato que vá contra tal expectativa, frustrando-a, por exemplo, quando se comete uma lesão corporal. Diante disso, a tarefa do Direito seria a de garantir que tal expectativa se mantenha como legítima, sem que se adapte (ou seja, sem que seja tomada, por seu detentor e por toda a Sociedade, como uma expectativa equivocada). Ver o texto de LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de la Sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

35. LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1995. No plano dogmático tratamos destes temas no livro LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

existissem somente como cartas de intenções, o que seria contraditório em face de gerar profunda instabilidade na orientação da Sociedade como um todo.³⁶

Por outro lado, até em face da localização topográfica do referido art.14 (capítulo IV, da Lei Anticorrupção, que versa sobre o processo administrativo de responsabilização por atos ilícitos indicados), é possível chegarmos a conclusão de que o Poder Público pode e deve utilizar, independente de autorização judicial, todas as ferramentas para evitar violação da legalidade e moralidade contra os interesses que tutela e responde através de ferramenta processual/procedimental de apuração de atos perpetrados escondidos sob o manto de pessoas jurídicas. Vai nesta direção o interessante argumento de Lucas Freira sobre as diferenças que precisam ser consideradas no que tange à dicção do art.50, do CCB, e o art.14, da Lei Anticorrupção, nomeadamente em face dos distintos interesses juridicamente tutelados envolvidos em cada situação normatizada:

A realidade fática que a limitação do art. 50 visou a regular é aquela em que estão presentes relações jurídicas pautadas pela horizontalidade, ou seja, em que as partes envolvidas se encontram, juridicamente, em pé de igualdade, não sendo lícito que uma imponha à outra, de próprio punho, a satisfação de uma pretensão ou a submissão a um direito potestativo. Em geral, tais relações se constituem no âmbito do Direito Civil, do Direito Empresarial, do Direito do Consumidor e até mesmo do Direito do Trabalho. Nessas searas, não seria mesmo razoável admitir que os próprios indivíduos desconsiderassem a personalidade jurídica e agissem como se a autonomia patrimonial significasse uma mera noção teórica, sem eficácia normativa.

As relações constituídas entre a Administração Pública e seus administrados, contudo, apresentam configuração assaz distinta. No ponto, cumpre lembrar que o exercício da função administrativa encontra um de seus sustentáculos maiores no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Posto isso, fácil perceber que o relacionamento entre a Administração Pública e seus administrados, longe de se pautar pela horizontalidade típica das relações privadas, funda-se em uma verticalidade explícita, em que aquela impõe a estas decisões jurídicas unilateralmente tomadas.³⁷

36. Sabemos que direitos puramente abstratos são inservíveis se não garantidos por ponderada estrutura de suporte, ou se não reconhecidos como tais pelos outros contratantes – matéria reconhecida pela dogmática jurídica em geral. Ver nosso LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. 2ª edição. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

37. FREIRE, Lucas Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo banco central do Brasil*. In Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Volume 5, nº1, junho/2011. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da

Não há dúvidas, pois, do dever indeclinável da Administração Pública em se valer, se for o caso, do instituto da *disregard* para dar conta dos comandos da Lei Anticorrupção, sob pena de, não o fazendo quando se impõem tal iniciativa, responder o gestor público por omissão passível de punição em diversas esferas (administrativa, cível e penal).

NOTAS CONCLUSIVAS

Ao fim e ao cabo queremos sustentar que a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei Anticorrupção tem função administrativa instrumental de, observados seus requisitos e pressupostos, dar maior efetividade e eficácia à persecução dos responsáveis pelo cometimento de atos, fatos e negócios que busca vedar e punir.

E tudo isto não se dá de qualquer forma, ou pelo exercício subjetivo da vontade de autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas observado o contraditório e a ampla defesa, através da instauração e do julgamento de processo administrativo apurador daquelas responsabilidades, nos termos do art.8º da Lei, valendo-se, repetimos, dos meios necessários à plena concretização destas suas atribuições – constitucionais e infraconstitucionais -, nomeadamente dos poderes implícitos que possui. Esta foi a dicção também do STF: *o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle externo de todos os atos, quer os emanados do Poder Público, quer aqueles praticados por particulares que venham a colaborar com o Estado na condição de licitantes ou contratados e que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.*³⁸

Por outro lado, certo que não cabe a aplicação da *disregard* quando temos situações passíveis de imputação de responsabilidade diretamente às pessoas físicas que constituem ou mesmo atuam junto à pessoa jurídica envolvida nos casos de aplicação da Lei Anticorrupção, o que levará a caracterização da responsabilidade subjetiva, também a ser apurada pelo devido processo administrativo e/ou judicial.

Procuradoria-Geral do Banco Central, 2011, pp.118/119. No mesmo sentido ver o texto de FÁRIAS, Luciano Chaves de. *Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa*. In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Brasília, ano XIV, n. 163, p. 778-788, ago. 2007.

38. Autos da Medida Liminar em Mandado de Segurança nº32.494 MC, anteriormente citado. No plano da doutrina, Diogo Neto e Rafael Freitas lembram que: *A Lei no 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) é constitucional, porquanto extrai seu fundamento de validade do sistema constitucional da moralidade administrativa previsto na Constituição (artigos 5º, LXXIII; 14, §9º; e 37, caput). Trata-se de hipótese de eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa que estende seus efeitos aos particulares.* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. In Revista Fórum Administrativo, vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, fev./2014, p.22.

Ganha relevo o processo administrativo a ser instaurado para tal procedimento, fiel obrigatoriamente à legalidade, segurança jurídica, proibição de excesso e assegurado das garantias constitucionais e infraconstitucionais das partes envolvidas.³⁹

E isto em nada conflita com o expresso no art.10, da Lei Anticorrupção, quando prevê que o ente público que apura as responsabilidades que a norma cria, a pedido da comissão processante, poderá requerer medidas judiciais necessárias à investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, já que o dispositivo está a se referir àquelas medidas que dependem de autorização judicial para que sejam tomadas (arresto, sequestro, penhora, quebra de sigilos fiscal, bancário, telefônico, telemático), porque violadoras de direitos e garantias fundamentais que exigem tal providencia; a *disregard* administrativa, por conta de ser medida autônoma em sede de procedimento próprio explicitamente autorizado por lei à autoridade máxima competente do Poder Público envolvido, tem de ser privilegiada.

Em face dos elementos coligidos, resta fácil a conclusão sobre a possibilidade efetiva da Administração Pública, em suas esferas de competências próprias, lançar mão, para fins de apurar irregularidades envolvendo os dispositivos da Lei Anticorrupção, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, e para tanto deverá levar em conta o disciplinado nos art.133 ao art.137, do Código de Processo Civil – CPC (reguladores do procedimento deste instituto), assim como, no que couber, as disposições da Lei federal nº9.784/1999 (que versa sobre o processo administrativo), isto porque, consoante o previsto no art.15, do CPC, *na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

Uma vez aplicada a desconsideração, cumpre destacar que não há limite de responsabilização por quotas de sócios. Todos os envolvidos na conduta são responsabilizados pela dívida existente como um todo.⁴⁰ E há entendimento doutrinário no sentido de que a desconsideração pressupõe requerimento específico em face do sócio ou administrador que cometeu o ato abusivo. Caso não se saiba qual sócio cometeu o ato abusivo, deve ser pedida a desconsideração em face de todos, com a possibilidade de que eles comprovem que não cometeram o ato e que não foram beneficiados.⁴¹

39. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.55 e seguintes. Ver também o texto de MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2008.

40. Assim já decidiu o STJ, no Recurso Especial 1.169.175/DF.

41. Ver o texto de TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Altas, 2012.

BIBLIOGRAFIA

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLOK, Marcella. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*. Revista dos Tribunais. Vol. 59/2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
----. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1989.

CORREA JR., Gilberto Deon e WEIRICH, Gabriela. *A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro*. In Revista do Ministério Público, Porto Alegre, 2009.

COUTO SILVA, Alexandre. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa*. In Revista Fórum Administrativo. Ano 7, n. 80, 2007.

FREIRE, Lucas Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo banco central do Brasil*. In Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Volume 5, nº1, junho/2011. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central, 2011, pp.118/119.

GASPARINI, Diógenes. *Desconsideração Administrativa da Personalidade Jurídica*. In BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (Orgs.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo – Advocacia Pública*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: RT, 2014.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

----. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

LEONARDO, Rodrigo X. e RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica – Alteração do Art. 50 do Código Civil: Art. 7º*. In MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de la Sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

----. *La moral de la Sociedad*. Madrid: Trotta, 2013.

----. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1995.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2008.

MORAES, Flávia Albertin de. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo*. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, set./dez. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. In *Revista Fórum Administrativo*, vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, fev./2014, p.22.

NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às sociedades anônimas*. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 61/2013.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Vol.30. São Paulo: BookSeller, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

----. *Curso de Direito comercial*. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. In *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Ano 8, vol. 30, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Altas, 2012.

WORMSER, I. Maurice. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*. Washington D.C.: Beard Books, 2000.

ÓDIO, SEMELHANÇA E PROXIMIDADE: UMA LEITURA GIRARDIANA

BRUNO HERINGER JÚNIOR

Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), RS. Professor de Direito Penal nos cursos de graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), RS. Procurador de Justiça, RS.

INTRODUÇÃO

O ódio acompanha a história da humanidade, mas manifestações desse afeto parece terem se incrementado na modernidade.

Geralmente se associa o ódio às diferenças e à distância: pessoas com traços sociais ou culturais diversos ou oriundas de espaços geopolíticos remotos seriam aquelas que mais facilmente suscitariam o surgimento desse sentimento humano. O odiado seria o “outro” com quem não temos contato e que não se parece conosco.

Fenômenos como o terrorismo e a guerra parecem referendar esse modo de compreensão do ódio. O inimigo é sempre alguém de fora: o estranho com quem não interagimos e que não compreendemos.

René Girard, contudo, oferece outra abordagem. Partindo do postulado da natureza mimética dos desejos humanos, ele sustenta que o que realmente promove o ódio é aquilo que ele denomina “mediação interna”, a intensificação das rivalidades devido à proximidade e à semelhança dos sujeitos e seus modelos. Pessoas e grupos que progressivamente vão se parecendo cada vez mais, devido à emulação do comportamento recíproco, são os que acabam se envolvendo em disputas acompanhadas de forte aversão.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, verificar a consistência dessa abordagem relativamente aos crimes de ódio. Para tanto, o artigo será subdividido em três breves capítulos: no primeiro, tratar-se-á da fenomenologia do ódio e do incremento de sua percepção social na modernidade; na segunda, apresentar-se-ão as principais concepções de René Girard pertinentes ao tema; no terceiro, por fim, testar-se-á a teoria

girardiana com o escopo de verificar seu rendimento para a compreensão do fenômeno dos chamados *bate crimes*.

1 O ÓDIO E SUA PERCEPÇÃO SOCIAL

Muito do ódio que impregna as relações sociais advém de aversões de caráter identitário.

A identidade pressupõe a diferença, muitas vezes se estabelecendo uma oposição entre nós e eles. Daí o seu potencial conflitivo. Como aponta Huntington, “nós só sabemos quem somos quando sabemos quem não somos e, muitas vezes, quando sabemos contra quem estamos” (HUNTINGTON, 2010, p. 23).

Essa distinção relativamente aos outros não constitui, porém, um fenômeno recente, sendo antes um traço de todo agrupamento humano. O que a modernidade nos apresenta, diversamente, é uma dificuldade ainda maior no processo de construção das identidades individuais (HALL, 2001, p. 12/13).

As sociedades tradicionais (pré-modernas) eram estratificadas, hierarquizadas e coesas, organizadas com base em valores sedimentados e normas rígidas, geralmente chancelados por crenças religiosas arraigadas. O passado era a referência para o comportamento humano. Aquilo que sempre se fez ou o modo como sempre se viveu eram os parâmetros de correção das posturas. O espaço da inovação era exíguo.

Nesse tipo de ambiente, as pessoas construíam suas identidades de uma maneira mais espontânea, com poucos questionamentos e reduzida angústia, o que não significa que inexistissem casos excepcionais de inadaptação ou rebeldia. As alternativas de comportamento eram mínimas, e a pressão social pelo conformismo, intensa. Todos conheciam o seu lugar no mundo social, a partir do que moldavam suas expectativas.

Por mais opressivas que fossem, essas estruturas sociais confinavam os conflitos nos grupos de pares, reduzindo, assim, o potencial desagregador das rivalidades. Os litígios, com as aversões que os acompanham, circunscreviam-se aos iguais, preservando a sociedade da irradiação generalizada das disputas.

A queda do antigo regime e o alçamento da burguesia ao cenário político, porém, fizeram com que os mecanismos tradicionais de contenção da violência social sofressem uma fissura profunda, dinamizando a emulação e levando a crises cada vez mais frequentes. E, a partir do século passado, a progressiva democratização da sociedade fez com que praticamente todos os membros da sociedade passassem a protagonizar as disputas por bens sociais não compartilháveis.

Esse processo como que escancarou as comportas das rivalidades, tornando a inconformidade e a insatisfação o traço social dominante. Não havendo mais a contenção das disputas dentro de grupos específicos, a sociedade mais ampla transformou-se em um inesgotável campo de batalha, não mais passível de estabilização alguma. Os mediadores sucedem-se e alternam-se sem cessar, os desejos afloram vertiginosamente, a mais ínfima vantagem torna-se insuportável. Os modelos constituem-se em obstáculos, o que estimula ainda mais as rivalidades e, por fim, fomentam uma violência, real ou simbólica, que tende a escalar para os extremos.

Desde ao menos o Século 19, a literatura vem captando esse fenômeno. Autores como Balzac⁴² foram observadores atentos da vaidade, do orgulho, da inveja, do ressentimento e do ódio que emergiram da interação mais próxima entre nobreza e burguesia e, após, de toda a população indistintamente.

Sem embargo disso, a percepção social do ódio como motivo de confrontos individuais ou sociais parece somente ter assomado no final do Século 20. Com efeito, a expressão *hate crimes* foi cunhada nos Estados Unidos apenas na década de 1980. Apesar de o ódio poder ser considerado onipresente na história desse País, a denominação do fenômeno deveu-se a um incidente ocorrido em Howard Beach, na Cidade de New York, ocasião em que um homem negro foi morto ao tentar escapar de uma turba de jovens que gritava *slogans* racistas (LEVIN & MCDEVITT, 2008, p. 915/922).⁴³

Desde então, passou-se a entender os crimes de ódio como sendo atos delitivos motivados, ao menos em parte, pela afiliação de grupo da vítima (GERSTENFELD, 2013, p. 11).

Esse modo de observar o fenômeno enfatiza as diferenças e a distância entre agressores e agredidos. Geralmente, o alvo dos ataques são pessoas vulneráveis, integrantes de grupos minoritários ou marginalizados: imigrantes, moradores de rua, homossexuais, mulheres, entre outros. Dada a ênfase cada vez mais acentuada em traços culturais, contudo, fatores étnicos, raciais e religiosos passaram a ser destacados e associados diretamente a essa modalidade de delinquência.

Nessa abordagem, entretanto, algo resta oculto. Inadvertidamente se insinua que a semelhança e a proximidade seriam suficientes para estancar as aversões. Mais que isso, parece ignorar um aspecto que talvez seja

42. Obras como “Illusions perdues”, “Le père Goriot” e “Eugénie Grandet”, entre outras, ilustram o afirmado.

43. Apesar disso, a popularização política e jurídica do termo decorreu de projeto de lei apresentado em 1985 na *US House of Representatives* impondo ao governo federal a coleta de dados estatísticos acerca dos crimes de ódio (ALTSCHILLER, 2015, p. 5).

exatamente aquilo que se chama de natureza humana: o caráter mimético do desejo e seu potencial conflitivo.

E, nesse tema, somente René Girard nos fornece as coordenadas adequadas.

2 DESEJO MIMÉTICO, RIVALIDADE E ÓDIO

A modernidade nos legou a ideia do indivíduo autônomo e onipotente, com base na qual passamos a construir nossos modelos de compreensão da realidade social.

René Girard, porém, promove uma crítica devastadora desse postulado. Para ele algo como o indivíduo talvez não exista⁴⁴. O que somos e o que queremos não são fruto de escolhas independentes, mas de sugestões de modelos, próximos ou distantes, que moldam nossas vidas. Estamos, assim, constantemente imitando outras pessoas⁴⁵.

O papel exercido pelo modelo pode ser mais ou menos intenso e desagregador, dependendo da distância ou proximidade em que ele se situa relativamente a quem o imita. Girard diferencia, assim, duas formas de mediação: na mediação externa, o modelo encontra-se suficientemente distante para que o desejo suscitado por ele não gere concorrência; na mediação interna, ao contrário, os sujeitos encontram-se suficientemente próximos um do outro para que o objeto desejado engendre disputas entre os concorrentes. Em outras palavras, se sujeito e mediador estiverem em domínios relacionais diferentes, a emulação termina por ser positiva; caso contrário, pode engendrar disputas e conduzir até à violência, já que a imitação que ocorre no mesmo domínio relacional (proximidade física e psicológica) tende a tornar-se recíproca, com sujeito e modelo retroalimentando o conflito, especialmente diante de bens sociais não compartilháveis (GIRARD, 2011a, p. 79/81).

Para Girard, portanto, o homem é um animal desejanter. O desejo, porém, diferentemente dos instintos e das necessidades básicas da vida biológica (fome, sede, sono etc.), não se volta para objetos específicos⁴⁶. Em verdade, o ser humano não sabe o que desejar (GIRARD, 1990, p. 184). Por isso, as coisas desejáveis são suscitadas socialmente, a partir daquilo que os mediadores indicam.

44. Inclusive, a psicologia por ele sugerida foi designada como sendo “interdividual” (GIRARD, 2008, p. 331/485).

45. Girard, mais propriamente, não diz que não pode haver um eu autônomo, apenas que as possibilidades disso “quase sempre ficam encobertas pelo desejo mimético e por um falso individualismo” (GIRARD, 2011b, p. 48).

46. Segundo Girard (2001a, p.81), a “mobilidade” dos desejos, contrariamente à “fixidez” dos instintos e dos apetites, advém de seu caráter imitativo.

O desejo humano, segundo essa perspectiva, teria um caráter mimético⁴⁷. Não apenas a mimese de representação, como já observada por Platão, mas também a de apropriação constituiriam um traço humano específico (GIRARD, 2008, p. 27/30). O que ter ou possuir seria, assim, apontado pelos modelos existentes. No final, as inclinações, os interesses e as aspirações de cada um resultariam de um amálgama de influências externas, que geralmente agiriam de maneira inconsciente⁴⁸.

Com essa conformação, o desejo apresenta um potencial disruptivo incomparável, constituindo-se no fator catalisador por excelência dos conflitos humanos. Como muitos dos objetos desejados não são compartilháveis (terras, títulos, parceiros sexuais etc.), não é incomum que suscite rivalidades e ódios, os quais naturalmente escalam para a violência. E isso porque, segundo Girard (2009, p. 109), “o desejo segundo o *Outro* é sempre o desejo de ser o *Outro*”. Uma vez que o modelo se transforme em obstáculo à apropriação, o objeto vai evanescendo e o desejo torna-se metafísico, já que o sujeito passa a querer absorver o próprio ser do mediador.

Além de potencialmente desagregador, o desejo mimético é altamente contagioso. Em muitos casos, notadamente na mediação interna, a imitação torna-se recíproca, com modelo e sujeito alternando-se em seus papéis. E, em qualquer ambiente social, operam cadeias de mediação que disseminam rivalidades.

Não apenas as pessoas individualmente, mas também entidades sociais de dimensões as mais diversas (famílias, agremiações profissionais, classes sociais, regiões, nações etc.) sofrem a influência de modelos que lhes insinuem o que desejar, muitas vezes fomentando disputas que conduzem a confrontos mais ou menos destrutivos.

Girard, em sua obra seminal⁴⁹, observa, a partir da análise da obra de grandes escritores da literatura mundial, como o fenômeno da emulação foi-se intensificando na modernidade, esgarçando os vínculos sociais e promovendo crises incessantes e generalizadas.

Em cada um dos gênios romanescos escolhidos, Girard flagra um aspecto do caráter mimético do desejo, constatando uma intensificação da mediação conflitiva à medida que a modernidade vai se configurando. Em Cervantes, escrevendo na passagem do Século 16 para o Século 17, a imitação ainda ocorre de forma pouco nociva. Dom Quixote, o protagonista

47. A tese mimética de Girard viria a ser reforçada trinta anos após seus escritos com a descoberta dos neurônios-espelho pela Neurociência (OUGHOURLIAN, 2010, p. 88/95).

48. Exatamente por isso, mimese não é sinônimo perfeito de imitação, já que esta ocorre de modo consciente (GIRARD, 2011a, p. 134).

49. “Mensonge romantique et vérité romanesque”, de 1961.

de sua obra magna, orienta-se pelo famoso Amadis de Gaula, “um dos mais perfeitos cavaleiros andantes” (GIRARD, 2009, p. 25). Ele não mais escolhe os objetos de seu desejo; é o seu modelo que escolhe por ele. Contudo, Amadis de Gaula é uma personagem fabulosa, razão pela qual a mediação que ele oferece não se torna conflituosa. Saltando para o Século 19, os autores estudados por Girard revelam a paulatina exacerbação e recorrência das disputas decorrentes da emulação social. Em Flaubert, o desejo segundo o outro intensa-se. “Emma Bovary deseja através das heroínas românticas das quais sua imaginação está repleta” (GIRARD, 2009, p. 28). Daí o fenômeno do bovarismo, o qual, apesar de capaz de desestruturar psicologicamente as pessoas tomadas por ele, ainda é relativamente pouco perturbador socialmente. Já em Stendhal, é a vaidade que aparece como a emoção associada ao desejo mimético. “Para que um vaidoso deseje um objeto, basta convencê-lo de que esse objeto já é desejado por um terceiro a quem se agrega um certo prestígio” (GIRARD, 2009, p. 31). Na obra desse autor, o desejo passa a manifestar-se com maior intensidade, uma vez que os agentes se encontram mais próximos, o que fomenta a concorrência e os conflitos. Stendhal aponta para os sentimentos modernos que derivam disso: “a inveja, o ciúme e o ódio impotente” (GIRARD, 2009, p. 38). Mais tarde, em Proust, no início do Século 20, é o esnobismo das personagens que revela a inautenticidade de seus desejos. “O esnobe não ousa confiar em seu juízo pessoal, ele só deseja os objetos desejados por outrem. Eis o motivo pelo qual ele é o escravo da moda” (GIRARD, 2009, p. 47). Nesse escritor, as disputas avançam para círculos mais íntimos das personagens, razão pela qual “os conflitos psicológicos são mais agudos” em sua obra (GIRARD, 2009, p. 49). Por fim, em Dostoiévski - autor à frente de seu tempo -, a rivalidade alcança o núcleo familiar (mediação endogâmica), culminando na metafísica do subterrâneo, que leva as pessoas ao colapso diante da força dissociativa das emoções relacionadas às disputas que emergem da imitação. Em sua obra, o ódio agudiza-se ao extremo, escancarando “o duplo papel de modelo e obstáculo desempenhado pelo mediador” (GIRARD, 2009, p. 64)⁵⁰.

Para Girard, portanto, a modernidade caracteriza-se pela onipresença e exacerbação da mediação interna, razão pela qual as rivalidades e o ódio assomaram como os fenômenos afetivos dominantes, fazendo com que as disputas se generalizassem e se intensificassem, uma vez suprimidos os mecanismos de contenção típicos das sociedades pré-modernas (acentuadas estratificação e hierarquia, fortes vínculos comunitários, balizamento normativo rígido, fundamento religioso da ordem social etc.).

50. Mais tarde, Girard dedicaria ainda um livro específico para outro gênio da literatura, Shakespeare (GIRARD, 2010).

E -pode-se acrescentar -, atualmente, com o processo de encurtamento de distâncias e de visibilização de comportamentos promovido pelos novos meios de comunicação e transporte e pelas redes sociais, a mimese conflitiva estaria atingindo níveis paroxísticos.

Resta saber se esse arcabouço teórico é capaz de lançar uma nova luz sobre os chamados crimes de ódio.

3 SEMELHANÇA, PROXIMIDADE E ÓDIO

Como se referiu no início, geralmente se vincula o ódio e suas manifestações agressivas às diferenças e à distância. Nessa perspectiva, pessoas e grupos sociais com características singulares ou oriundos de espaços geopolíticos diversos suscitariam sentimentos de estranhamento e, com isso, sugeririam a periclitção de formas consagradas de visões de mundo, normas e valores, do que resultariam o ódio e a violência a ele associada.

Apesar de as diferenças e a distância, realmente, exercerem alguma influência na propulsão de aversões e agressões, parece que ambos os fatores são, por si sós, insuficientes para tanto. É necessário um evento catalisador diverso para que o ódio e a violência se manifestem.

Em relação às pessoas ou aos grupos sociais dessemelhantes ou forasteiros, geralmente se adota uma atitude de curiosidade ou de descaso, de superioridade, de paridade ou de inferioridade, de simpatia ou de antipatia, de admiração ou de desprezo. Dificilmente é o ódio o sentimento que aflora relativamente ao diferente e ao distante.

Na verdade, é somente quando o distante se aproxima ou o diferente se assemelha que as rivalidades aparecem e, com elas, o ódio correspondente.

Conforme pontua Girard (2011a, p. 253):

O erro é sempre raciocinar usando categorias de “diferença” quando a raiz de todos os conflitos é na verdade a “competição”, a rivalidade mimética entre pessoas, países, culturas. A competição é o desejo de imitar o outro com o propósito de obter a mesma coisa que ele possui, usando a violência se for preciso.

O ódio somente acontece quando se ingressa na relação conflituosa da mediação interna, ou seja, quando os sujeitos passam a disputar objetos não compartilháveis, tornando-se obstáculos uns aos outros. Nas palavras de Girard, “apenas o ser que nos impede de satisfazer um desejo que ele próprio nos despertou é verdadeiramente objeto de ódio” (GIRARD, 2009, p. 34).

Alguns autores, nesse sentido, destacam o papel central do ressentimento nas manifestações de ódio (LEVIN & MCDEVITT, 2002, p. 49/113). Em momentos de competição extremada por *status*, acesso à universidade e emprego, é comum que se busquem bodes expiatórios para os problemas pessoais enfrentados. Assim, os judeus passam a ser insultados por uma suposta titularidade de riquezas injustificadas; os asiáticos são perseguidos pelo seu sucesso nas universidades; os imigrantes recém-chegados são atacados por representarem uma ameaça no mercado de trabalho.

Os casos paradigmáticos poderiam ser reproduzidos ao infinito. Parece, porém, que o ódio racial aos negros é o mais emblemático de todos. Para ilustrar, tomar-se-á o fenômeno dos linchamentos raciais ocorridos nos Estados Unidos a partir da segunda metade do Século 19.

A Guerra Civil opôs o norte estadunidense, mais industrializado, ao sul, caracterizado pelo regime de *plantation* impulsionado pelo trabalho forçado. A situação dos escravos negros já era terrível, tendo-se notícia de constantes castigos físicos e assassinatos brutais. Contudo, o sentimento dominante dos senhores relativamente a seus escravos era de superioridade e de descaso com a condição humana de seus trabalhadores. A violência era um meio de manter uma ordem política naturalizada e de compelir os recalcitrantes à produtividade. Dificilmente se poderia apontar o ódio como a emoção que orientava as relações sociais dominantes à época.

É com o fim do confronto bélico e com a tentativa de reconstrução do País que o ódio irrompe, promovendo cenas hediondas de linchamentos de integrantes da população negra, inclusive com a criação de uma organização voltada à perseguição dessa minoria (a Ku Klux Klan). Berg (2011, p. 88) anota:

During the decades between the end of Reconstruction and the 1920s, “spectacle lynchings” before large crowds, often involving drawn out torture, mutilation, burning, and the dismemberment of the victim’s body, occurred regularly in the New South.

Além da extrema crueldade dos atos perpetrados, a revelar o ódio que os empolgava, o número de ocorrências também cresceu exponencialmente, havendo quem estime que, no curto período de 1868 a 1871, por exemplo, somente a Ku Klux Klan teria matado mais de vinte mil pessoas livres, a maioria delas negras (BERG, 2011, p. 84).

Essa mudança de comportamento deveu-se à presença de um novo fator a interferir nas relações sociais entre a população branca e os recém-libertos. O incremento do número de agressões e homicídios e a crueldade dos atos praticados decorreram não tanto da diferença racial ou da relativa distância social ainda existente, mas da proximidade e da semelhança

advindas do novo *status* dos ex-escravos. Livres, alguns deles conseguiram adquirir terras ou trabalho assalariado, bem como ter acesso à educação. Inseridos no mesmo domínio relacional que os brancos, ao menos perante a lei, o ressentimento contra os negros emergiu, acompanhado de intensa aversão, insuportável diante da sua suposta inferioridade e subordinação anterior, conduzindo a atentados violentos diante de ínfimas conquistas sociais que alguns dos integrantes negros alcançavam. Por trás de reações tão nefandas, estava o receio de perda de posição social diante da competição que se instaurava, principalmente para os brancos mais pobres, com o contingente negro libertado. São esses componentes da mediação interna que provocaram o assomo do ódio e da violência extremista nos anos pós-Guerra de Secessão.

Berg (2011, p. 78) destaca essa circunstância:

Much of the mob violence during Reconstruction was specifically directed against symbols of black upward mobility. Newly established black schools were burned down throughout the South, and freedmen who had acquired land were driven from their farms.

Mais reveladora ainda é a imagem do negro como um predador sexual (BERG, 2011, p. 94):

It is difficult to exaggerate the pervasiveness of the “Negro-as-savage-rapist” theme in debates over lynching in the age of Jim Crow. To be sure, these notions of uncontrollable black male sexuality and the need to preserve the “purity of the white race” were not new. In the late nineteenth century, however, black-on-white rape became an obsession.

É evidente, aqui, o receio invejoso da alardeada potência sexual do homem negro, o qual, agora livre, se apresentaria em posição de paridade com os brancos nas disputas sexuais. Não é de estranhar, portanto, que muitas das justificativas apontadas para os linchamentos tenham sido acusações falsas de estupro.

Nessa linha, observa Wiegman (1993, p. 458):

The loss of one patriarchal organization of social life - that of slavery - and its replacement by the seeming egalitarianism of a male-dominated black family, then, has the effect of broadening the competitive dimensions of interracial masculine relations, especially as the black male’s new property governance of black women threatens to extend to women of the dominant group as well.

Em síntese, o ódio contra a população negra, o qual levou às recorrentes atrocidades da época da *Reconstruction* e das décadas subsequentes, ainda hoje assolando a sociedade estadunidense, embora com menor intensidade, é consequência do ingresso dos ex-escravos no mesmo domínio relacional

dos demais cidadãos, suscitando rivalidades que foram potencializadas por uma percepção de preeminência e imunidade dos agressores brancos, naturalizada pela ordem cultural que ruía.

Parece, assim, que a hipótese girardiana se confirma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais que as diferenças e a distância, é a semelhança e a proximidade que gestam o ódio e alavancam comportamentos violentos.

Segundo René Girard, os conflitos humanos decorrem basicamente da mediação interna, a situação social em que sujeito e mediador se encontram no mesmo domínio relacional, fazendo com que as disputas por bens não compartilháveis se exacerbem. Pessoas e grupos que progressivamente vão se parecendo cada vez mais, devido à emulação do comportamento recíproco, são os que acabam se envolvendo em conflitos acompanhados de acentuada rivalidade.

Essa perspectiva fornece uma nova compreensão para os crimes de ódio. É de supor que a progressiva emancipação de grupos sociais historicamente subalternizados venha acompanhada de reações de animosidade dos estratos sociais dominantes. Nesse aspecto, as diferenças e a distância constituem elementos identitários que permitem a canalização do ódio para grupos específicos, uma vez que a proximidade e a semelhança passem a operar, promovendo a competição acirrada por bens sociais escassos. Em épocas de crises políticas e econômicas, tais disputas tendem a agudizar-se, devido à própria intensificação da mediação interna, característica desses momentos históricos.

Em tal contexto, o ódio potencializa-se ao extremo, e a tendência é a escalada para os extremos e a polarização social, com a gradual formação de relações de espelhamento - chamados de duplos monstruosos por René Girard (1990, p. 206). É nos extremos do espectro social das rivalidades que reside a identidade - a simetria de golpes e contragolpes -, o que se torna visível em momentos disruptivos.

Na realidade, o ódio contra o “outro” escamoteia o ódio contra “si mesmo”: a insuportabilidade de flagrar a artificialidade de um “eu” que se pretende singular e o horror das próprias inclinações violentas.

REFERÊNCIAS

- ALTSCHILLER, Donald (2015). *Hate crimes: A reference handbook*. 3ª ed. Santa Barbara/Denver: ABC-CLIO.
- BERG, Manfred (2011). *Popular justice: A history of lynching in America*. Lanham: Ivan R. Dee Publisher.
- GERSTENFELD, Phyllis B. (2013). *Hate crimes: Causes, controls, and controversies*. 3ª ed. Los Angeles: Sage Publications.
- GIRARD, René (1990). *A violência e o sagrado*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra.
- GIRARD, René (2008). *Coisas ocultas desde a fundação do mundo*. São Paulo: Paz e Terra.
- GIRARD, René (2011a). *Evolução e conversão*. São Paulo: É Realizações.
- GIRARD, René (2009). *Mentira romântica e verdade romanesca*. São Paulo: É Realizações.
- GIRARD, René (2011b). *Quando começaram a acontecer essas coisas: Diálogos com Michel Treguer*. São Paulo: É Realizações.
- GIRARD, René (2010). *Shakespeare: Teatro da inveja*. São Paulo: É Realizações.
- HALL, Stuart (2001). *A identidade cultural na pós-modernidade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: DP&A.
- HUNTINGTON, Samuel P. (2010). *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva.
- LEVIN, Jack; McDEVITT, Jack (2008). "Hate crimes". In: *Encyclopedia of violence, peace & conflict*. 2ª ed. Lester Kurtz (Ed.). San Diego: Academic Press, p. 915-922.
- LEVIN, Jack; McDEVITT, Jack (2002). *Hate crimes revisited: America's war on those who are different. Kindle edition*. Boulder: Westview Press.
- OUGHOURLIAN, Jean-Michel (2010). *The genesis of desire*. East Lansing: Michigan State University Press.
- WIEGMAN, Robyn (1993). "The anatomy of lynching". In: *Journal of the History of Sexuality*, v. 3, n.º 3, Special Issue: African American Culture and Sexuality, p. 445-467.

EFEITOS PENAIIS
DO COMPLIANCE
ANTICORRUPÇÃO:
POSSIBILIDADES E LÍMITES DA
RESPONSABILIDADE PENAL
DO COMPLIANCE OFFICER
EM CASO DE CORRUPÇÃO
EMPRESARIAL

GIOVANNA MENELLI DE OLIVEIRA

Mestre em Direito pela FMP, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público (UCS). Especialista em Direito e Processo Tributário (FMP). Graduada em Direito pela PUCRS. Servidora Pública da PGE-RS.
E-mail: gmenelli@gmail.com.

ANDRÉ MACHADO MAYA

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais (PUCRS) e em Direito do Estado (UniRitter). Especialista em Compliance (Universidade de Coimbra). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Fundados do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da REDE Ibero-americana de advocacia criminal. Advogado. E-mail: andremmaya@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno complexo que afeta questões que vão muito além do mal uso ou desvio de recursos públicos. Afeta também, e principalmente, a confiança da população nas instituições públicas, abalando a democracia e o bom funcionamento de serviços essenciais, como saúde, educação e segurança pública. Em razão disso se verifica uma crescente preocupação estatal com a questão da corrupção e, como consequência, a adoção de medidas de incentivo à prevenção e à repressão de práticas corruptivas nos mais variados setores da sociedade.

Neste cenário, o Direito Penal se apresenta como um dos instrumentos disponíveis para o controle da corrupção. A possibilidade de responsabilização penal por crimes praticados por pessoas físicas e jurídicas – estas em alguns países – surge como um dos motivos pelos quais

empresas passaram a implementar programas de *compliance* com o objetivo de minimizar os riscos que podem advir da sua atividade empresarial. Além de eventual responsabilização criminal, as pessoas jurídicas também buscam com tais programas evitar os danos que podem vir a sofrer em suas imagens, que muitas vezes podem ser mais altos que o da própria condenação criminal.

A implementação dos programas de *compliance*, observada essa finalidade e as demais de consolidação de uma cultura ética no âmbito empresarial, deve atentar a um conjunto de pilares essenciais a sua efetividade, os quais ficam normalmente a cargo de um encarregado de *compliance*, também conhecido como *compliance officer*. Trata-se do responsável pelo desenvolvimento, implementação e fiscalização de programas de integridade, cuja responsabilidade pode ser determinada por lei e, também, pelo próprio contrato de trabalho. O presente artigo tem como objetivo explorar os limites da responsabilidade penal do *compliance officer* em caso de corrupção empresarial, dadas as controvérsias postas no âmbito doutrinário a respeito desse tema.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o artigo inicia com a apresentação de breves aspectos sobre a corrupção, de modo a demonstrar que se trata de um fenômeno complexo que atinge a coletividade como um todo. Em seguida, passa-se a analisar a política anticorrupção no âmbito dos programas de *compliance*. Por fim, a última parte do trabalho é dedicada ao exame dos limites da responsabilidade penal do *compliance officer*, de modo a demonstrar que este não assume a posição de garante, só podendo ser responsabilizado quando a sua omissão tenha sido realizada de forma dolosa, para impedir que o órgão diretivo realizasse as medidas necessárias para evitar a conduta ilícita. Para isso foi realizada uma pesquisa qualitativa e descritiva, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, revistas e sites.

1 BREVES ASPECTOS SOBRE O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

A corrupção não deve ser entendida como conduta isolada, mas um fenômeno complexo e social que atinge a sociedade. Diversas causas podem ser atribuídas a sua ocorrência, sendo reflexo da deterioração do sistema político e jurídico fragilizado.

Segundo Rogério Gesta Leal⁵¹, não se pode mitigar o aspecto imoral da corrupção, de modo a entendê-la como uma simples violação da legalidade. Daí a impossibilidade de compreender o fenômeno da corrupção

51. LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

como outro delito qualquer. Existe certo simbolismo que dela decorre em relação aos custos que causa à democracia, e que estão desassociados das implicações objetivas e financeiras decorrentes da sua prática. Isso quer dizer que a corrupção prejudica questões como os princípios e normas basilares das relações existentes na sociedade e a crença da população nas instituições representativas.

Nesta linha, afigura-se incorreto reduzir a corrupção a seu mero aspecto econômico, visto ser ela também um fenômeno político. A propósito, Avritzer⁵² destaca o aspecto polisêmico do conceito de corrupção, posto que correlacionado com os valores e interesses em questão:

[...] O conceito de corrupção expressa uma polissemia de sentidos e tipos de ação política, cujo critério para se definir se essa ação é corrupta ou não é o da sua ilegitimidade frente aos valores e normas expressos em uma concepção de interesse público. Dessa forma, práticas como clientelismo, patronagem, nepotismo, malversação de recursos públicos, extorsão, concussão, suborno, prevaricação e outras práticas mais podem ter um sentido de corrupção à medida que seja considerada uma ação ilegítima em contraposição ao interesse público.

Sob uma perspectiva política, portanto, a corrupção leva em consideração o aspecto normativo de interesse público. Desta maneira, é possível visualizar a corrupção como um fenômeno que se desenvolve por inúmeras causas, e cujos reflexos atingem a ideia de democracia.

Como fenômeno de alta complexidade, o fenômeno corruptivo compreende, além das figuras típicas envolvendo o oferecimento de vantagens a um funcionário público e o aceite deste para praticar determinado ato em razão de seu cargo, também figuras como abuso ou desvio de poder, nepotismo, apropriação indébita, tráfico de influência, entre outras⁵³.

Conforme essa concepção, é um problema sistemático, na medida em que seus agentes se utilizam da conexão com atores dotados de poder, geralmente agentes públicos, para que estes, com abuso do poder conferido a eles, desviem recursos públicos financeiros em benefícios dos compactuantes. Essa sistemática da corrupção desvirtua e prejudica as instituições em muitas e variadas formas⁵⁴.

52. AVRITZER, Leonardo. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, 2011. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/91338/1/661549801.pdf>. Acesso em 21 fev. 2022, P. 13-14.

53. LEAL, Rogério Gesta. Criminalidade governativa e corrupção como entraves ao desenvolvimento: algumas propostas jurídicas de enfrentamento. In: LEAL, Rogério Gesta. *O direito penal e processual penal na sociedade de riscos: aspectos teóricos e pragmáticos – estudos de casos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

54. JOHNSTON, Michael. *Syndromes of corruption: wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

De acordo com Céli Regina Pinto⁵⁵, há um ponto fundamental desencadeado pelo fenômeno corruptivo:

[...] a existência de hierarquias múltiplas no lugar do princípio de igualdade, o que coloca cada indivíduo sempre como subalterno e ao mesmo tempo superior a alguém e, portanto, não obrigado a submeter-se a um tratamento igualitário perante as leis e os regramentos jurídicos. Tal cultura não é atrasada, nem um resquício pré-moderno, ela pode ser encontrada nas ações e instituições mais contemporâneas e até festejadas como substituto de hábitos e instituições viciadas também.

A partir disto, é possível entender que a corrupção acaba por legitimar uma hierarquia de desigualdades que atravessa a sociedade como um todo. E esta situação provoca uma relação de permissividade dos cidadãos com atos corruptivos, que acabam por serem integrados no cotidiano das pessoas. A sociedade tende a admitir o fenômeno corruptivo como algo natural no âmbito das estruturas estatais burocratizadas, e inclusive necessário para a superação da burocracia.

As práticas corruptivas, porém, estão diretamente relacionadas com o problema de ineficiência do Estado. Ainda que outros fatores logicamente contribuam para a redução de eficiência, é inequívoco o incremento do risco de corrupção e de ineficiência decorrente de limitação ou restrição de acesso à informação, de utilização abusiva de exceções em licitações públicas, de controle ou monitoramento limitado ou ineficaz nos processos de contratação, e de deficiência ou falta de transparência durante a fase de escolha pelo agente público⁵⁶.

Rogério Gesta Leal⁵⁷ sustenta ser imprescindível a adoção de instrumentos adequados para que seja feito um controle eficiente do risco de corrupção, tais como mudanças no ordenamento jurídico vigente, políticas públicas e privadas de prevenção, uma forte atuação do Poder Judiciário, e intenso controle por parte da sociedade. No mesmo sentido, Michael Johnston e Scott Fritzen⁵⁸ sustentam que algumas dessas medidas, caso sejam adotadas com amplo suporte da população e empenho do setor público, a longo prazo podem ser capazes de diminuir a ocorrência de crimes de corrupção e aumentar a confiança da sociedade nas instituições

55. PINTO, Céli Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

56. WIEHEN, Michael. et al. *Curbing corruption in public procurement*. Berlin: Transparency International, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1313787>. Acesso em: 7 set. 2021.

57. LEAL, Rogério Gesta. *Déficits democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, E-book, 2020.

58. JOHNSTON, Michael; FRITZEN, Scott. *The conundrum of corruption: reform for social justice*. New York: Routledge, 2021.

democráticas, sendo elas: prevenção, incentivos, ações da sociedade civil, transparência, liberalização e assinatura de tratados ou convenções internacionais.

Os programas de compliance se inserem nessa lógica de medidas preventivas que se apresentam como potenciais redutoras dos riscos de corrupção na exata medida em que fortalecem a cultura da ética e da integridade. Dada a sua relevância na prevenção de práticas de corrupção em âmbito empresarial, o próximo tópico é dedicado ao exame da política anticorrupção no âmbito dos programas de integridade.

2 COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

O número cada vez maior de fraudes em grandes empresas fez surgir a necessidade de serem adotadas práticas de controle de boa gestão, como forma de diminuir os riscos da ocorrência de ilícitos que afetem os negócios empresariais.

Não obstante uma primeira reflexão possa induzir à conclusão de que as práticas corruptivas são produto da complexidade econômico-financeira característica dos mercados contemporâneos, certo é que desde a década de 1970 se percebe uma preocupação dos Estados com a higidez do mercado e dos sistemas econômicos internos. É simbólica, nesta linha, a edição da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) pelos Estados Unidos da América no ano de 1977, em resposta às fraudes e subornos de funcionários públicos estrangeiros, diante do escândalo de Watergate. Antes, porém, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) já havia emitido um guia de prevenção à corrupção para empresas multinacionais, no ano de 1976⁵⁹.

A ação norte-americana, no entanto, pressionou os Estados-partes da Organização e culminou com a assinatura da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 1997, na cidade de Paris. Na sequência, sobreveio a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, que ampliou o conjunto de obrigações impostas aos Estados, incluindo a adoção de medidas de prevenção à corrupção aplicáveis ao setor privado, com o necessário sancionamento – inclusive penal – do descumprimento dessas medidas. Por derradeiro, no cenário Europeu, em 2010 foi editado o *The Bribery Act* na Inglaterra, que estabelece

59. VERÍSSIMO, Carla. *Anticorrupção e compliance: a incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito e Governança Global, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2016. P. 150-153. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br>. Acesso em: 7 jun. 2022.

punições para atos de corrupção e tipifica como crime, no seu artigo 7º, a falha de uma empresa comercial em evitar a corrupção⁶⁰.

Como visto, os movimentos de controle e prevenção da corrupção nos últimos cinquenta anos indicam uma estratégia de regulação global, ao que Nieto Martín⁶¹ denomina de *global law*: uma atuação em rede entre várias organizações internacionais e pautada na combinação de mecanismos de *hard law*, *soft law* e autorregulação empresarial.

A propósito desse último pilar, Ivó Coca Vila⁶² explica o recurso à autorregulação como uma consequência da elevada complexidade social contemporânea, em especial diante dos elevados níveis de especialização técnica e de desenvolvimento tecnológico, o que retirou do Estado a capacidade de regular com eficiência as estruturas empresariais. Ainda segundo o autor⁶³, entre as diferentes espécies de autorregulação, a regulada é caracterizada “pela incorporação do ente privado no processo de regulação, mas de forma subordinada aos concretos fins ou interesses públicos pré-determinados pelo Estado.”, de modo que o Estado delega a faculdade de regulação, mas mantém consigo a faculdade de revisão, supervisão e sancionamento.

Aparentemente, a opção política apresenta certa contradição ao buscar minimizar o risco de corrupção atribuindo certa liberdade de regulamentação ao próprio setor privado que historicamente está na origem das crises. O apontamento é feito por León Berini⁶⁴, que de imediato esclarece que a autorregulação-regulada inaugura “uma nova maneira de entender o mundo como um sistema complexo, dinâmico e intrincado em que múltiplas forças governamentais e não governamentais em uma constante interconexão pactuam e renegociam os limites entre as esferas pública e privada da vida econômica e social.”

Neste contexto, a ideia de autorregulação está diretamente relacionada com o conceito de boa governança societária, o que significa, segundo Anabela Miranda Rodrigues⁶⁵, “saber como controlar eficazmente a atuação

60. Idem, p. 157.

61. NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal en la era de compliance*. 2013, p. 193.

62. COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria (Director). P. 43-76. Barcelona: Atelier, 2013.

63. Idem, p. 51.

64. LEON BERINI, Arturo González de. Autorregulación empresarial, ordenamento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria (Director). P. 77-110. Barcelona: Atelier, 2013, p. 79.

65. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era*

das sociedades, tendo em vista resolver – sem criar uma separação estrita entre eles – o conflito de interesses entre administradores e *shareholders*, por um lado, e as empresas e os *stakeholders*, por outro”. Ou seja, atuar de modo a prevenir que uma administração atue com negligência, fraude ou em desacordo com os interesses dos sócios acionistas, mas também buscar o lucro, com respeito aos interesses públicos que se relacionam à prática empresarial.

Neste sentido, a avaliação de riscos é um elemento essencial e ponto de partida na busca de uma boa governança societária. Ela tem como finalidade realizar uma análise tanto do ambiente interno, quanto externo da empresa, para permitir a implementação de políticas e métodos de controle de possíveis irregularidades ou atividades ilícitas. Além disso, Rodrigues⁶⁶ explicita que a boa governança deve desenvolver sistemas que permitam o controle sobre os administradores da companhia:

[...] pode-se dizer que a criação de programas de compliance responde a dois aspectos fundamentais. Desde logo, à criação exponencial de normas legais reguladoras da atividade económico-empresarial e à frequência das alterações legislativas, que, por sua vez, procuram acompanhar o ritmo vertiginoso a que hoje se processa a evolução no domínio económico. Para além disso, as empresas não querem ter problemas legais ou judiciais nos locais onde estão instaladas, devido aos custos aí implicadas, desde logo reputacionais, e pretendem, por isso, que uma cultura corporativa adequada impregne toda a estrutura organizacional da empresa, tendo em vista a mitigação de riscos associados à sua atividade. (RODRIGUES, 2019, p. 57).

Para Irene Patrícia Nohara⁶⁷, o *compliance* anticorrupção tem por fim prevenir a ocorrência de comportamentos fraudulentos e corruptivos, objetivo que deve ser alcançado com a internalização de parâmetros éticos nas instituições, por meio da implementação de técnicas que irão guiar as deliberações estratégicas da empresa.

Isso, porém, não significa que os programas de *compliance* devam operar exclusivamente sob a lógica preventiva. O controle e a própria evitação de fraudes e outros atos corruptivos pressupõe, inegavelmente, a existência de mecanismos de reação e de sancionamento. Conforme

compliance. Almedina: Lisboa, 2019, p. 52.

66. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Almedina: Lisboa, 2019.

67. NOHARA, Irene Patrícia. Lei anticorrupção empresarial e compliance: programa de compliance efetivo e cultura de integridade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos. (coords.). *et al. Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, *E-book*, 2019.

leciona Carla Veríssimo⁶⁸, o *compliance* “visa a prevenção de infrações legais em geral assim como a prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita [...] impõe à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa”. Para isso, são implementados métodos de correção e controle dos resultados das investigações realizadas para, caso seja necessário, a informação seja entregue à autoridade competente para executar as medidas necessárias.

Neste sentido, segundo Cornelius Prittwitz⁶⁹, a economia deve cumprir não apenas as normas jurídicas de modo geral, mas também, e especialmente, as normas jurídico-penais. Há uma crescente preocupação das empresas em implementar sistemas para atuarem na prevenção da prática de ilícitos criminais, de modo a minimizar os possíveis riscos de responsabilização penal para as pessoas jurídicas e, também, para as pessoas físicas dos dirigentes.

Para Ivó Coca Vila⁷⁰:

[...] para las empresas, el no organizarse en *Compliance*, sería simple y llanamente una irresponsabilidad. Directivos y trabajadores se varían expuestos de forma constante a todo tipo de responsabilidades (civiles, laborales, administrativas y penales), fruto de las inevitables y persistentes infracciones del Ordenamiento Jurídico, además de al no menospreciable efecto negativo reputacional que toda infracción públicamente conocida acarrea. (grifos do autor).

Assim, os programas de *compliance*, de modo geral, são compostos pela prevenção, investigação e sancionamento. De acordo com Rodrigues⁷¹, um dos modelos mais conhecidos possui três etapas: a) formulação; b) implementação e consolidação; e c) aperfeiçoamento. A formulação tem como objetivo identificar e analisar os riscos, por meio da adoção de códigos de ética e de conduta, em que são definidos métodos para prevenir a ocorrência de tais riscos, e implementação de canais de denúncia. A implementação visa assegurar que todos os integrantes da empresa tenham conhecimento dos códigos e procedimentos que devem ser obedecidos.

68. VERÍSSIMO, Carla. *Anticorrupção e compliance: a incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance...* P. 77-78. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br>. Acesso em: 7 jun. 2022.

69. PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. *In: Compliance y teoría del derecho penal*. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Directores). P. 207-221. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

70. COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In: Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria (Director). P. 43-76. Barcelona: Atelier, 2013, p. 55.

71. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Almedina: Lisboa, 2019.

A consolidação é a inclusão de meios de investigação, responsabilização e punição de agentes que pratiquem condutas ilícitas na empresa. Por fim, o aperfeiçoamento pretende uma constante avaliação da eficiência do programa, para que possa ser aperfeiçoado caso seja necessário.

Já segundo Coca Vila⁷², o programa de *compliance* deve ter como base sete pilares. A empresa que deseja implementar o programa de modo eficiente deve: i) interiorizar uma cultura de cumprimento de boas práticas e respeito às normas, que é obedecida tanto por empregados, quanto por diretores da companhia; ii) estabelecer metas claras e objetivas que permitam o conhecimento e detecção dos riscos próprios da atividade empresarial desenvolvida pela pessoa jurídica; iii) identificar e avaliar todos os possíveis riscos que possam advir da atividade que a empresa opera; iv) adotar medidas para minimizar os riscos previstos à um patamar considerado como tolerável; v) delimitar, de modo claro, o âmbito de atuação dos agentes, para que seja possível identificar quem é o responsável por cada função; vi) implementar sistemas de comunicação adequados dentro da empresa, para que os membros da organização possam tomar conhecimento das informações, e assim reduzir os riscos penais; e vii) estabelecer um sistema de supervisão constante que possa identificar erros no programa, e prever sanções para caso alguma norma seja violada.

Segundo Carla Veríssimo⁷³:

A existência de mecanismos ou de um programa de *compliance* pode consistir numa linha de defesa de uma empresa, dependendo da legislação adotada. Entretanto, a efetiva aplicação da lei (enforcement) é fundamental para que ela possa produzir o efeito de regular o comportamento dos agentes econômicos.

No ordenamento jurídico brasileiro, foi editada, em 2013, a Lei nº 12.846 (BRASIL, 2013), também conhecida como Lei Anticorrupção. É possível dizer que uma das pretensões da norma foi incentivar a adoção de programas de *compliance* pelas pessoas jurídicas, ao prever a responsabilização objetiva administrativa e civil para aquelas que praticarem atos contra à Administração Pública. Não houve, no entanto, a previsão de responsabilização penal de pessoas jurídicas para estes casos⁷⁴.

De toda forma, os programas de *compliance* possuem grandes vantagens para as organizações empresariais. A prevenção de riscos por

72. COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In: Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria (Director). P. 43-76. Barcelona: Atelier, 2013.

73. VERÍSSIMO, Carla. *Anticorrupção e compliance: a incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance...* P. 132. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br>. Acesso em: 7 jun. 2022.

74. Idem.

meio de identificação e avaliação realizadas por meio de procedimentos específicos para cada atividade empresarial é fundamental para minimizar a ocorrência de ilícitos, reduzindo a chance de responsabilização penal da pessoa jurídica e de seus dirigentes. Neste cenário, sendo o *compliance officer* a figura responsável pelo programa a ser implementado pela pessoa jurídica, o próximo tópico discorrerá acerca da sua responsabilização em caso de ocorrência de corrupção empresarial.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COMPLIANCE OFFICER

O *compliance officer*, conforme ensina Silvio Robles Planas (2013), tem como deveres a avaliação dos riscos de ocorrência de condutas ilícitas na empresa, a implementação de um programa de *compliance* e capacitação das pessoas que trabalham na empresa. A sua função também engloba o dever de vigilância do cumprimento do programa, e de informar a direção caso detecte eventuais riscos ou descumprimentos. Ou seja, é quem elabora, implementa e fiscaliza o programa de *compliance*, sendo o responsável pela investigação e prevenção de práticas delitivas na empresa.

Exceto por algumas exceções, a legislação não descreve de forma detalhada quais são as funções e deveres do *compliance officer*. Deste modo, o contrato de trabalho ganha muita relevância para determinar a extensão da responsabilidade, pois é nele que serão descritas as funções e obrigações assumidas pelo *compliance officer*⁷⁵.

Devido às funções que exerce, surgem as perguntas: a) o *compliance officer* assumiria uma posição de garantidor para evitar a ocorrência de condutas ilícitas?; b) há a possibilidade de ser responsabilizado penalmente caso atue de modo contrário aos deveres que lhe são impostos? Em caso positivo, qual a extensão desta responsabilidade?

Segundo Prittwitz⁷⁶, a posição de garante pode advir tanto por determinação legal, quanto ser assumida por meio de contrato. O Código Penal Brasileiro (1940) traz, em seu artigo 13, parágrafo segundo, as hipóteses legais e taxativas em que a omissão do agente garantidor é penalmente relevante. Neste sentido, tem o dever de agir para evitar o resultado quem: a) por lei tenha a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) assumiu, de outra forma, a responsabilidade de impedir o resultado; e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. De outro lado, a Lei 9.613/98 impõe a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que

75. PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: *Compliance y teoría del derecho penal*. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Directores). P. 207-221. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

76. Idem.

atuam em áreas sensíveis à lavagem de dinheiro, a obrigação de comunicar aos órgãos de controle operações identificadas como suspeitas.

Para Planas⁷⁷, o *compliance officer* não ocupa uma posição de garantidor originário para ser responsabilizado pela ocorrência de delitos cometidos na empresa, pois falta-lhe capacidade executiva, encontrando-se em uma posição de subordinação em relação ao órgão diretivo. Neste sentido, diz o autor⁷⁸:

[...] el responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, no tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior – auténtico *competente primario* de la evitación de delitos en la empresa. No obstante, aunque se trate de la asunción mediante delegación de una parte de la función de vigilancia y control no debe infravalorarse su importancia para el correcto desempeño de la competencia de vigilancia y control del garante primario: el responsable de cumplimiento dispone de la información relevante para el cumplimiento de aquella función, lo que le sitúa en una posición privilegiada en la empresa y condiciona la actuación del órgano directivo a que aquel delegado le haga llegar la información para tomar las decisiones y medidas organizativas oportunas. (grifos do autor).

É considerado, portanto, um órgão auxiliar da direção da empresa, que é a responsável originária pelo cumprimento da legislação. Ou seja, como o *compliance officer* tem o dever de vigilância, o seu dever é informar o órgão diretivo caso detecte riscos ou irregularidades, para que este, que é quem tem o poder executivo, promova as medidas necessárias.

Na mesma linha, Prittwitz⁷⁹ sustenta que “por regla general, tanto el deber como la capacidad de actuar del *compliance officer* están orientados a *informar* sobre el delito, pero no a tomar medidas en contra de este o a evitarlo”. Assim, o *compliance officer* deve informar a direção da companhia, para que este desempenhe a função executiva.

77. ROBLES PLANAS, Silvio. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. In: SÁNCHEZ, Jesús María Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

78. Idem, p. 324-325.

79. PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: *Compliance y teoría del derecho penal*. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Directores). P. 207-221. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 216.

Leciona Planas⁸⁰ que “los órganos de dirección tienen el *deber de establecer los mecanismos organizativos adecuados* para evitar su existencia o, en todo caso, minimizarlos hasta que deriven en riesgos tolerados”. Tal dever envolve a implementação de uma estrutura adequada de organização para que sejam reunidos os conhecimentos necessários para minimizar as chances de ocorrência de tais riscos. Desta forma:

[...] Ciertamente, el responsable de cumplimiento no tiene facultades ejecutivas ni asume, con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su asunción es más limitada: debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, caso de detectar que algo va mal, debe transmitirlo para que lo corrija el competente.⁸¹.

Os deveres do *compliance officer*, como bem ensina Rodrigues (2019), têm como fim possibilitar que os órgãos diretivos tenham previsibilidade dos riscos, para que seja possível realizar medidas para preveni-los. Não é função do *compliance* impedir a consumação dos riscos. Assim, a omissão de um dever ou a sua realização deficiente não significa necessariamente que lhe possa ser imputada a responsabilidade pelo ilícito ocorrido.

Nesta linha, segundo o artigo 27 da Lei Anticorrupção, “a autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente”. Assim, se em relação às autoridades públicas exige-se o conhecimento inequívoco das infrações, natural que ao *compliance officer* a responsabilização também esteja atrelada a uma omissão dolosa decorrente de inequívoca ciência da prática ilícita. Portanto, ele só poderá ser responsabilizado penalmente caso a omissão tenha sido praticada com o dolo de realizar a conduta criminosa.

Desta forma, a responsabilidade do *compliance officer* só terá fundamento caso desempenhe de forma incorreta os deveres assumidos *com a intenção* de contribuir para o ilícito criminoso. Isto porque, segundo Planas⁸², “los concretos deberes se hallan limitados por el alcance de la delegación real y materialmente asumida por el responsable de cumplimiento”, de modo que “tales deberes se pueden reducir a los relativos a la investigación de infracciones y al traslado de la información obtenida”.

Na mesma linha, Rodrigues⁸³:

80. ROBLES PLANAS, Silvio. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. In: SÁNCHEZ, Jesús María Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 322-323.

81. Idem, p. 324.

82. Idem, p. 325.

83. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Almedina: Lisboa, 2019, p. 72-73.

[...] ninguém estaria disposto a assumir o cargo de *CCO* se a mera possibilidade (suspeita) de que pudesse estar em causa a prática de um crime por qualquer dos empregados da empresa o pudesse fazer incorrer em responsabilidade penal resultante de uma posição de garante, designadamente por ingerência. Como já foi adiantado, o *CCO* não é, *ipso facto* garante. A sua responsabilidade, a outros títulos, que não penal, poderá resultar de ter criado um programa de *compliance* não efetivo ou, apesar de efetivo em si mesmo, não o pôr ou ter posto em execução como deveria. Mas a questão da sua eventual responsabilidade penal como garante dever-se-á analisar nos termos descritos para qualquer administrador ou empregado. (grifos do autor).

A atividade exercida pelo *compliance officer* necessita que este possua certo nível de independência e autonomia para que o programa seja eficaz na prevenção e detecção de irregularidades na empresa. E é por isto que, segundo Prittwitz⁸⁴, existem diversas razões para se afirmar que o desempenho das funções do *compliance officer* seria muito mais eficiente “si queda ampliamente exonerado de riesgos de punibilidad tanto en lo referente a los empleados de la empresa cuyo comportamiento conforme a las reglas ha de garantizar, como también y sobre todo en lo referente a su propia persona”.

O *compliance officer*, portanto, não ocupa a posição de garantidor de impedir a ocorrência de corrupção. A sua função é de vigilância, devendo informar as irregularidades que encontrar à diretoria, visto ser esta quem possui o poder executório necessário para tomar as medidas necessárias para evitar o ilícito e aplicar a sanção cabível na perspectiva ética, bem como comunicar o fato às autoridades. O *compliance officer* responderá penalmente apenas quando omitir as informações de forma dolosa, com a intenção de impedir o conhecimento da direção da empresa, impossibilitando esta de agir para impedir o resultado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade econômica, cada vez mais complexa devido ao mundo globalizado, tem sido um desafio para os operadores do direito. A utilização de pessoas jurídicas em crimes como a corrupção fez surgir a necessidade haver a responsabilização de empresas, como forma de desincentivar que estas sejam utilizadas com fins ilícitos.

84. PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: *Compliance y teoría del derecho penal*. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Directores). P. 207-221. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 217.

A corrupção deturpa e faz diminuir a confiança das pessoas nas instituições, além de afetar direitos fundamentais, como a moralidade, impessoalidade, livre concorrência, entre outros. É um tipo de criminalidade que vai muito além da questão financeira, possuindo inúmeras dimensões e reflexos em toda a sociedade.

A responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica por crimes econômicos, prevista na Lei Anticorrupção, é uma forma de incentivar as empresas a implementarem programas de *compliance* para diminuir os riscos da ocorrência de ilícitos nas companhias. O *compliance* é um sistema desenvolvido para avaliar os riscos do negócio, implementar uma política de boas práticas por todos os funcionários e diretores, fiscalizar a sua eficácia, e alertar o órgão responsável para que promova as medidas necessárias para que tais riscos sejam diminuídos (ou, ao menos, colocados em um patamar considerado como aceitável).

A figura do responsável pelo desenvolvimento, implementação e fiscalização do bom funcionamento do programa de *compliance* é o *chief compliance officer*. Diante das funções exercidas, questiona-se se haveria possibilidade de responsabilidade penal por omissões e, caso a resposta seja positiva, quais seriam os limites dela.

O *compliance officer* não assume a posição de garantidor para impedir a ocorrência de ilícitos no âmbito da empresa. A sua função pode ser resumida no dever de vigilância, ou seja, caso tenha conhecimento de irregularidades, deve informar o órgão diretivo, que é quem tem o poder executório para sanar o problema e aplicar a sanção cabível.

A responsabilização penal do *compliance officer* só ocorrerá quando a omissão for dolosa, com a intenção de impedir que a direção realizasse as medidas necessárias para que o ilícito não ocorresse. No entanto, ele poderá ser responsabilizado em outras esferas caso o programa implementado não seja considerado eficaz, ou se tiver exercido de forma inapropriada as funções assumidas.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, 2011. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/91338/1/661549801.pdf>. Acesso em 21 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In: Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria (Director). P. 43-76. Barcelona: Atelier, 2013.

JOHNSTON, Michael. *Syndromes of corruption: wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JOHNSTON, Michael; FRITZEN, Scott. *The conundrum of corruption: reform for social justice*. New York: Routledge, 2021.

LEAL, Rogério Gesta. Criminalidade governativa e corrupção como entraves ao desenvolvimento: algumas propostas jurídicas de enfrentamento. *In: LEAL, Rogério Gesta. O direito penal e processual penal na sociedade de riscos: aspectos teóricos e pragmáticos – estudos de casos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020a.

LEAL, Rogério Gesta. *Déficits democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, E-book, 2020b.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEON BERINI, Arturo González de. Autorregulación empresarial, ordenamento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. *In: Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria (Director). P. 77-110. Barcelona: Atelier, 2013.

NIETO MARTIN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. *In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. El derecho penal en la era de compliance*. 2013.

NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos. (coords.). *et al. Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, E-book, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Lei anticorrupção empresarial e compliance: programa de compliance efetivo e cultura de integridade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos. (coords.). *et al. Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, *E-book*, 2019.

PINTO, Céli Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: *Compliance y teoría del derecho penal*. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Directores). P. 207-221. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

ROBLES PLANAS, Silvio. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. In: SÁNCHEZ, Jesús María Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Almedina: Lisboa, 2019.

VERÍSSIMO, Carla. *Anticorrupção e compliance: a incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito e Governança Global, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/99813/DE%20CARLI_Carla_anticorruptao_compliance_incapacidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 jun. 2022.

WIEHEN, Michael. et al. *Curbing corruption in public procurement*. Berlin: Transparency International, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1313787>. Acesso em: 7 set. 2021.

MACROCRIMINALIDADE E CORRUPÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

JANAÍNA RIGO SANTIN

Pós-doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogada e Professora Titular da Universidade de Passo Fundo (UPF). Docente Permanente do Mestrado e Doutorado em História da UPF. Professora da Faculdade de Direito e Docente Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Rio Grande do Sul – Brasil. Email: janainars@upf.br. Fone 54 999785315.

INTRODUÇÃO

Há vários mecanismos de controle e poder dentro de uma sociedade (família, escola, comunidade religiosa, mídia, associações, movimentos sociais, partidos políticos, moral). Tais instituições de controle social influenciam no sistema penal, são fatores reais de poder, aparelhos ideológicos do Estado, micropoderes difusos, existem sem ter necessariamente um código ou normas para regulamentá-los. São um tipo de controle informal, que seleciona os “bons”, dentro de uma visão maniqueísta da realidade. Mas o sistema penal é o único que é extremamente formalizado, denominado por isso de controle formal, com regras dotadas de sanções, com poder de coerção. Constitui um “plus” adicional em intensidade e gravidade das sanções e em grau de formalização que sua imposição exige. É o mecanismo mais arraigado de controle social, além destas instituições da periferia do sistema.

O sistema penal promete a repressão do delito, onde o paraíso passa pela sua mediação. Sem ele a sociedade não teria como defender-se dos “maus”, segundo uma versão maniqueísta da realidade, utilizada por todas as instâncias de controle social. É uma reação à criminalidade, às condutas qualificadas como negativas, através do controle social, a fim de adequar os indivíduos à legalidade dominante. No sistema penal, a criminalização de condutas transfere para o âmbito do Estado a solução de todos os conflitos,

centrando-se o controle penal na reação punitiva da qual o Estado tornou-se depositário pelo contrato social, a qual se manifesta através da pena (ANDRADE, 1997, p. 37).

Dessa forma, ao se estudarem profundamente os pilares do sistema penal moderno, percebe-se que este apresenta não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial – a segurança jurídica (do qual resulta sua grave crise de legitimidade), como também o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas, - a seletividade, apresentando, portanto, eficácia instrumental inversa à prometida. (ANDRADE, 1996, p. 93)

Existe um senso comum que rotula como possíveis criminosos os feios, pobres, pretos, prostitutas, sem-teto, sem-terra, descamisados... Essa é a clientela da prisão pelos olhos da sociedade e do governo. Encontram todas as justificações, inclusive etiológicas, sustentando que determinados indivíduos socialmente perigosos tenham anomalias biopsicológicas ou recebam influências de fatores ambientais e sociais.

Salienta-se que esses métodos evolutivos e deterministas fazem parte da tradição histórica do ensino jurídico brasileiro. Nas palavras de Schwarcz, “contrária à teoria do livre-arbítrio, a escola criminal positiva acreditava que o universo regido por leis mecânicas, causais e evolutivas não dava margens à liberdade do indivíduo.” Tinha-se, portanto, um perfil físico do “potencial criminoso”, e com base neste perfil, afirmava-se que o crime é propriedade da pessoa, já nascia com ela, que carregaria “anomalias e estigmas atávicos, possuindo uma predisposição pessoal ao delito” (SCHWARCZ, 1993, p. 166).

Seja por um traço, seja pela delimitação de muitos detalhes, o fato é que, para esse tipo de teoria, nas características físicas de um povo é que se conheciam e reconheciam a criminalidade, a loucura, as potencialidades e os fracassos de um país. Critério ‘objetivo de análise’, o ‘método antropológico’ trazia para esses intelectuais uma série de certezas não apenas sobre o indivíduo como também acerca da nação. ‘Uma nação mestiça é uma nação invadida por criminosos’, dizia o artigo de Laurindo Leão, buscando fazer a ligação entre tais teorias e a realidade nacional. (SCHWARCZ, 1993, p. 167)

A prática de condutas típicas faz parte do cotidiano de uma sociedade, é regra e não exceção. O que ocorre é que uma minoria apenas é criminalizada pelo sistema. Para Baratta, “*la criminalidad no existe em la naturaleza, sino que es una realidade construida socialmente a través de procesos de definición y de interacción. En este sentido, la criminalidad es una de las ‘realidades sociales’*” (1991, p. 110-111). Trata-se da problemática da definição da criminalidade, o qual tem sido destaque nos estudos do *labelling approach*

na criminologia crítica contemporânea. Este problema se define em três planos: a) o problema metalinguístico da definição dogmática do “crime” e do “criminoso”, atribuída a certos comportamentos e sujeitos no plano do senso comum, e que é reproduzido pelas instâncias oficiais de persecução criminal; b) o problema teórico, que concerne à interpretação sociopolítica do fenômeno da criminalidade. Ou seja, em todas as sociedades há um certo grupo de indivíduos, pertencentes a um certo grupo social e representando certas instituições, os quais são dotados de poder para definir quais os tipos penais e bens jurídicos a serem tutelados (poder de estabelecer as normas penais) e quais as pessoas que devem ser perseguidas (poder de aplicar as normas penais). Os demais estão alijados deste processo, e apenas devem submeter-se a ele; c) o problema fenomenológico, ou seja, quando o sistema penal qualifica certos indivíduos ou grupos sociais como factíveis à delinquência, esse preconceito estrutural acaba por produzir efeitos sobre o seu comportamento posterior. (BARATTA, 1991, p. 110-111) Tais indivíduos, eventualmente, acabam por assumir este papel em suas ações, desenvolvendo sua carreira criminal.

1 SISTEMA PENAL BRASILEIRO E CENSO PENITENCIÁRIO

A seletividade do sistema penal brasileiro pode ser comprovada com dados do Censo Penitenciário, quando no ano de 2019 apontou que 50,96% dos apenados foram condenados por crimes contra o patrimônio; 20,28% foram condenados por crimes relacionados à questão das drogas; 17,36% foram condenados por crimes contra pessoas; 4,89% são condenados por outras legislações específicas; 3,58% são crimes contra a dignidade sexual; 2,24% são crimes contra a paz pública; 0,42% são crimes contra a fé pública; e, apenas 0,18% são os condenados por crimes contra a Administração Pública (criminalidade “de colarinho branco”). (BRASIL, 2019) Assim, é notório pelos dados coletados pelo Departamento Penitenciário brasileiro que os crimes cometidos pelos “ricos”, chamados de “colarinho branco”, muito mais danosos à coletividade, passam ilesos no sistema. E quando tipificados, se a pessoa tiver dinheiro para contratar um bom advogado criminalista, na maioria das vezes, não vai para a prisão. O risco de ser preso aumenta significativamente em razão inversa à situação socioeconômica. Por sua vez, os crimes contra o patrimônio “dos ricos” somam mais da metade das condenações no país.

Assim, a dogmática penal tradicional revela-se um sucesso no que tange às funções latentes ou não declaradas, isto é, assegurar a ideologia dominante daqueles que detêm o poder de fazer as leis, a impunidade de seus delitos e a estereotipação da clientela da prisão, de acordo com raça, gênero e status social. (ANDRADE, 1997, p. 292-293) E está mais

que comprovado que no Brasil, pelas características de seus presídios superlotados e com péssimas condições de habitabilidade, (chegando a ser declarado um “estado de coisas inconstitucional” pelo STF e também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos), não se ressocializa o preso. Pelo contrário, insere o réu a um universo de estigmatizados, que fatalmente o induzirá a seguir uma “carreira criminosa”, pela falta de opções que a própria sociedade confere a ex-apenados.

2 A CORRUPÇÃO “DE COLARINHO BRANCO” NO BRASIL: CRIMES DE RESPONSABILIDADE E AGENTES POLÍTICOS

Um dos maiores problemas do sistema penal brasileiro são as brechas encontradas na lei pelos detentores do poder que se aproveitam do sistema para “encobrir” e reproduzir suas condutas delituosas. E em decorrência da função de governo que exercem, os agentes políticos possuem uma responsabilização penal especial e diferenciada.

Quando envolvidos em crimes de responsabilidade, os agentes políticos do mais alto escalão do Poder Executivo em âmbito federal serão processados e julgados pelo Senado Federal, conforme disposto no artigo 52, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, em âmbito estadual, os crimes de responsabilidade atribuídos a Governadores e secretários estaduais também possuem regras especiais, conforme artigo 74 e seguintes da Lei 1.079/1950, visto que quem os julgará será a Assembleia Legislativa ou Distrital. E em âmbito municipal, os crimes de responsabilidade atribuídos aos Prefeitos serão promovidos perante os Tribunais de Justiça estaduais (artigo 29, X da Constituição Federal), e sua regulação e detalhamento processual está prevista no Decreto-Lei 201/67.

Importa ressaltar que tais leis não tipificam condutas culposas, apenas dolosas. Ou seja, só punem quando comprovado que o agente político buscava intencionalmente o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Situações culposas, ocorridas por negligência, imprudência ou imperícia não estão tipificadas na lei. Por isso que se observa muito, como argumento de defesa, a alegação de que não sabiam que havia corrupção em seu mandato, cometida por seus servidores ou subordinados, ou que não sabiam estar agindo contra a lei, cometendo fatos imorais, ineficientes ou além das possibilidades de pagamento do ente público a que deviam comandar. Alegam ter agido “achando que estavam cumprindo o interesse público” (conceito jurídico indeterminado), e não tinham “intenção” de favorecer a si próprios ou a terceiros de suas relações. Não sabiam ou não queriam violar, por ato próprio ou de outrem, o princípio da impessoalidade ou ocultar irregularidades de seu governo. Porém, não saber é negligenciar...

agir respaldado no “interesse público”, conforme a conveniência e oportunidade, e acabar por beneficiar a si próprio ou a seus amigos pode ser considerado imprudência... e isso, infelizmente, não encontra tipificação nas leis dos crimes de responsabilidade brasileiras, editadas no século passado, mas ainda vigentes no país.

Outro agravante é a existência de regras constitucionais instituidoras de prerrogativas e privilégios aos cargos de poder ou de governo no país. No legislativo federal há o Estatuto dos Congressistas, que abrange inviolabilidades e imunidades formal e material (vide artigo 53 *caput* e §§ 2º a 5º, da Constituição Federal de 1988) e prerrogativas, como a de foro (artigo 53 § 1º e 102 inciso I, letra “b”, da Constituição Federal de 1988). Por sua vez, também no executivo federal há foro privilegiado ou especial no cometimento de crimes (artigo 52, 86 e 102, inciso I, letras “b” e “c”, da Constituição Federal de 1988). A situação se repete também nos legislativos estaduais e municipais, com imunidades e privilégios, como o foro privilegiado, os quais são previstos nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Por fim, o foro privilegiado e demais prerrogativas também são estendidas, pela Constituição Federal em seu artigo 102, inciso I, letras “b e c” para membros da cúpula do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e chefes de missão diplomática permanente. A mesma situação se repete em âmbito estadual e municipal.

Dessa forma, ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro e a quantidade de privilégios e garantias conferidas aos agentes políticos em todos os entes federativos, é possível visualizar o porquê que o sistema penal brasileiro é seletivo e desvirtua suas funções declaradas. Tais garantias e privilégios são distribuídas nos primeiros escalões das três esferas de poder (agentes políticos) e alcançam, ainda, membros do alto escalão do Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacia Pública e membros de missões diplomáticas.

Muitas são as vantagens tanto no direito material quanto no direito processual aos agentes políticos e servidores do primeiro escalão do governo brasileiro, o que torna muito mais difícil a persecução penal e, conseqüentemente, a existência de condenações para os crimes de colarinho branco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina. *Seqüência*. Florianópolis, UFSC, n. 33, p. 87-114, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. 3.ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1991.

BRASIL. Departamento Nacional de Informações Penitenciárias. Dezembro de 2019. *Quantidade de Incidências por Tipo Penal Período de julho a dezembro de 2019*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em 20 set. 2022.

SCHWARCZ, Lilia M. *O Espetáculo das Raças*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

A ATUAÇÃO DA AUDITORIA INTERNA NA DETECÇÃO DE FRAUDE E CORRUPÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS

ANDRÉ FAGUNDES

Doutorando em Direito Público e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Pesquisador assistente do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião (CEDIRE). E-mail: andrecep@gmail.com

INTRODUÇÃO

Por mais que organizações públicas e privadas adotem rigorosos controles preventivos contra fraude e corrupção, a experiência tem demonstrado que tais mecanismos, ainda que desejáveis, estão sujeitos a falhas, carecendo da implantação de outros instrumentos para resguardar as instituições.

De fato, considerando que as práticas fraudulentas e corruptivas são marcadas pelo sigilo e, por vezes, envolvem agentes públicos e organizações com grande influência sobre órgãos de fiscalização, o enfrentamento da fraude e corrupção exige a adoção de um conjunto robusto de mecanismos e práticas para se tornar efetivo.

Visando melhor entendimento da questão posta em exame, cumpre esclarecer que corrupção é um termo guarda-chuva utilizado para designar “o abuso do poder confiado para ganhos privados”, consoante definição elaborada pela Transparência Internacional. Já a fraude, é compreendida como o ato intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis. Não obstante o erro também tenha um grande potencial de prejuízo às instituições, tal conduta é considerada não intencional, merecendo, portanto, uma abordagem distinta da apresentada no presente trabalho.

1 FUNÇÃO DA AUDITORIA INTERNA

Destinada a verificar a eficácia dos controles internos, da gestão de risco e da governança, a auditoria interna atua como importante instrumento

detectivo de fraude e corrupção dentro das organizações, sejam elas públicas ou privadas.

Sua realização se dará, fundamentalmente, por meio da análise da efetividade e adequação da política e do plano de combate à fraude e corrupção, dos controles internos e da gestão da ética e da integridade organizacional implementados pela instituição.⁸⁵

Naturalmente, as etapas necessárias para a boa averiguação de indícios ou ocorrências de distorções na gestão e na prestação de contas irão variar conforme o tamanho da organização, a complexidade da sua estrutura e a extensão das suas operações.

Vale frisar que a qualidade e a eficácia da auditoria interna estão estreitamente ligadas não só ao conhecimento aprofundado dos auditores sobre o negócio a ser avaliado e funcionamento de esquemas fraudulentos e corruptivos em geral, mas também à autonomia e independência conferidos a estes profissionais no desempenho de suas funções.⁸⁶

Importante destacar que a função da auditoria interna não se esgota com a identificação de controles fracos e casos de fraude e corrupção dentro da organização. De fato, após a condução das auditorias, é desejável que o auditor interno aconselhe os gestores, trazendo propostas de aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção, detecção e combate de práticas ilícitas, com vistas a robustecer os controles existentes, podendo sugerir o estabelecimento de indicadores adicionais voltados à célere identificação de distorções nas demonstrações contábeis e financeiras.

Sendo assim, a despeito de a responsabilidade pelo gerenciamento do risco de fraude e corrupção continue com o gestor - em conjunto com o setor responsável pela gestão de risco e a função antifraude e anticorrupção, quando existentes -, a auditoria interna pode fazer recomendações acerca dos riscos identificados, indicando a probabilidade de sua ocorrência, bem como os seus possíveis impactos para a instituição.

Em posse dos resultados da auditagem, a liderança responsável irá acompanhar e discutir as recomendações, assegurando que sejam adotadas as providências necessárias ao aprimoramento dos controles internos existentes, da gestão de risco e da governança.

CONCLUSÃO

-
85. *Referencial de combate a fraude e corrupção*: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2 ed. Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018. p. 74.
 86. United Nations Global Compact Office. *Guia de avaliação de risco de corrupção*. New York, 2013. Disponível em: <<http://ibdec.org.br>>. Acesso em 22 set. 2022. p. 15.

Verificou-se ao longo do trabalho que a função primordial da autoria interna consiste em examinar se controles internos implementados pelo gestor são apropriados para mitigar os riscos de fraude e corrupção, podendo sugerir não só medidas que reforcem os mecanismos existentes, mas também o emprego de novos instrumentos.

Constatou-se, por fim, a importância de a auditoria interna ser suficientemente independente para desempenhar de forma satisfatória sua função, valendo registrar que a efetividade dos mecanismos de detecção (no qual a auditoria interna exerce expressiva atuação) se traduz em importante fator dissuasivo de fraude e corrupção.

REFERÊNCIAS

ATTIE, William. *Auditoria: Conceitos e aplicações*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BIELGMAN, Martin T. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook: protecting your organization from bribery and corruption*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.

BOOTH, Philip. *Corruption, religion and economic growth*. 20 julho 2006. Disponível em: <<https://iea.org.uk/in-the-media/media-coverage/corruption-religion-and-economic-growth>>. Acesso em 22 set. 2022.

Bribery Act 2010. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em 22 set. 2022.

Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anticorrupção no Exterior. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em 22 set. 2022.

Consequências da corrupção. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,consequencias-da-corrupcao-imp-,1663583>>.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <<https://www.unodc.org>>. Acesso em 22 set. 2022.

Convenção Interamericana contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em 22 set. 2022.

Corrupção custa mais de US\$ 2,6 trilhões por ano, alerta PNUD. Nações Unidas Brasil. 09 dez. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/corrupcao-custa-mais-de-us-26-trilhoes-por-ano-alerta-pnud/>>. Acesso em 22 set. 2022.

FAO, IFAD and WFP. *Achieving Zero Hunger: the critical role of investments in social protection and agriculture*. 2 ed. Rome, FAO, 2015.

FOUNTAIN, Lynn. *Raise the Red Flag: an internal auditor's guide to detect and prevent fraud*. Florida: The Institute of Internal Auditors Research Foundation, 2015.

Guia Prático 5CCR. *Acordos de Leniência*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>>. Acesso em 22 set. 2022.

JARDIM, Raphaela Thêmis Leite. *Decreto 11.129/2022: nova regulamentação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n° 185, julho de 2022. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em 22 set. 2022.

Lei Anticorrupção: as práticas de compliance na era da empresa limpa. Pesquisa realizada pela Consultoria Deloitte. Disponível em: <<https://cndl.org.br>>. Acesso em 22 set. 2022.

Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 22 set. 2022.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira. Prefácio. Prevenir e Responsabilizar. In: CUNHA, Ary Ferreira da. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2015.

National Audit Office. *Tackling external fraud*. London, 2008.

Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2 ed. Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018.

REIS, Clayton; KICHILESKI, Gustavo Carvalho. Responsabilidade civil objetiva da empresa por atos de corrupção a luz da lei 12.846/2013. *Revista Jurídica*. v. 01, n. 46, Curitiba, 2016. pp. 119-145.

SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à Corrupção: novos tempos. *Revista da Controladoria-Geral da União*. v. 11, n. 20, 2019. p. 1276-1283.

STECHINA, Viviana. *Transparency in politics can lead to greater corruption*. Uppsala Universitet. ScienceDaily, 10 Oct. 2008. Disponível em: <www.sciencedaily.com/releases/2008/10/081010092350.htm>. Acesso em 22 set. 2022.

The Institute of Internal Auditors. *Managing the Business Risk of Fraud: a Practical Guide*, 2008. Disponível em: <<http://www.theiia.org/>>. Acesso em 22 set. 2022.

Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em 22 set. 2022.

United Nations Global Compact Office. *Guia de avaliação de risco de corrupção*. New York, 2013. Disponível em: <<http://ibdec.org.br> >. Acesso em 22 set. 2022.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. *Processo administrativo de responsabilização na LAC*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67122/processo-administrativo-de-responsabilizacao-na-lac>>. Acesso em 22 set. 2022.

O *COMPLIANCE* E AS
SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS
COMO FERRAMENTAS DE
PREVENÇÃO À LAVAGEM
DE DINHEIRO NO BRASIL:
UMA ANÁLISE À LUZ DO
PROVIMENTO Nº. 88/2019 DA
CORREGEDORIA NACIONAL DE
JUSTIÇA

GABRIEL DELVING ELY

Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Taquari. Escrevente Autorizado do Tabelionato e Ofício de Registros Especiais de Lajeado/RS. gabrieldelvingely@gmail.com

EVANDRO WEISSHEIMER

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Graduação em Direito da Universidade do Vale do Taquari. Advogado. evandrow@univates.br

INTRODUÇÃO

Dada a relevância que tem tomado o combate ao crime financeiro organizado que assola nosso país nos últimos anos, vem à baila a pertinente discussão do tema da lavagem dinheiro. Com isso, empresas dos mais variados ramos têm implementado em seus sistemas de gestão políticas de *compliance*, ou seja, normas internas de governança disciplinar e protocolar de conduta e administração, de modo a prevenir a incursão em práticas delituosas, bem como se garantindo maior rendimento e praticidade de gestão.

Nessa onda, a Corregedoria Nacional de Justiça editou, em outubro de 2019, provimento que regulamenta a vinculação das serventias extrajudiciais, a saber, Ofícios de Notas, Protestos, Imóveis, Títulos e Documentos e Cíveis das Pessoas Jurídicas, à sistemática de repasse de

informações com relação aos mais variados atos negociais praticados por seus clientes à Unidade de Inteligência Financeira nacional – o COAF. Isso, no intuito de prevenirem-se, mediante análises objetivas e subjetivas das operações - a serem realizadas pelo Oficial (sob aspectos como valores e suspeição da atividade, por exemplo) - as práticas criminosas de lavagem de capitais e financiamento ao terrorismo. Destarte, passaram os titulares de cartórios a serem informantes diretos do sistema de monitoramento financeiro nacional, de modo a efetivamente contribuir com a *persecutio criminis*, em cabal atenção ao que prevê a Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro, ou LLD), em seu art. 9º.

Trata-se de grande avanço no que concerne à obtenção de informações para assegurar-se uma investigação efetiva dos crimes mencionados, evidentemente. Porém, consolidou-se com o provimento, de igual forma, novo rol de responsabilidades a cargo dos delegatários de serventias, que, por sua vez, têm de, além de toda a cautela inerente à lavratura de seus atos, observar agora novos critérios intrinsecamente subjetivos da operação e seus envolvidos, para repasse aos órgãos competentes, o que, quando realizado de forma indevida, pode levar a penalizações ao titular do ofício. Surge, então, o *compliance* como ferramenta aos oficiais para assegurar o efetivo cumprimento dessas responsabilidades, de modo a implementarem-se dentro das serventias, e mesmo a nível de classe (pelas diversas entidades representativas que lhes vinculam), regulamentações de observância dos critérios elencados no provimento, trazendo-se segurança aos tabeliães e registradores e garantindo-se um repasse devido, de modo a não obstar as investigações dos delitos ora elencados.

1 AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS EM *COMPLIANCE* PARA PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO

Para além das funções precípua da atividade notarial e registral, cabe que se anote o papel de fiscal da legalidade dos atos negociais perante si realizados, por parte do notário e do registrador, forte ao Princípio da Legalidade, que rege a sua atuação: jamais constranger-se-á o delegatário à prática de um ato desconforme à lei e aos bons costumes (LOUREIRO, 2018), pelo que se pode depreender que agirão o tabelião e registrador como sujeito que previna a prática de atos ilícitos, ainda que travestidos de legalidade, a exemplo do que preconiza o Provimento 88.

Trata-se referido provimento da regulação do que dispõe a Lei de Lavagem, em seu art. 9º, no que se refere aos titulares de serviços notariais e de registros públicos, ali concebidos como agentes “sujeitos aos mecanismos de controle”. A estas pessoas (como corretores de imóveis,

peças envolvidas com o mercado desportivo, consultores financeiros, bem como as juntas comerciais, e os ofícios de registros públicos, objeto deste estudo, dentre outros), a Lei impõe os deveres correspondentes à sua qualidade de “obrigadas”, os quais dividem-se em *deveres de identificação e registros*, cujos comandos encontram-se no art. 10 e incisos da LLD, e *deveres de comunicação*, com fulcro no art. 11 e seus incisos. A respeito destas obrigações, tem-se que: *a) por dever de identificação e de manutenção de registros* (art. 10), entende-se como a obrigação de:

[...] identificação dos clientes, a criação e manutenção de cadastros e registros dos mesmos e das transações que ultrapassam os limites fixados pela autoridade competente, [...] adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto na lei. (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 46)

Trata-se da necessidade do operador de conhecer seu cliente⁸⁷, de modo a manter em seus registros todas as informações que lhe possam ser pertinentes à construção de um juízo de valor acerca da suspeição – ou não – da atividade realizada diante dele. Ademais, *b) pelo dever de comunicação* (art. 11) cuida-se da necessidade de o controlador repassar à UIF (Unidade de Inteligência Financeira) informações pertinentes aos atos perante si praticados, adotando-se critérios objetivos (parâmetros de valores ou situações que, automaticamente, ensejam a comunicação) e subjetivos (os chamados *red flags*, ou sinais de alerta: critérios de suspeição da operação) para o juízo acerca da necessidade de comunicação do ato à UIF (MIRON, 2020). No caso brasileiro, este repasse trata-se da remessa dos referidos dados ao Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão vinculado ao Banco Central).

Neste liame, e com plena ciência do impacto que a implementação das políticas que a LLD demanda dos sujeitos obrigados, vem o compliance como instrumento facilitador da práxis preventiva à lavagem, de modo a promover permanente atualização dos colaboradores e responsáveis acerca da temática, bem como constante realização de treinamentos e a instauração de instrumentos de controle interno, mitigando-se o risco de falhas ou inoperâncias (BADARÓ; BOTTINI, 2016) ante a situações que, por imposição legal, têm o dever de agir. Nestes termos, o dever de *compliance*, ou seja, a obrigação de estar em conformidade com as normas vigentes, incide sobre as pessoas sujeitas como ferramenta – quase compulsória – no cabal

87. Do que remete à ideia de *know your client* (BADARÓ; BOTTINI, 2016), à qual também há referência como o “dever de vigilância relativo à clientela (*customer due diligence*)” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 636), segundo a qual deve o operador “saber com quem está lidando” de modo a ser capaz de inferir sobre eventuais indícios de irregularidades nas operações realizadas à sua frente.

exercício de suas funções. Não obstante, para os notários e registradores, cujo enquadramento como pessoas obrigadas remete precisamente ao inciso XIII do art. 9º da LLD, emerge o *compliance* como uma necessidade de modo a atender os comandos da legislação antilavagem (MIRON, 2020), o que foi melhor regulado quando da edição do Provimento 88/2019 – CNJ que – a despeito das obrigações já trazidas a esses serviços desde a reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro (sob a Lei 12.683/12), com a sua inclusão no rol de obrigados – trouxe uma espécie de “compilação” das sujeições da lei com aplicação direta à atividade notarial e registral.

Nesta baila da reforma da LLD, somada ao advento da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), tem o direito brasileiro, sobretudo no ramo empresarial, se voltado às políticas de *compliance* na gestão de empresas (ALVIM; BERTOCELLI; CARVALHO, 2020). Prática voltada à gestão de riscos e manejo da administração de acordo com as mais diversas normativas, atrai gestores, tanto do ramo privado quanto da esfera pública, pela sua efetividade na resolução e prevenção de situações-problema inerentes à atividade, que acabam sendo minimizadas em virtude de uma gestão eficiente e organizada. Assim, agir em *compliance* significa exercer as funções inerentes à atividade da organização em consonância, e atentando, à legislação pertinente à respectiva atividade, de modo que se aja sempre de maneira conforme, prevenindo-se situações desnecessárias e mesmo encargos dispensáveis em virtude de má gestão ou indevidas execuções (BLOK, 2018). Trata-se, sobretudo, de uma forma de gestão preventiva de riscos à continuidade do exercício da atividade, servindo, contudo, também como ferramenta de otimização de solução de incidentes e sanção dos responsáveis mediante critérios objetivos a serem estabelecidos por regramento específico interno (VERÍSSIMO, 2017).

Dada a sua natureza de controlador da legalidade dos atos que pratica (LOUREIRO, 2018), ao delegatário compete analisar a existência de legalidade no ato praticado. Daí deriva a justificativa para o cabimento deste novo encargo aos titulares de serventias extrajudiciais trazido pelo Provimento 88 – o que resta expresso no preâmbulo deste instrumento normativo. Em face das significativas obrigações trazidas pelo provimento à atividade notarial e registral, cumpre ao delegatário de serventia organizar-se de modo a garantir o efetivo cumprimento de seus deveres, sem acarretar prejuízos às partes interessadas, à sociedade, e a si mesmo – tendo em vista a possibilidade de responsabilização por ato indevido. Conforme indicam Batista e Goulart:

No âmbito do tabelionato [inobstante clara aplicabilidade também aos serviços de registro], as diretivas do *compliance*, há muito podem ser observadas, na atuação de notários e seus prepostos à vista da necessidade de cumprimento de

princípios e normas regentes da função notarial, o que lança sobre esses profissionais o encargo de adotar processos internos organizados que pretendem o alcance de eficácia e segurança jurídica aos atos formalizados. (texto digital, 2020)

Assim, indiscutível que uma excelente forma de organizar-se, de modo a trabalhar de acordo com suas obrigações e em efetivo cumprimento do que lhe é atribuído, à luz do conjunto normativo vigente é a implementação de políticas de *compliance*.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, a implementação de políticas de controle interno, através de códigos de conduta, manuais de boas práticas, cursos de aperfeiçoamento e atualização de conhecimentos, na forma dos conceitos anteriormente estudados, não obstante a obrigação de sua implementação trazida pelo art. 7º e seguintes do Provimento 88/19, caracterizam-se como louvável opção ao titular de serventia extrajudicial para garantir uma atuação em conformidade com todo o marco regulatório de sua atividade – consequentemente, a legalidade administrativa – bem como com o que dele e de sua equipe esperam a comunidade e o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo; CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otávio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/cfi/6/24!/4@0:0>> Acesso em 25 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATISTA, Ygor Almeida; GOULART, Maryelle Silva. A atuação dos tabelionatos brasileiros de notas na prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro. *Revista Científica da Faculdade Quirinópolis*, Quirinópolis, v. 2, n. 10, 2020. Disponível em: <<http://recifaqui.faqui.edu.br/index.php/recifaqui/article/view/25>> Acesso em 25 out. 2020.

BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*: atualizado de acordo com a Lei 12846/13 (Lei Anticorrupção), Decreto 8420/15, Lei 13303/16, 7753/17 (Lei do Estado do RJ) e Lei 13608/18. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MIRON, Rafael Brum. *Notários e registradores no combate à lavagem de dinheiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>> Acesso em 22 out. 2020.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

GABRIELA EMANUELE DE RESENDE

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na linha de pesquisa “Intervenção Penal e Garantismo”. E-mail: gabrielaresende@yahoo.com

MARIANA COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa “Intervenção Penal e Garantismo”. Mestra em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, na área de concentração Teoria do Direito, na interface entre a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional, pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2015). Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2017), na linha de pesquisa “Direito, Argumentação e Políticas Públicas: empiria e inovação na pesquisa jurídica”. Professora, advogada e jornalista. E-mail: prof.marianacolucci@gmail.com

INTRODUÇÃO

Pretende-se, nesta etapa, introduzir o seguinte problema de pesquisa: de que forma se dá a responsabilização criminal da figura do *compliance officer*?

Como objetivos gerais, enumeram-se: a) investigar a expansão do Direito Penal e suas eventuais consequências jurídicas; b) analisar a responsabilidade penal do *compliance officer*. Como objetivos específicos, pontuam-se os seguintes: a) discutir o conceito de sociedade de risco; b) verificar as atribuições dos programas de *criminal compliance*.

A hipótese da pesquisa que se pretende desenvolver parte da possibilidade de responsabilização criminal da figura do *compliance officer* desde que respeitados os parâmetros de responsabilidade penal previstos no Direito Penal Clássico, como a proibição da responsabilidade objetiva e a observância ao princípio da individualização das penas.

Quanto à metodologia, a pesquisa a ser desenvolvida pertence, nos termos do que propõe Gustin e Nicácio (2020), à grande área crítico-metodológica, cujo foco é construir uma teoria crítica da realidade. Em

relação à vertente metodológica, optou-se pela jurídico-sociológica. O raciocínio a ser desenvolvido será predominantemente hipotético-dedutivo.

1 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Os riscos sociais existem desde os primórdios da humanidade. Todavia, no contexto hodierno, as preocupações quanto a esses riscos assumem um caráter global (BECK, 2010). Dada a globalidade em referência, surge o termo Sociedade de Risco, em relação ao qual orbitam as ameaças trazidas pela industrialização, que geram uma sensação ininterrupta de insegurança. Os riscos reais, antes aceitos, são amplificados pelos meios de comunicação, fazendo com que a sociedade passe a exigir do Poder Público uma rápida solução. E, desse cenário resulta a expansão do Direito Penal e suas consequências.

2 CONSEQUÊNCIAS DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Há diversas consequências da expansão do Direito Penal na Sociedade de Risco,

Aponta-se inicialmente a criminalização de novas condutas por meio da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva (MAYRINK, 2020), tal como ocorreu com a edição da Lei de Crimes Ambientais, cujo foco é tutelar o bem jurídico meio ambiente (BRASIL, 1998).

Como segunda consequência, tem-se o predomínio de tipificações de mera conduta, isto é, criminalizações ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de condutas que exijam um resultado material lesivo ao bem jurídico (MAYRINK, 2020). Como exemplo, o crime de violação de domicílio, previsto no art. 150, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Ademais, há, na Sociedade de Risco, a tendência de antecipação do momento da intervenção penal, aumentando-se, por exemplo, as punições de atos preparatórios, uma vez que já não mais basta a efetiva lesão ao bem jurídico para que determinada conduta seja criminalizada (MAYRINK, 2020).

Por fim, ressalta-se que as demandas sociais e midiáticas por rápidas e severas respostas normativas diante dos novos perigos sociais deságuam em constantes violações ao conjunto de direitos e garantias fundamentais. E, nessa esteira, verificou-se o uso incorreto pelo Supremo Tribunal Federal do conceito de domínio do fato durante o julgamento da ação penal 470 (BRASIL, 2012).

3 OS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

Em vias contrárias ao que propõe a expansão do Direito Penal característica da Sociedade de Risco, surgem os programas de *criminal compliance*, que almejam prevenir delitos no âmbito empresarial e individualizar a responsabilidade criminal nos casos em que forem praticadas condutas típicas ao longo da atividade empresarial.

Um dos grandes problemas provenientes da expansão do Direito Penal e do surgimento de organizações empresariais complexas é a dificuldade de individualização de condutas para fim de responsabilização criminal. Os programas de *criminal compliance* efetivos são capazes de auxiliar nessa individualização, pois fornecem, quando bem implementados, um lastro probatório apto a demonstrar quem foi responsável por qual ação.

Ao auxiliar na individualização de condutas, os programas de *criminal compliance* ajudam a combater uma das características mais prejudiciais da expansão do Direito Penal própria da Sociedade de Risco: a violação de direitos e garantias fundamentais, pois ter consciência de qual ato foi praticado por quem em um contexto empresarial contribui para a devida responsabilização criminal.

3.1 A FIGURA DO COMPLIANCE OFFICER

O *compliance officer* é aquele que, no âmbito empresarial, será responsável por implantar as normas de *criminal compliance* e, via de regra, prevenir condutas delituosas.

Na prática jurídica brasileira, há, na maioria dos casos, uma distribuição dos cargos de *compliance officers* em um nível abaixo ao da administração, com o intuito de treinar empregados, averiguar o cumprimento de normas legais e próprias da sociedade em questão, investigar atividades e transmitir irregularidades à administração (ESTELLITA, 2017).

Inexiste um poder efetivo sobre os membros que compõem a atividade empresarial, razão pela qual a responsabilidade criminal do *compliance officer* deverá ser averiguada caso a caso, impedindo-se qualquer hipótese de responsabilização objetiva.

4 A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER

Diante da inexistência de uma regularidade específica acerca da figura do *compliance officer*, surge a necessidade de se estabelecer critérios para delimitação de sua responsabilidade criminal. Quanto aos crimes comissivos, não restam maiores dúvidas, uma vez que a eventual responsabilização penal dependerá do efetivo cometimento do crime, “seja em coautoria com

os demais sócios, seja singularmente ou por intermédio da pessoa jurídica” (BIZZO; CEDROLA; OLIVEIRA, 2021, p. 186).

Em relação aos crimes omissivos surgem questionamentos, sobretudo no que concerne aos crimes de omissão imprópria. Isso porque há casos em que o *compliance officer* desempenhará a função de garante, nos termos do que prevê o artigo 13, § 2º, alínea b do Código Penal. No que tange ao poder de agir para evitar o resultado, faz-se mister ressaltar que não basta a mera assunção contratual da função de prevenir delitos para que o *compliance officer* passe a ocupar o lugar de garantidor. É necessário, também, que haja o poder de agir para evitar o resultado. Nos casos em que formalmente o *compliance officer* deve evitar os delitos, mas não o faz por não possuir poder de controle dos membros da atividade empresarial, permanecerão responsáveis os garantidores originários (ESTELLITA, 2017).

A responsabilidade penal do *compliance officer* não pode ser atribuída objetivamente apenas com base no modo de contratação. Há necessidade de análise caso a caso do dever e poder de agir para evitar o resultado, aspectos esses que dependerão de fatores como a implementação efetiva do programa de *criminal compliance* e do poder diretivo do *compliance officer* frente àqueles que compõem o grupo empresarial, independente da posição hierárquica. E, para que seja possível aferir o grau de responsabilidade do *compliance officer* nos casos em que esse figura como garantidor, é necessário traçar uma linha do tempo do crime e incluir, hipoteticamente, a conduta que o garante deveria ter adotado. Se essa conduta for capaz de evitar a lesão ao bem jurídico, haverá responsabilidade criminal. Todavia, se referida conduta não for capaz de evitar o resultado, deverá a responsabilidade ser avaliada frente à teoria da diminuição do risco de lesão ao bem jurídico (MAYRINK, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os programas de *criminal compliance* surgem como mecanismos de contenção da expansão do Direito Penal característica da Sociedade de Risco. Dessa forma, tem como objetivo auxiliar na individualização da responsabilidade penal nas organizações empresariais, bem como prevenir delitos ao longo do desempenho da atividade empresarial.

Nesse contexto, surgem os *compliance officers*, cujo objetivo basilar reside na implementação dos programas de *compliance* e na prevenção de delitos no âmbito empresarial. Restam, contudo, dúvidas quanto à delimitação da responsabilidade penal dessa nova figura, sobretudo nos casos de omissão imprópria ou comissão por omissão.

Com a finalidade de solucionar essas questões, é necessário estabelecer que a responsabilidade criminal do *compliance officer* não poderá se dar objetivamente, e dependerá de fatores como a implantação de um programa de *criminal compliance* efetivo, da forma de distribuição de poderes e da forma de contratação, bem como deverão ser avaliados caso a caso aspectos como tipicidade, ilicitude, culpabilidade e nexa causal.

Ademais, a figura de garante será ocupada pelo *compliance officer* quando este obtiver o dever e poder de agir para evitar o resultado, nos termos do que propõe o caput do art. 13, do Código Penal. Logo, caso o *compliance officer* não possua poder de controle sobre os membros que compõem a organização empresarial, a responsabilidade penal permanecerá atrelada aos garantidores originários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BIZZO, Maria Fernanda Machado; CEDROLA, Silvia Altaf da Rocha Lima; OLIVEIRA, Camila Martins de. Responsabilização do Compliance Officer por Crimes Ambientais: uma Análise das Diretrizes Jurídicas a Partir da Modernização do Direito Penal. In: FABEL, Luciana Machado Teixeira; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Responsabilidade social corporativa e governança socioambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 de jul. de 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.605*, de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 8 de jul. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 de dez. de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 08 de jul. de 2022.

ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

MAYRINK, Renata Pereira; PEREIRA, Henrique Viana. *Criminal compliance* como medida de governança corporativa e seu papel na delimitação de responsabilidades penais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, p. 217-244, 2020.

MAYRINK, Renata Pereira. *Responsabilidade penal do compliance officer: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade*. 2020. 109 fl. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 70 – 125, mar./abr. 2008. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=4739. Acesso em: 06 jul. 2022.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Almedina, 2019.

DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O LIMITE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

GEÓRGIA SPERLING GARCIA

Mestranda em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista *latu sensu* em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora do grupo de pesquisa PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência. Advogada. georgia.sperlingg@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Na medida em que a sociedade evoluiu, novas necessidades foram surgindo, exigindo que o Estado instituisse limitadores ao seu próprio poder em relação ao povo, bem como garantisse direitos básicos a qualquer pessoa. Essa evolução histórica foi marcada por inúmeras disputas, em que minorias sociais lutaram bravamente para que tivessem seus direitos mais fundamentais reconhecidos pelo Estado. Ocorre que, o direito foi se modificando de acordo com as necessidades e exigências de cada período histórico, ou seja, acompanhando a evolução humana e os anseios de cada povo.

Assim, o direito de uma pessoa expressar aquilo que pensa ou acredita, apesar de parecer algo simples, é uma das maiores conquistas dos Estados Democráticos de Direito, contudo, tal direito não pode ser utilizado como ferramenta para propagação de discursos de ódio.

O propósito do presente artigo é analisar os limites do direito à liberdade de expressão e os discursos de ódio. A metodologia utilizada no trabalho privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e o trabalho está pautado na pesquisa bibliográfica analisando a legislação e doutrina especializada sobre o assunto. A técnica de coleta de dados será por meio de documentação indireta e qualitativa, buscando analisar a documentação existente.

Nesse sentido, inicialmente, é realizado uma abordagem acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, com foco central no direito à liberdade de expressão, identificando em que contexto surgiu a necessidade da positivação desses direitos, bem como de que forma passaram a incorporar o ordenamento jurídico. Esses conceitos são essenciais para a compreensão das

definições de discurso de ódio, bem como o limite entre o direito fundamental à liberdade de expressão e a propagação de discursos com o objetivo de incitar o ódio.

1 A DEMOCRACIA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito se formou na mesma medida em que as necessidades de determinado período histórico foram surgindo ou se intensificando, por essa razão não é possível compreender o conceito de direitos fundamentais sem fazer um breve apanhado da sua história. Os direitos fundamentais podem ser classificados como parte do direito público e direito constitucional, bem como um direito político sujeito a mudanças de ordem política, ou seja, uma espécie de resposta “à questão fundamental invariável da relação entre a liberdade individual e a ordem política” (PIEROTH; SCHILINK, 2012, p. 44-45).

O Estado de Direito, é definido por Kelsen, como uma “ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis”, ou seja, vinculadas a normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado, que se encontra à frente do governo. Existem, ainda, os tribunais, que são independentes, bem como são garantidas aos cidadãos certas liberdades, como “a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento” (KELSEN, 1998, p. 218).

No Brasil, no ano de 1824, os direitos fundamentais foram proclamados no artigo 179 da Constituição do Império. Já na Constituição Republicana de 1891 é retomado no artigo 72 os direitos fundamentais já existentes na constituinte anterior. Entretanto, são acrescentados feitos extremamente importantes como o reconhecimento “os direitos de reunião e de associação e das do instituto do habeas corpus” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 21-26).

Após a ascensão dos militares ao poder, período turbulento e de intensas violações aos direitos fundamentais, que durou cerca de 20 anos, entre os anos de 1964 e 1985, passa a vigorar a Constituição Federal de 1988, que devido ao grande período de restrição de direitos vividos, trouxe, em seu artigo 5º, várias noções de liberdade, como um direito fundamental dos homens.

Nesse sentido, a partir do momento em que um direito fundamental passa a ferir outro direito também fundamental, será preciso verificar de que forma tais direitos estão sendo aplicados ou utilizados e para qual finalidade, visto que não se pode usar o direito fundamental à liberdade de expressão como justificativa para manifestação de ódio contra determinados

grupos, geralmente, minorias sociais, por conta de sua raça, cor, etnia, religião, nacionalidade ou gênero, e que têm a capacidade de disseminar ódio, preconceitos e incentivar a contra essas minorias.

2 O DISCURSO DE ÓDIO

Os crimes de ódio, de modo geral, são aqueles praticado contra minorias sociais, motivados pelo preconceito e discriminação, em que o agressor se coloca como superior em relação ao grupo oprimido. Nesse sentido, discurso do ódio é definido como toda manifestação que possui como objetivo a propagação de ofensas e discriminação, incitando o ódio e a violência, nas suas mais diversas formas, contra indivíduos que integram minorias sociais (BRUGGER, 2007).

A complexidade do fenômeno do discurso do ódio, que infelizmente está presente nas diversas esferas da sociedade, se encontra na possibilidade de existir múltiplas formas de manifestação, bem como tipos diferentes de ódio, o que dificulta a construção de um padrão conceitual para a questão. Dessa forma, o discurso de ódio possui como característica a estigmatização da vítima, que passara a ser vista como inimigo para aquele que profere o discurso, ou seja, o fato de um indivíduo apresentar crenças, cultura, raça, sexo, gênero e etnia diversas, é motivo suficiente para que sejam vistos como inimigos, virando alvo dos discursos de ódio que, muitas vezes acabam evoluindo para outros tipos de violência (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS).

Na concepção de Dworkin, na arte e na música, não pode proibir os seus membros de “lerem, verem e ouvirem o que quiserem”. A censura, para o autor, além de ameaçar a liberdade positiva, pode ainda, violar o direito à independência ética (DWORKIN, 2012, p.381).

Contudo, Waldron, apresenta uma concepção distinta de Dworkin, e acredita que quando o direito de liberdade de expressão é utilizado para justificar discursos de ódio acaba acarretando elementos que prejudicam a democracia, ao invés de fortalecê-la. Assim, para o autor o os discursos não podem ofender ou afetar a dignidade, pois aí já caracterizariam o ódio, bem como esses discurso não podem comprometer o campo democrático (ORMELES).

No Brasil e em geral no direito comparado, observamos que a liberdade de expressão encontra limites na dignidade da pessoa humana, de todas as pessoas e grupos que se sentem afetados quando a liberdade de expressão é utilizada para veicular mensagens que possuem teor discriminatório, destinadas a incitar o ódio e a violência. A liberdade de expressão é um valor central em um Estado Democrático de direito, não existindo vida digna sem a possibilidade de manifestação daquilo que o

indivíduo entende como certo ou errado. Entretanto, isso não significa que o direito à liberdade de expressão possa passar por cima de outros direitos fundamentais, tampouco que seja utilizado como justificativa para propagação de discursos de ódio e demais violências (SARLET, 2020, p. 525).

3 LIMITES ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

A regulação do discurso do ódio pode ser interpretada como uma questão de conflito de direitos, quando o exercício de um determinado direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais, nascem as restrições ou colisões. Sendo uma atribuição da doutrina jurídica e dos tribunais “traçar os limites que permitam o exercício harmônico daqueles direitos fundamentais colidentes” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.170).

Quanto ao direito geral de liberdade, este funciona como um “princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie, bem como de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional. Nesse entendimento, a liberdade, “como faculdade genérica de ação ou de omissão”, permite ao indivíduo uma série de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal (SARLET, 2020, p. 504).

Ainda que haja colisão entre dois princípios fundamentais, na hora da ponderação, será necessário analisar o objetivo daquele que fez uso da liberdade de expressão. Assim, entende-se que todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pelo direito à liberdade de expressão, portanto em caso de conflito, é necessário analisar se o indivíduo que proferiu o discurso tinha como intuito simplesmente expressar uma opinião ou, tinha como objetivo atingir outro indivíduo ou grupo, com falas carregadas de ódio. Dessa forma, o direito à liberdade de expressão é um dos mais importantes dentro dos direitos das liberdades, contudo, não é ilimitado e em determinados casos deve ser ponderado em relação a outros direitos igualmente fundamentais.

CONCLUSÃO

Um direito fundamental não deve, jamais, ser utilizado com instrumento para justificar violações a outros indivíduos, tampouco ser usado como arma contra minorias sociais ou qualquer pessoa que, por

ser diferente daquilo que aquele que profere o discurso de ódio considera normal ou correto, vira alvo de ataques.

Nesse sentido, através da análise da evolução histórica dos direitos fundamentais compreende-se que o direito à liberdade de expressão é resultado de bravas lutas travadas durante anos, considerado uma das maiores conquistas de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o que em outros períodos históricos seria inconcebível, direito de expressar aquilo que pensa independente da sua posição social, hoje é considerado um direito fundamental. Ocorre que, a ideia de propagar discursos com o objetivo de incitar o ódio, sob a justificativa de que gozam do direito fundamental à liberdade de expressão, não deve prevalecer, uma vez que fere diretamente outros direitos fundamentais também amparados pela Constituição.

Por fim, os esclarecimentos e conceitos abordados contribuem para o entendimento de que, nenhum direito é absoluto, sendo necessário observar que se determinado discurso viola outros preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, não é possível que tal discurso seja protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - Teoria Discursiva do Direito, 3ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2018.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista de Direito Público, Brasília, DF, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. Ed. Atlas, 2014.

DWORKIN, Justiça para ouriços. Coimbra: Almedina, 2012.

ORMELES, Vinicius Fernandes. Waldron, liberalismo político e discurso de ódio. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 23, n. 37, p. 77-

93. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Ed. Saraiva, 2012

SARLET, Ingo, W. et al. *Curso de direito constitucional*. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2020.

KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Revista de informação legislativa: RIL, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143>.

CONTROLE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE NA FASE DE EXECUÇÃO

GIOVANNI DE ARAÚJO NUNES

Mestre em Ciência Jurídica pelo PPGD-UENP, área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. Durante o mestrado, foi bolsista CAPES e Fundação Araucária. Especialista em Direito Público pela UNINTER. Graduado em Direito pela UENP. Participação em grupos de pesquisa: Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas; Intervenção do Estado na vida das pessoas; e GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais. Advogado OAB/PR. E-mail: giovanni.a.n.97@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.230/2021 trouxe significativas mudanças à Lei de Improbidade Administrativa (LIA), dentre as quais o §6º do art. 12, com a seguinte redação: “§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos”. Em outras palavras, estabeleceu-se uma vedação semelhante a do *non bis in idem*, porém especificamente à reparação do dano para evitar enriquecimento ilícito.

A justificativa para tanto seria de que não há sentido em, por exemplo, determinado agente público desviar recursos num prejuízo de R\$ 1 milhão aos cofres públicos e ter de ressarcir R\$ 1 milhão em processo civil de improbidade, R\$ 1 milhão na esfera criminal e R\$ 1 milhão em processo administrativo disciplinar.

1 OBJETIVO E METODOLOGIA

Resta saber, entretanto, em que âmbito e momento processual deve-se dar preferência para o ressarcimento do dano, ou se a indenização pode ser obtida separadamente, parcelas da quantia total ressarcidas em cada âmbito jurisdicional e administrativo. É nesse questionamento que consiste o problema da presente pesquisa, sendo a hipótese no sentido

de que tal controle deve ser feito momento do cumprimento de sentença. Serão utilizados o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A fim de testar a hipótese, buscar-se-á na legislação e doutrina do Direito Processual Civil, Direito Administrativo e Direito Processual Penal possíveis soluções para tratar da coexistência de processos judiciais e administrativos, ou de processos judiciais no âmbito cível e no âmbito penal envolvendo os mesmos fatos.

2 DISCUSSÃO E RESULTADOS

O novo §6º do art. 12 da LIA tem como pretensão evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, na hipótese de recuperar valores acima do equivalente ao dano causado a depender do número de âmbitos em que se discutir o mesmo fato envolvendo suposto ato de improbidade. A redação do novo dispositivo apenas estabelece que a reparação do dano em processo de improbidade deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas demais instâncias. Porém, ao assim dispor, o texto da lei se refere apenas à hipótese em que é proferida decisão de mérito no processo de improbidade após já transitada em julgado ação penal referente ao mesmo fato ou finalizadas as instâncias administrativas e tendo já ocorrido o ressarcimento do dano nessas esferas. O dispositivo não trata de como deve ser feita a dedução do ressarcimento do dano na hipótese em que ambos os processos não finalizaram, ou na hipótese em que primeiro transita em julgado a ação civil de improbidade.

É possível já afirmar que, caso primeiro transite em julgado a ação civil de improbidade, não haverá preocupação em deduzir valor algum da reparação do dano, pois seria essa a primeira decisão versando sobre a questão de mérito da indenização. Quando ambos os processos (de improbidade, civil, penal e/ou administrativo) ainda não finalizaram é que surge a preocupação de qual a melhor maneira de se assegurar o ressarcimento do dano causado à Administração Pública sem que ela obtenha enriquecimento sem causa.

É a hipótese, aliás, mais provável de acontecer nos casos concretos envolvendo ilícitos de improbidade administrativa: por exemplo, agente público processado por ato de improbidade administrativa e, ao mesmo tempo, por determinado crime contra a Administração Pública. Nesses casos, muitas vezes existe sentença penal condenando o réu a reparar o dano, mas ainda está passível de recurso. O mesmo acontecendo na esfera administrativa, fora a possibilidade de se buscar a reparação do dano futuramente via judicial. São todas situações em que podem conviver

simultaneamente processos de improbidade, civil, penal e/ou administrativo tratando do mesmo fato.

Como se trata de instâncias diversas e autônomas (LIMA, 2021, p. 352; CARVALHO, 2021, p. 423), é possível a coexistência não apenas de processos distintos em fase de cognição, como também em fase de execução e consequentes títulos executivos judiciais distintos: um formado a partir de processo judicial de improbidade administrativa, outro formado em processo penal e outro formado em processo administrativo com inscrição de dívida ativa (título executivo extrajudicial). Ambos determinam o ressarcimento ao erário e se referem a uma mesma conduta e ao mesmo dano causado à Administração Pública. Por essa razão, parece haver maior segurança jurídica deixar que a dedução do ressarcimento do dano obtido nas instâncias cível, penal, administrativa e em processo de improbidade ocorra quando ambos os títulos executivos estiverem formados, isto é, na fase de execução.

Um novo problema, entretanto, parece despontar: e se os valores de cada um desses títulos judiciais não forem compatíveis entre si?

Nesse caso, sendo o objeto deles da mesma natureza – ressarcimento do dano –, mais seguro juridicamente parece ser sua execução conjunta em Vara da Fazenda Pública. Sempre que está em juízo, a Fazenda Pública atua na defesa do erário enquanto uma das facetas de seu dever de tutela do interesse público (CUNHA, 2019, p. 28-29). Por prevalecer, portanto, o interesse da Administração Pública na obtenção do ressarcimento do dano de improbidade, faz mais sentido que a execução conjunta dos títulos se dê na Vara da Fazenda Pública, e que aí seja feita a determinação do valor devido.

Em segundo lugar, caso ainda não executado, deve-se descartar o valor inscrito em dívida ativa, pois se trata de título executivo formado em processo administrativo e, portanto, parece ser mais lógico que a ele prevaleça qualquer decisão obtida no âmbito judicial. Feita essa subtração, resta saber qual desses valores deve-se considerar devido: o obtido em processo civil de improbidade ou o obtido no processo penal.

O valor mínimo fixado em sentença penal condenatória é mero efeito automático da decisão, ou seja, independe de pedido expresso do Ministério Público. Desse modo, sempre que for fixado, em sentença penal, valor mínimo da indenização, poderá se optar pela execução desse valor – mediante ação de execução *ex delicto* –, poderá se fazer nova liquidação e, em seguida, executá-lo, ou então pode-se ajuizar a chamada ação civil *ex delicto* (art. 63, *caput* e parágrafo único, e art. 387, IV, CPP). A ação civil *ex delicto* se difere da ação de execução *ex delicto* na medida em que esta visa executar no âmbito civil sentença penal já transitada em julgado para reparar o dano

causado, enquanto aquela é uma ação ordinária de conhecimento que visa reconhecer o dano, além de executá-lo, é proposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e pode ser suspensa durante o curso de ação penal que trata do mesmo fato, conforme art. 64 do Código de Processo Penal (TÁVORA, 2017, p. 349).

Coexistindo processo civil de improbidade e um processo penal por suposta prática de crime contra a Administração Pública envolvendo o mesmo fato, por mais que a ação civil de improbidade vise a aplicação de sanções, também existe sua face reparatória (PAZZAGLINI FILHO, 2022, p. 157). Desse modo, para fins processuais, haveria uma equivalência entre a ação civil de improbidade e a ação civil *ex delicto* no que tange o aspecto reparatório. Tanto assim é que, na hipótese de nenhuma sanção ser aplicada no âmbito da improbidade administrativa, é possível não só ajuizar ação civil pública para a reparação do dano como até mesmo converter a ação civil de improbidade em ação civil pública, exclusivamente para fins de ressarcimento do dano (art. 17, § 16, LIA).

Portanto, sendo a ação civil de improbidade equivalente à ação civil *ex delicto* no que tange o aspecto reparatório, para saber qual valor considerar como devido aos cofres públicos entre o valor obtido em processo civil de improbidade e o valor obtido no processo penal, basta aplicar o que dispõe o CPP (NUCCI, 2014, p. 119; CAPEZ, 2017, p. 219-220): a própria vítima lesada (no caso, a Administração Pública) poderá optar entre o valor estabelecido pelo juiz criminal na sentença penal condenatória transitada em julgado, liquidá-lo para depois executar, executar valor reconhecido em sentença de eventual ação civil *ex delicto* ou executar valor atribuído em sentença de ação civil de improbidade, pois para fins de reparação do dano seria equivalente a uma ação civil *ex delicto*.

A partir dessa escolha é que poderá ser feita a dedução do valor indenizável à Fazenda. Caso a Administração Pública prefira executar o valor da sentença penal condenatória, ficará prejudicada a possibilidade de execução do valor atribuído em sentença civil por ato de improbidade. Por outro lado, optando-se pela execução desse valor, fica prejudicada a possibilidade de execução do valor atribuído na sentença penal condenatória, com ou sem liquidação, ou em sentença de ação civil *ex delicto*.

Na prática, é possível pressupor uma preferência da Administração Pública por executar os valores estabelecidos a partir de processo civil de improbidade. É que, em âmbito processual penal, somente é possível executar o valor da indenização pelo dano quando do trânsito em julgado, enquanto a LIA não veda a execução da reparação do dano antes disso, apenas a execução das sanções (§9º, art. 12).

CONCLUSÃO

A dedução do valor de reparação do dano a que se refere o §6º, art. 12, da LIA pode ocorrer apenas na hipótese em que é proferida decisão de mérito no processo de improbidade após já transitada em julgado ação penal referente ao mesmo fato ou finalizadas as instâncias administrativas e tendo já ocorrido o ressarcimento do dano nessas esferas.

Por outro lado, há de se dizer que não se trata de dedução do valor o que ocorre com as indenizações por danos fixadas simultaneamente, e ainda não executadas, em processo judicial de improbidade, processo judicial penal e processo administrativo pelo mesmo fato. Primeiro porque, havendo condenação à reparação de danos na esfera judicial, isso prevalece sobre o que foi estabelecido em processo administrativo. Em segundo lugar, cabe a vítima optar pela execução do valor fixado em sentença de improbidade ou sentença penal condenatória, ajuizar ação autônoma de reparação do dano antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, executar valor mínimo fixado nessa sentença, ou liquidá-lo para depois executar. Optando-se pela execução do valor da sentença em processo de improbidade, automaticamente se descarta a possibilidade de execução do valor fixado em sentença penal condenatória, e a recíproca é verdadeira. A hipótese foi, assim, confirmada, na medida em que tal escolha se efetiva no momento de execução da sentença, o que também ocorre com a dedução a que se refere o §6º, art. 12, da LIA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei de Improbidade Administrativa*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Lei n. 8.429. Rio de Janeiro, 2 jun. 1992. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 ago. 2022.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prática Forense Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NOVO REGIME DE
INDISPONIBILIDADE DE
BENS EM IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E SUA
VIOLAÇÃO AO PODER GERAL
DE CAUTELA DO JUDICIÁRIO
– MUDANÇA TRAZIDA
PELA LEI N. 14.230 DE 2021
À LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

GIOVANNI DE ARAÚJO NUNES

Mestre em Ciência Jurídica pelo PPGD-UENP, área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. Durante o mestrado, foi bolsista CAPES e Fundação Araucária. Especialista em Direito Público pela UNINTER. Graduado em Direito pela UENP. Participação em grupos de pesquisa: Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas; Intervenção do Estado na vida das pessoas; e GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais.
Advogado OAB/PR. E-mail: giovanni.a.n.97@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.230/2021 trouxe significativas mudanças ao regime jurídico da Improbidade Administrativa (LIA), dentre as quais a presente pesquisa tratará do novo regramento da indisponibilidade de bens. Agora, o § 10 do art. 16 da LIA estabelece que a multa civil não mais poderá ser assegurada por meio da cautelar indisponibilidade de bens, proibição que ao ver deste pesquisador encontra-se em total dissonância com o poder geral de cautela do Judiciário.

Esta pesquisa visa verificar se de fato o citado novo dispositivo viola o poder geral de cautela, bem como identificar possível solução interpretativa a esse problema de efetivação da tutela jurisdicional. A hipótese é de que o § 10 do art. 16 da LIA viola o poder geral de cautela do Judiciário, mas que uma possível solução interpretativa a esse problema encontra-se no art. 16, § 3º, da LIA.

1 INDISPONIBILIDADE DE BENS NO PROCESSO DE IMPROBIDADE

O STJ havia consolidado o entendimento de que também seria possível a cautelar de indisponibilidade de bens na hipótese do art. 11 da LIA, ainda que não houvesse, portanto, qualquer dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Isso porque a finalidade de tal cautelar é assegurar a base patrimonial para todas as consequências financeiras que podem decorrer de uma condenação por ato de improbidade, dentre as quais está não só o ressarcimento do dano e a devolução do proveito ilicitamente obtido, mas também o pagamento de multa ou, como entende parte da doutrina, indenização por danos ao patrimônio moral do ente (ALVES; GARCIA, 2015, p. 1.065). Esse entendimento amplificava a redação do art. 7º da LIA, que era claro sobre a indisponibilidade de bens não ser cabível na hipótese de multa civil por ato de improbidade do art. 11.

Nesse contexto, surge um posicionamento doutrinário no sentido de que tal entendimento jurisprudencial seria indevido até mesmo do ponto de vista da teoria geral do direito, uma vez que não se pode interpretar extensivamente norma que é restritiva de direitos. Isso fere o devido processo legal sob o prisma substantivo, o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica.

O citado entendimento do STJ extrapolou, portanto, a razoabilidade de uma interpretação extensiva. Assim não seria se previsse apenas a possibilidade de indisponibilidade de bens a quaisquer efeitos patrimoniais da condenação por ato de improbidade administrativa, não só para assegurar a reparação do dano e a devolução do proveito ilícito, mas também para resguardar a eficácia de execução de multa. Com as mudanças encampadas em 2021, a Lei de Improbidade Administrativa poderia dispor sobre a indisponibilidade de bens justamente nesse sentido.

Entretanto, tal reforma acabou por ultrapassar o razoável no oposto sentido do que era o entendimento do STJ quanto à indisponibilidade de bens. Este ultrapassou o razoável por meio de interpretação extensiva à medida restritiva de direito. A reforma da LIA sobre essa cautelar, por sua vez, ultrapassou o razoável no que se refere ao poder geral de cautela do magistrado, agora totalmente deficitário quanto à cautelar de indisponibilidade de bens. Sua eficácia foi tolhida com o novo § 10, art. 16, da LIA. Eis sua redação: “§ 10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita” (grifo nosso).

Portanto, com a reforma da LIA de 2021, a multa civil não mais poderá ser assegurada por meio da cautelar de indisponibilidade de bens, violando por completo o poder geral de cautela do Judiciário e na contramão de tudo que o Legislativo, a doutrina e a jurisprudência já consolidaram em matéria das cautelares, instrumentos em prol da efetividade da tutela jurisdicional e erigidos no sentido de fortificar o chamado “poder geral de cautela” do Judiciário.

2 INDISPOIBILIDADE DE BENS EM CONSONÂNCIA COM O PODER GERAL DE CAUTELA E A PROTEÇÃO DO RESULTADO ÚTIL NO PROCESSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O CPC de 2015 modificou o rol das cautelares, possibilitando a concessão das denominadas “cautelares atípicas”, isto é, para além do rol expresso no Código de Processo Civil (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 261). O intuito de tal medida foi reforçar o chamado “poder geral de cautela” do Judiciário: uma atuação jurisdicional que possibilite a adequação e conformidade de determinada tutela cautelar às circunstâncias e particularidades do caso concreto (TAVARES; MOTA; FELDENS, 2019, p. 123; CÂMARA, 2017, p. 110). Para a proteção de um bem jurídico, deve-se adotar a medida cautelar que seja mais necessária, proporcional e adequada, ainda que não expressamente prevista no rol das cautelares do CPC (art. 301).

Não há sentido, portanto, em vetar que a indisponibilidade de bens resguarde a multa civil no processo de improbidade se, por exemplo, há elementos que apontam para o risco de dilapidação patrimonial do réu e, por isso, de que, ao final do processo, não exista patrimônio do condenado que permita-o cumprir com sua obrigação de pagamento da multa. Para a proteção de um bem jurídico, deve-se adotar a medida cautelar mais adequada, mas o novo § 10, art. 16, da LIA impede que isso ocorra quando se trata de execução da multa civil em improbidade administrativa.

Outra recente mudança afetou consideravelmente a eficácia da cautelar de indisponibilidade de bens, mas se mostrou contraditória com a impossibilidade de tal cautelar resguardar a execução de multa – razão pela qual, aliás, essa pode ser uma brecha legislativa para que a indisponibilidade de bens seja, sim, aplicável à execução de multa por ato de improbidade.

O STJ havia consolidado o entendimento de que a cautelar indisponibilidade de bens seria uma espécie de tutela da evidência (REsp n. 1.366.721-BA, 2013/0029548-3, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, p. 14-17). Sendo assim, não seria necessário demonstrar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo para a sua concessão. Entretanto, com

a Lei n. 14.230 de 2021, a LIA (art. 16, § 3º) passou a prever expressamente que a indisponibilidade de bens é uma cautelar da espécie tutela de urgência, ou seja, deve-se demonstrar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, além da probabilidade do direito, para o seu deferimento.

Ora, se a indisponibilidade de bens passou, a gora, a ser uma espécie de tutela de urgência, não há razão para considerar, em qualquer hipótese, inaplicável a indisponibilidade de bens para assegurar execução de multa por ato de improbidade. Se somente se admite a concessão de tal cautelar quando demonstrado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não há razoabilidade em não se deferir tal cautelar quando comprovado que o agente pratica atos tendentes a ocultar ou dilapidar seu patrimônio e que, por isso, é possível que, na execução da multa, inexistam patrimônio para assegurá-la.

Numa situação como essa, há urgência, por risco ao resultado útil do processo, para que se resguarde a execução de multa por ato de improbidade. Restringir que uma cautelar seja cabível apenas para assegurar a base patrimonial de determinadas consequências financeiras da decisão judicial, ainda que haja urgência, é restringir também o poder geral de cautela do Judiciário e tornar tal decisão totalmente ineficaz.

Assim, com respaldo no próprio art. 16, § 3º, da LIA, que passou a prever que a indisponibilidade de bens é tutela de urgência; e com base na doutrina, em outros dispositivos e entendimentos jurisprudenciais sobre a necessidade de as medidas cautelares se voltarem à maior efetividade do processo por meio do poder de cautela do Judiciário; há de se entender que o MP não pode ser impedido de se valer do arresto para assegurar o pagamento de multa civil caso haja indícios concretos de que suposto agente de ato ímprobo pratica atos tendentes a ocultar ou dilapidar seu patrimônio.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou que o novo § 10 do art. 16 da LIA encontra-se em dissonância com o poder geral de cautela do Judiciário. Ao mesmo tempo, o § 3º do mesmo artigo é expresso no sentido de que a indisponibilidade de bens não é tutela de evidência, mas de urgência, o que possibilitaria uma interpretação do § 10 no sentido de se admitir que a indisponibilidade de bens recaia sobre os valores da multa civil. Porém, não deixa de se tratar de uma contradição normativa, na medida em que são dois dispositivos legais de mesma hierarquia e num mesmo diploma normativo.

Será necessário que os tribunais solucionem essa controvérsia. Ao nosso ver, a interpretação mais razoável deve ser no sentido de se permitir que a indisponibilidade de bens incida sobre os valores a título de multa civil, sob pena de ser inconstitucional a vedação do § 10, art. 16, da LIA. Ao violar o poder geral de cautela do Judiciário, o novel dispositivo afronta diretamente os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da tutela jurisdicional efetiva, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF, grifo nosso) e existe uma relação íntima entre “o direito fundamental processual” e a “capacidade de o Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional” que seja adequada ao caso concreto (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 80).

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 ago. 2022.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 out. de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. *Lei de Improbidade Administrativa*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Lei n. 8.429. Rio de Janeiro, 2 jun. 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em 10 ago. 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TAVARES, Thiago Passos; MOTA Marlton Fontes; FELDENS, Dinamara Garcia. Medidas assecuratórias atípicas e o poder geral de cautela no novo CPC. *Revista Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 7, n. 2, p. 117-128, Abril/Maio/Junho – 2019.

POLÍTICA CRIMINAL NEOLIBERAL: O COMBATE À CRIMINALIDADE ECONÔMICA COMO LEGITIMADOR DO ESVAZIAMENTO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

GLEXANDRE DE SOUZA CALIXTO

Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina. Membro do Grupo de Criminologia Crítica Vera Andrade - GCCRIT/UFSC.

LUÍSA NEIS RIBEIRO

Mestranda e Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Sociologia do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

INTRODUÇÃO

A utilização do direito penal para os mais diversos fins tem colocado em questão as concepções clássicas de *bem jurídico* como a de Hans Welzel (1997). À época, o autor conceituou o termo enquanto critério para criminalização de condutas, segundo o qual tem-se um bem jurídico-criminal quando há necessidade de respaldo dos valores éticos-sociais de determinado grupo de indivíduos.

Após mudanças político-institucionais promovidas pela globalização e pós-industrialização, passaram a ser objeto de tutela penal diversos bens coletivos, como o meio ambiente e a economia, colocando em xeque o conceito de bem jurídico e seu efeito limitador da criminalização. Tal fenômeno pode ser denominado como: sociedade de risco (BECK, 1998), direito penal de emergência ou direito penal do inimigo (JAKOBS, 2015).

Nessa toada, surgem marcos como a lei de crimes ambientais e de crimes tributários, cujos objetivos não são garantir o direito de um indivíduo, e sim da coletividade. A lei de lavagem de dinheiro, originalmente promulgada como Lei n. 9613/98 e posteriormente modificada pela Lei n. 12.683/2012, é outro exemplo disso, denotando uma certa ausência de clareza sobre o bem jurídico que tutela.

As funções dessa criminalização exacerbada que contraria a concepção clássica de direito penal - cuja finalidade era a proteção de condutas danosas ao indivíduo - são alvos de diversas críticas tanto no campo da criminologia, quanto na dogmática penal. Ambas as perspectivas enfatizam especialmente a problemática da proteção via direito penal de bens jurídicos que são, muitas vezes, remanescentes de reconhecimento da própria sociedade e de consolidação teórica enquanto tal.

Assim, retira-se o caráter fragmentário do Direito Penal, utilizando-o como mecanismo de promoção da sensação de segurança, mesmo que de forma ilusória. É o que se vê na regulação de condutas pelo sistema penal como a corrupção e os crimes ambientais, âmbitos nos quais a ineficácia da seara penal para cumprir as funções da pena de prevenção geral ou retributiva da pena fica evidente. Isso decorre principalmente da dificuldade de imposição de sanção penal aos grandes causadores do dano, ante à necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado.

Na leitura mais ampla da sociologia jurídica, o agigantamento do controle penal do Estado é identificado por autores como Löïc Wacquant (2012) e Sernaqué (2002) como uma característica do neoliberalismo. Trata-se de uma governamentalidade (Cf. FOUCAULT, 2008) que remodela o Estado, reduzindo-o em provisão social e ampliando-o na vigilância e nos mecanismos de segurança e punição. Desse modo, entendemos que não há como analisar criticamente o fenômeno dos bens jurídicos coletivos, cada vez mais presentes na produção legislativa criminal brasileira e internacional, sem levar o fenômeno neoliberal e suas implicações em consideração.

Assim sendo, para melhor compreensão acerca do contexto e das razões para criminalização de bens jurídicos atrelados especificamente à criminalidade econômica, se avaliará o processo legislativo que deu origem à nova lei de lavagem de dinheiro (Lei n. 12.683/2012) e suas matrizes teóricas de justificação. Busca-se, pelo método indutivo, demonstrar que a teoria econômica do crime tem ancorado o direito penal e contribuído para a construção do Estado penal. Restringiu-se o foco do trabalho à análise da referida lei devido à sua centralidade no campo da criminalidade econômica contemporânea e às limitações inerentes à pesquisa.

1 OBJETO E OBJETIVOS

Esta pesquisa sustenta como objetivo geral verificar qual era a finalidade do legislador penal ao atualizar a lei de lavagem de dinheiro.

Como parte de seus objetivos específicos, pretende-se:

- (i) Num primeiro momento, averiguar como se deu o processo legislativo da lei 12.683/2012, na Câmara dos Deputados e no Congresso Nacional.
- (ii) Avaliar quais foram as justificativas apresentadas para alterar a legislação, bem como quais alterações foram propostas.
- (iii) Analisar a linha de pensamento teórico seguida pelos parlamentares.
- (iv) Identificar a política criminal adotada pelos membros do parlamento na tomada de decisão legislativa da lei 12.683/2012.

2 METODOLOGIA

A metodologia adotada no trabalho é baseada na análise legislativa da lei 12.683/2012. Para o desenvolvimento da pesquisa foram analisadas a justificativa do projeto de lei, os pareceres das comissões pelas quais o projeto tramitou, bem como o relatório final do Plenário, nas duas casas legislativas. Além do mais, de maneira a ponderar a análise e suas conclusões, utilizou-se também de revisão bibliográfica.

3 RESULTADOS

Inicialmente, chama a atenção a ausência de uma discussão aprofundada sobre qual seria o bem jurídico tutelado pela nova legislação. Durante a tramitação, o único momento em que referido conceito aparece é na justificativa, em que o proponente apenas anuncia o sistema econômico financeiro como bem tutelado pela norma, sem nenhuma reflexão sobre o o referido conceito, e qual seria o resultado do alargamento da conceituação.

Por fim, durante o desenvolvimento da pesquisa foi possível constatar a veracidade da crítica criminológica crítica da utilização do direito penal na seara econômica como forma de garantir a hegemonia do mercado. Como estratégia para isso, o sistema se utiliza do discurso universalista da punição no momento da tomada de decisão legislativa penal, ao mesmo tempo que propaga a seletividade penal na aplicação da pena, e no oferecimento de benefícios como a Colaboração Premiada e o Acordo de Não Persecução Penal.

CONCLUSÕES

Desse modo, foi possível concluir que a noção mais alargada do conceito de bem jurídico, abarcando os chamados coletivos, extrapolando a clássica noção liberal do referido conceito, ao qual se tinha anteriormente. Como mecanismo, o Estado mobiliza o seu braço mais forte para garantir respostas às demandas do mercado internacional, de um lado, e de outro, para implementar formal e legalmente um tipo de sujeito regulado por incentivos e desincentivos.

Esse fenômeno, encontra respaldo na produção teórica de economistas defensores do neoliberalismo, como Gary Becker, extrapolando os limites da academia, e, adentrando o parlamento, como base argumentativa de proposições legislativas que busquem atender os anseios do centro global.

Como consequência, temos a diminuição de garantias processuais e o aumento do controle das instituições acusatórias e punitivas. É o que se vê, por exemplo, no caso da desnecessidade de autorização judicial para acesso aos dados cadastrais do investigado por parte da autoridade policial e do Ministério Público. Assim, tem-se um agigantamento do Estado decorrente de uma demanda do mercado por controle, fiscalização e criminalização no campo da criminalidade econômica e de um novo exercício do controle social pela subjetividade.

Nesse sentido, a reforma legislativa da lei de lavagem de dinheiro, pode ser classificada como uma política criminal neoliberal, ao fragilizar as garantias processuais e alargar as hipóteses de imputação, ao mesmo tempo em que promove o recrudescimento do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: Reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. *Seqüência (Florianópolis)*, n. 67, p. 335-356, dez. 2013. Disponível em: . Acesso em: 1 set. 2022.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Senado. Projeto de Lei nº 3443/2008, de 20 de maio de 2008. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a perseguição penal

dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 209/2003, de 29 de maio de 2003. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a perseguição penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/926?sequencia=56>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Congresso. Senado. Substitutivo da Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 209/2003, de 16 de novembro de 2011. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a perseguição penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103258>.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O SETOR IMOBILIÁRIO: FATORES FAVORÁVEIS À PERPETUAÇÃO DA LAVAGEM DE ATIVOS FINANCEIROS

ISABELLA LIMA DE BRITO

Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

JOÃO ANTÔNIO SIMONATO DE AZEVEDO

Graduando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Do ponto de vista socioeconômico, evidencia-se que a globalização não deve ser classificada como um processo isolado, tendo em vista que sua existência está diretamente vinculada à liberalização da economia. Esta, por sua vez, foi inicialmente adotada no século XVIII e consiste em uma política estatal, que buscou propagar o não intervencionismo estatal nas relações econômicas. Dentre seus principais efeitos, destacam-se a liberdade alfandegária e a cooperação comercial entre os países. Estes fatores influenciaram o processo de globalização, que alcançou visibilidade sobretudo na década de 1980 e impulsionou o desenvolvimento das relações capitalistas, além de promover o trânsito global de pessoas, capitais, serviços e mercadorias.

Como resultados dos referidos processos, ocorreram implicações negativas no âmbito das relações econômicas, como a manifestação alarmante da criminalidade econômica, em especial do crime de lavagem de capitais. Consequentemente, o Direito Penal precisou idealizar métodos voltados à tutela de bens jurídicos ameaçados pelo crime de lavagem de dinheiro, tais como a administração da justiça e a ordem socioeconômica. Assim, no âmbito internacional, foram implementadas diretrizes e organismos direcionadas à prevenção e ao combate aos crimes financeiros, dentre os quais cabe salientar: *i*) a Convenção de Viena (1969); *ii*) *The Financial Action Task Force* (1989); e *iii*) a Organização das Nações Unidas (1945).

Por outro lado, do ponto de vista nacional, foram adotadas medidas como a ratificação de convenções de caráter internacional, a instituição de legislações específicas e a implementação de órgãos reguladores e fiscalizadores das práticas ilícitas. Podem ser citados como exemplos: *i)* a Lei nº 9.613/98; *ii)* a Resolução – COFECI nº 1.336/2014; *iii)* a Resolução nº 88/2019; e *iv)* e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Neste segmento, a Lei nº 9.613/98 dispõe sobre o conceito do delito de lavagem de dinheiro nos seguintes termos: “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”, ou seja, trata-se de mecanismo direcionado à ocultação da origem ilícita de ativos financeiros – os quais, por sua vez, foram adquiridos mediante a prática de crimes correlatos -, buscando conferir-lhes aparência lícita.

Um dos setores de maior incidência da prática do crime de lavagem de capitais é o setor imobiliário, uma vez que confere ao agente elevada rentabilidade econômica. À vista disso, as medidas legislativas, juntamente à atuação de órgãos fiscalizadores, pretendem inviabilizar a perpetuação da prática delitiva, inclusive através da atribuição do dever de cooperação entre os agentes que integram o mercado imobiliário e o Estado.

Posto isso, no primeiro tópico, o texto entenderá os processos de liberalização da economia e da globalização, bem como os efeitos advindos destes, em especial a difusão da criminalidade econômica. No segundo tópico, serão observados o conceito de “lavagem de dinheiro” e os setores em que essa prática delitiva se perpetua com maior incidência, dando especial enfoque ao ramo imobiliário. Ainda, proceder-se-á à análise de quais medidas legislativas e organismos, de caráter nacional e internacional, concorrem para a prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro. Por fim, propõe-se entender quais fatores favorecem a perpetuação do crime de lavagem de capitais no setor imobiliário.

Assim, tem-se como problemática central: quais fatores fazem com que o setor imobiliário seja um viés atrativo para a perpetuação do crime de lavagem de dinheiro?

O presente estudo utilizou-se do método de pesquisa dedutivo e de fontes secundárias, tais como artigos científicos, publicações periódicas, estudos bibliográficos e estatísticos voltados ao âmbito do Direito Internacional e do Direito Penal Econômico, especialmente ao crime organizado e à lavagem de dinheiro. Parte-se da hipótese de que o elevado valor decorrente das operações de compra e venda de imóveis, a liberdade de negociação entre as partes envolvidas, a reprodução de falsas especulações e a fragilidade da fiscalização por parte das autoridades públicas contribuem

para perpetuação do crime de lavagem de dinheiro no setor imobiliário, tornando-o mais atrativo para a prática das condutas ilícitas.

MÉTODO

O presente estudo utilizou-se do método de pesquisa dedutivo e de fontes secundárias, tais como artigos científicos, publicações periódicas, estudos bibliográficos e estatísticos voltados ao âmbito do Direito Internacional e do Direito Penal Econômico, especialmente ao crime organizado e à lavagem de dinheiro.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A partir das pesquisas realizadas, foi possível constatar que os processos de liberalização da economia e da globalização foram fundamentais para concretizar a criminalidade econômica a níveis internacionais, inclusive em território brasileiro. Neste segmento, conclui-se que a prática do crime de lavagem de dinheiro depende da prática de crimes correlatos, dentre os quais evidencia-se, principalmente, o tráfico internacional de drogas, a organização criminosa, o contrabando e a corrupção.

O setor imobiliário é visto como um viés atrativo para fins da prática do tipo penal supracitado, pois, assim como exposto pelo Parlamento Europeu, trata-se de um setor que permite a movimentação de elevados valores mediante a compra e venda de imóveis. Não suficiente, a pesquisa realizada pela autoridade estatal europeia destaca a funcionalidade conferida ao bem imóvel, haja vista que este, independentemente de estar destinado à atividade comercial ou de aluguel, permite a inserção de capitais de origem ilícita na ordem econômica.

Outrossim, relatórios apresentados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeira (COAF) demonstram que a lavagem de dinheiro ocorre, reiteradamente, em razão de falsas especulações imobiliárias. E, ainda, o mesmo organismo aponta que a vulnerabilidade dos mecanismos de fiscalização por parte do Estado estimula a criminalidade econômica no setor imobiliário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, pode-se concluir que diversos são os fatores que tornam o setor imobiliário atrativo para a perpetuação do crime de lavagem de dinheiro. Primeiramente, cabe salientar que as transações de compra e venda de imóveis envolvem uma quantidade elevada de capital financeiro, o

que, por sua vez, acaba por encontrar lacunas na fiscalização empreendida por parte do Estado. Ademais, são fatores favoráveis à perpetuação do referido tipo penal as falsas especulações que ocorrem no meio imobiliário, bem como a dinâmica atuação empreendida por parte dos agentes criminosos.

REFERÊNCIAS

Bijos, Leila, *The Crime of Money Laundering in the Brazilian Legislation* (February 18, 2014). Paper presented at the 10th Annual Conference, Italian Society of Law and Economics, Università degli Studi di Roma – La Sapienza, Facoltà di Giurisprudenza, December 18, 2014, NAFTA: Law and Business Review of the Americas, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2889733>.

BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007.

BRASIL, *Cartilha – Lavagem de dinheiro: um problema mundial*. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Disponível em: *Cartilha - Lavagem de dinheiro: um problema mundial — Português (Brasil)* (www.gov.br). Acesso em 02 de outubro de 2022.

BRASIL. *O que faz o COAF?* Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Brasília. 2022. Disponível em: *O que faz o Coaf - Versão 2022-01-24* publicado (www.gov.br). Acesso em 01 de outubro de 2022.

BRASIL, Conselho Regional de Corretores de Imóveis – 13ª Região. *Prevenção e Lavagem de Dinheiro*, Espírito Santo. Disponível em: *PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO* (crecies.gov.br). Acesso em 02 de outubro de 2022. *Casos e Casos: Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro/Ministério da Fazenda, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Brasília: COAF, 2016*

GUIMARÃES, Jaqueline. SENRA, Laura. SOMBRA, Thiago Luís. *Impactos dos temas de lavagem de dinheiro no mercado imobiliário*. JOTA. 2021. Disponível: *Impactos dos temas de lavagem de dinheiro no mercado imobiliário - JOTA*. Acesso em 02 de outubro de 2022.

MARTINS, Marcos Augusto Olivotto. *O Interesse Comercial do Sistema Financeiro no Crime de Lavagem de Dinheiro*. Unicuritiba. Curitiba. 2021. Disponível em: *RUNA - Repositório Universitário da Ânima: O interesse comercial do sistema Financeiro no crime de Lavagem de Dinheiro* (animaeducacao.com.br).

MENDRONI, Marcelo B. *Crime de Lavagem de Dinheiro, 4ª edição*. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788597016796. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016796/>. Acesso em: 01 out. 2022.

REMEUR, Cécile. *Understanding Money laundering through real estate transactions*. European Parliamentary Research Service – ERPS. Europe. 2019.

RIZZO, Maria Balbina M. *Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações - 2ª Edição*. [Digite o Local da Editora]: Editora Trevisan, 2016. E-book. ISBN 9788599519875. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519875/>. Acesso em: 02 out. 2022.

ROSA, Rodrigo Silveira. *A Lavagem de Dinheiro no Contexto da Globalização e Desenvolvimento do Direito Penal Econômico: A Discussão Quanto ao Crime Antecedente e seu Exaurimento*. Tese (Especialização em Direito Penal e Processual Penal). Área das Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo. 2011.

HISTÓRIA E GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE A INCIDÊNCIA DO PATRIMONIALISMO E CORRUPÇÃO

JANAÍNA RIGO SANTIN

Pós- doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa(Bolsa CAPES).
Doutora em Direito UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada
e professora do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da
UPF. Professora da faculdade de Direito da UCS. Professora Visitante
do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda,
Angola. Email: janainars@upf.br

ANNA GABERT NASCIMENTO

Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Email: 171415@
upf.br

INTRODUÇÃO

Em meio às notícias de corrupção que tomaram conta dos meios jornalísticos nos últimos anos, infelizmente, criou-se um sentimento popular de que o clientelismo e a apropriação privada da coisa pública são práticas presentes exclusivamente do período recente da história do país, a partir da redemocratização e da proibição da censura. Todavia, em verdade, esses atos de conduta indevidos estão evidenciados na política desde o período colonial brasileiro, perpassando por diversas formas e modelos de gestão, grupos e partidos políticos. Em verdade, o que se tem pós Constituição Federal de 1988 é uma imprensa livre e um aprimoramento da autonomia dos órgãos de controle, o que acaba por revelar práticas patrimonialistas e clientelistas que são históricas, mas que, atualmente, estão sendo desveladas e muitas delas punidas.

Assim, a presente pesquisa visa problematizar as práticas históricas de malversação e apropriação privada da coisa pública, bem como do patrimonialismo e seus correlatos, como o coronelismo, o filhotismo, o mandonismo, o clientelismo, o empreguismo e o nepotismo. Trata-se de uma forma de conduzir a coisa pública que acompanha os diversos contextos históricos do país, sempre reinventando-se, perpassando e permanecendo presente até os dias atuais.

1 PATRIMONIALISMO: CONCEITOS E ABORDAGENS HISTÓRICAS

É imperioso delimitar que há problemas com a gestão do país ao longo do Século XXI, devido à malversação do dinheiro público e à corrupção, fatores estes somados à grande crise e recessão que vem se alastrando. O Brasil passou por diversos modelos de administração pública em sua história. Logo na época colonial foi inserido no país o modelo patrimonialista, que perdurou por todo o império e permaneceu durante a maioria dos governos, até assumir matizes das mais diversas para se reinventar no período pós democratização.

O patrimonialismo entende que não há separação do Estado e pessoa privada, ou seja, os interesses do detentor de poder se tornam parte de seu governo (HOLANDA, 1995, p. 145-146). Ainda, de acordo com Weber, uma das principais bases de sustentação do poder está no patrimônio, o qual se mantém vinculado a benefícios e fragmentos de poder perante o Estado. (WEBER, 1996, p. 217)

Este tipo de pensamento e conduta é uma forma de administração que pode ser observada desde o Brasil Colônia, quando o país era de domínio dos portugueses. Perpetrou-se também após a independência e durante grande parte dos governos republicanos no país. Nas palavras de Bresser Pereira (1998, p. 241), na história política brasileira o “nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram norma.”

Sendo assim, o governante, ao não fazer essa separação entre público e privado, pode se beneficiar, aumentando o seu poderio político e até mesmo, em alguns casos, financeiro. Através desses subterfúgios, o aparelho estatal acaba por se formar por pessoas que não são dotadas de capacidade para estar no poder, já que, uma das facetas dessa apropriação privada da *res pública* é o nepotismo, ou seja, o gestor utiliza-se dos chamados cargos de confiança, de livre nomeação e exoneração, para fixar pessoas de sua parentela ou por meio de barganha política. Para Lopes, “O patrimonialismo entende o cargo como um dom recebido do senhor ou do rei. O ofício (ou cargo) é um *auxilium, servitium* da vassalagem, correspondente à fidelidade pessoal que se estabelece.” (LOPES, 2019, p.171) Tal modelo não reúne, de regra, medidas que visem beneficiar a população em sua totalidade, mas sim prol dos individualismos do detentor de poder e de seus afilhados políticos, sendo colocado em segundo plano os interesses de classes sociais mais desfavorecidas.

Durante o domínio da Coroa Portuguesa, o país sofreu com graves problemas, que eram causados pela forma de governo lusitano. Segundo Raymundo Faoro (2012, p.1) “a coroa conseguiu formar, desde os primeiros

golpes da reconquista, imenso patrimônio rural.” Logo, ao tornar privado o patrimônio público, os primeiros gestores do Estado colonial brasileiro governavam apenas para o cumprimento de seus respectivos interesses, anexando territórios e se eximindo de obrigações com a população comum.

Segundo o padre Antônio Vieira, em uma de suas cartas, fica muito clara a situação política do Brasil Colonial, ao afirmar que “neste Estado há uma só vontade e um só entendimento e um só poder, que é o de quem governa.” (VIEIRA, 1925, p.458)

A Proclamação da República no Brasil deu-se em 15 de novembro de 1889 (BRASIL, 1889), como resultado de uma sucessão de fatos, como o descontentamento com o resultado das eleições da época, obtidos de forma ilícita, inconformismo militar com a Guerra do Paraguai e polêmicas geradas pela libertação dos escravos (FAUSTO, 1995, p. 216-221). Nos primeiros anos da república, convocam-se novas eleições, nas quais participam a junta militar e a civil. Todavia, quem poderia votar eram apenas homens, alfabetizados e maiores de 21 anos, mantendo-se a exclusão de parte da população: “analfabetos, mendigos, os praças militares.” (FAUSTO, 1995, p. 251) Foi instituído também na Constituição de 1891 que o voto não seria secreto. (BRASIL, 1891). Sendo assim, o poder continuaria nas mãos de quem tinha condições de intimidar ou de fazer a compra de votos, oferecendo dinheiro ou troca de favores. Instituiu-se, assim, nos primeiros anos da República, o chamado “voto de cabresto”, que era caracterizado por violência política, clientelismo e demais ações imorais praticadas para a perpetuação no comando público. (LEAL, 2012, p.42)

Ainda, nos primeiros anos da república houve a chamada “política do café com leite”, onde quem dominava os cargos políticos eram pessoas oriundas de Minas Gerais e São Paulo. O nome se dá, já que, a região de Minas Gerais tinha uma farta produção de leite e São Paulo possuía uma extensa produção de café. (FAUSTO, 1995, p. 270-271) Isto posto, essa forma de condução do comando central do país coaduna-se com a forma eleitoreira da época, na qual quem tinha poder eram os grandes proprietários de terra. (LEAL, 2012, p. 39-41) Quem escolhia os representantes políticos eram a população mais afortunada daquele período, como os grandes coronéis. Segundo Raimundo Faoro, o povo, mesmo exercendo a democracia do voto, tem de se submeter a uma pessoa superior intelectual ou economicamente. Nesse contexto, existe a figura do coronel, que comanda várias pessoas e mantém seu poder pela troca de favores, violência política e cooptação do público pelo privado. (Faoro, 2012, p. 542)

Para Leal (2012, p.40), “é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terra.”

Caracterizando-se assim, uma das descendências do patrimonialismo da época do Império: o coronelismo, que teve sua maior aplicação na história brasileira durante este período. Janotti (1981, p.7) refere que no coronelismo da primeira república, as autoridades, os chamados coronéis, impunham ao povo votante, a eleição de representantes por eles escolhidos. Tratava-se de uma política de compromissos, “conchavos” e “toma-lá-dá-cá” entre os governos estaduais e os governos locais, com troca de favores e violência política para manutenção do poder.

Sendo assim, no período da república velha havia uma grande repressão das classes subalternas, perpetuando-se no poder aqueles que o detinham. A cooptação e a violência política às oposições eram uma constante, com a submissão de grande parte da população a ordens dos grandes proprietários de terra, em troca de favores ou até mesmo por serem ameaçadas, já que o voto não era secreto. (ROCHA, 1995, p. 151-152) Além disso, no modelo de Estado brasileiro da primeira república é explícita a ideia dos gestores em prejudicar grupos da sociedade comum, quando estes elaboravam movimentos para reduzir a exploração das classes dominantes. (IANNI, 1984, p. 14)

Entretanto com a crise de 1929 que assolou diversos países no mundo, alguns , proprietários de terra, devastados com a crise, passaram a pedir um novo modelo de gestão. Foi então desencadeada a Revolução de 1930, que resultou na indicação e na confirmação de Getúlio Dornelles Vargas como presidente da República, findando a república velha. Getúlio Vargas sustentava em seus discursos um viés marcadamente nacionalista e populista, defendendo a busca por direitos sociais. Da mesma maneira, defendia a implementação de indústrias nacionais, onde mais tarde, dentro de seu governo, foram fundadas diversas estatais como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Vale do Rio Doce, a Petrobrás, entre outras. Entretanto, alguns escândalos em seu segundo governo em torno do autoritarismo, corroboraram com a o fim trágico da Era Vargas (FAUSTO, 1995, p.323-328).

Ao findar a chamada Era Vargas, novos governantes sucederão a ele, todavia o patrimonialismo e a corrupção continuarão em evidência, percorrendo o período do golpe militar, perpassando pela redemocratização, sendo ainda muito recorrente na atualidade. Em cada uma destas administrações públicas, sejam elas de forma direta ou indireta, acumularam-se problemas nos quais levaram pouco a pouco o país a estagnar-se em uma crise política, econômica e institucional.

Nos atuais governos, operações policiais evidenciam cada dia mais o uso do patrimonialismo e corrupção, já que o que é percebido é o uso de dinheiro público para benefício particular, com vistas ao financiamento,

manutenção e reprodução daqueles que estão no poder. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019)

Portanto, é certificado que o republicanismo no uso do dinheiro e da máquina pública sempre foi algo muito falho. Em consequência disso, os recursos para execução de políticas públicas e serviços para garantia dos direitos sociais, previstos constitucionalmente, são cada vez mais reduzidos, já que parecem não ser convenientes aos detentores do poder.

CONCLUSÃO

Assim sendo, o artigo abordou algumas passagens da história política brasileira, a fim de focar em erros e situações-problema na condução da coisa pública por parte de muitos dos governantes, desde o período do Brasil colônia, as quais se reinventam e permanecem até os dias atuais, sendo que todas estas matizes estão voltadas para o patrimonialismo e para a apropriação privada da coisa pública.

Esse sistema nefasto levou o país a um déficit gigantesco nas finanças públicas e, como consequência, na má realização de serviços públicos e insuficiente cumprimento de tutelas constitucionais para a população, levando também ao falecimento de diversas partes do sistema estatal. Como consequência desta precária situação do Estado e de muitas de suas instituições de administração direta ou indireta, a classe política começa mais uma vez entrar em descrédito com o seu povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. *Decreto Lei N° 1, de 15 de novembro de 1889*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. *Lei Imperial de N° 3.353, 13 de maio de 1888*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, B. *História do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.

HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, O. *O ciclo da revolução burguesa*. Rio de Janeiro: Vozes, 1984.

JANOTTI, M. L. M. *O coronelismo: Uma política de compromissos*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto*. 7 ed. Editora Schwarcz. São Paulo, 2012.

LOPES, J. R. L. *O Direito na História*. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso: 26 out. 2019.

PEREIRA, L. C. B. *Reforma Do Estado E Administração Pública Gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

ROCHA, L. S. *A Democracia em Rui Barbosa: O Projeto Político Liberal-Racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

VIEIRA, P. A. *Cartas do Padre Antonio Vieira*. Tomo Primeiro. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1925.

WEBER, M. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DESARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL FRENTE A REALIZAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

LUCAS FERREIRA CERESER

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), na linha de pesquisa Poder Econômico e seus Limites Jurídicos. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional”. Pós-graduado em Direito Público (lato sensu) por Damásio Educacional (Ibmec). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (2019). Advogado.

O extrato tem por objetivo a análise crítica dos acordos de leniência anticorrupção a partir dos problemas decorrentes da multi-institucionalidade na sua negociação. Esse cenário acarreta um desincentivo e insegurança jurídica, quando da celebração desses acordos de leniência, no âmbito da Lei 12.846/13.

Para que um acordo de leniência apresente resultados minimamente eficazes na apuração de comportamentos ilícitos é essencial que haja um ambiente de coordenação institucional, a fim de que haja a promoção de segurança jurídica ao leniente. Melhor esclarecendo, em um cenário de múltiplas instituições habilitadas para a celebração de acordos de leniência anticorrupção, é necessário que aquilo que ficou acordado com determinada autoridade institucional não venha a ser prejudicado por outra autoridade que não tenha participado dos termos do acordo e, com isso, venha a propor uma determinada demanda que, na prática, enseje a anulação dos benefícios pactuados.

Situações como essas continuam sendo crescentes em nosso país, sobretudo, devido à multiplicidade de instituições com atribuições sancionatórias no combate à corrupção. A nível federal, pode-se mencionar: Ministério Público Federal (MPF), Controladoria-Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU). De outro lado, o jurisdicionado – e, aqui, inclui os entes privados com quem se pretende firmar tais acordos de leniência – está sujeito a todas essas instâncias não articuladas e não alinhadas

Caso não haja a construção de espaços voltados a uma coordenação institucional é possível, nesse momento, sistematizar os seguintes efeitos negativos: (i) descrédito na realização dos acordos com o Poder Público; (ii) concorrência vaidosa entre instituições; (iii) incentivo a realizações de delitos e ilícitos administrativos, visto que as instituições sempre terão um delay na persecução, quando não há troca de informações e cooperações entre elas; (iv) excesso desarrazoado de acordos paralelos que, muitas vezes, chegam a ser questionados no Judiciário, uma vez que uma instituição alega que a outra não era a competente para firmar o acordo; (v) os benefícios provenientes da celebração de determinado acordo poderão restar-se cancelados/prejudicados diante da eventual propositura de ação judicial por parte de outra instituição que não participou do acordo firmado.

Para que tais implicações negativas sejam minimizadas é preciso que haja diálogo e cooperação entre as instituições, e não uma concorrência institucional pela busca do combate à corrupção.

COMPLIANCE E INCREMENTO À TRANSPARÊNCIA NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA COMO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: BRAZILIAN SUNSHINE ACT – UM NOVO SOL VAI BRILHAR?

PATRICIE BARRICELLI ZANON

Doutoranda e Mestre em Direito Político Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), especialista em Compliance (Universidade de Coimbra – Instituto de Direito Penal Econômico) e graduada em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Professora de Direito Penal e Compliance em cursos de pós-graduação e graduação (Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidade Nove de Julho). Pesquisadora no Grupo “Direito Penal Econômico e Justiça Internacional” Advogada atuante na área de compliance.

FERNANDO MÉDICI

Graduado em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico (Fundação Getúlio Vargas). Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Justiça Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e escritor.

INTRODUÇÃO

Que a corrupção é um dos grandes obstáculos ao desenvolvimento socioeconômico brasileiro, na medida em que compromete a economia, bem como a efetivação dos direitos sociais, não é segredo. Da mesma forma, o fato de que a corrupção não é um problema único e específico do Brasil, também não causa nenhuma estranheza.

Dessa forma, é sabido que a partir dos anos 90 em razão dos impulsos da globalização associada ao desenvolvimento tecnológico, o Brasil, como reflexo de movimentos internacionais, passou a focar na implementação de um sistema jurídico-institucional focado na prevenção e no controle da corrupção, de forma que leis e regulamentações foram promulgadas, assim

como novas instituições criadas com o objetivo de controlar a prática deste tipo de criminalidade.

No ano de 2013, o advento da Lei Anticorrupção⁸⁸ trouxe importantes contribuições para esse cenário na medida em que a Lei nº 12846/13 estabeleceu a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração pública⁸⁹.

Importante observar que a referida lei também constituiu em uma significativa contribuição para o desenvolvimento do *compliance*, entendido como conformidade com leis, regulações e boas práticas, mas que se traduz na construção de um sistema de gestão baseado em políticas, procedimentos e controles internos que visam mitigar riscos e prevenir ilícitos, inclusive penais (*criminal compliance*).

A referida lei estabeleceu que os programas de *compliance* efetivos podem ser um dos fatores de redução das sanções administrativas impostas às pessoas jurídicas⁹⁰.

A partir de então, observou-se que muitas empresas, de diversos segmentos, passaram a se preocupar com a instituição de programas de *compliance*, os quais já existiam em setores mais regulados, como o financeiro, por exemplo, onde a legislação antilavagem já impunha a necessidade de *compliance* desde 1998.

Ademais, aqueles setores em que o risco de corrupção é mais acentuado passaram a ter uma preocupação maior com esse tema e ganharam maior atenção.

Um dos exemplos é a indústria farmacêutica, pois, conforme demonstram diversos casos recentes, os grandes laboratórios podem dispor de meios de coação para influenciar médicos e pesquisadores⁹¹.

88. Modificado em 2015 pelo Decreto nº 8.420/2015, que viria posteriormente a ser alterado pelo Decreto regulamentador nº 11.129/2022, que trouxe disposições acerca de investigações preliminares à instauração de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), autorizando a Controladoria Geral da União (CGU) promover atos investigativos, como pedidos de busca e apreensão e requisição de compartilhamento de informações tributárias, ainda que sujeitos à autorização judicial, aprimorando mecanismos que já constavam na Instrução Normativa nº 13/2019 da CGU.

89. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. [S. l.], 2 ago. 2013.

90. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. [S. l.], 2 ago. 2013.

91. Na Itália, por exemplo, a polícia descobriu um sistema informatizado que permitia aos laboratórios acompanhar, por meio farmácias, as receitas dos médicos pagos por eles. Na ocasião, 2.900 médicos (37 empregados e 35 médicos de uma grande empresa farmacêutica na Itália foram acusados de “corrupção”. Ainda, 80 propagandistas acusados de pagamentos ilegais a médicos para que receitassem os produtos da companhia em vez dos equivalentes

O que se observa, portanto, é que no âmbito da indústria farmacêutica, os funcionários têm metas de vendas para cumprir e visando obter lucro, as empresas do setor tendem a adotar estratégias para que médicos receitem seus produtos, entre elas oferecer viagens para resorts de luxo e pagar propinas camufladas como pagamentos por palestras. Assim, em retribuição a esses agrados, médicos recomendam tratamentos ineficazes e até cirurgias desnecessárias⁹².

Vale destacar que não é possível generalizar esta situação, mas diante da grande quantidade de casos de corrupção associados a este setor, este tem sido alvo de preocupação e atenção por parte dos Estados e da sociedade.

De acordo com Alex Pereira Leutério, ainda que muitas indústrias farmacêuticas tenham instaurado a estrutura básica de programas de *Compliance*, o setor não teria apresentaria mecanismos suficientes para garantir a prevenção a riscos legais, carecendo até mesmo de um devido mapeamento de riscos⁹³.

Sendo assim, para o autor estes programas são ineficazes em face das práticas de corrupção no setor, não conseguem alterar significativamente os incentivos econômicos e não econômicos para práticas ilícitas e antiéticas⁹⁴.

Donald W. Light, Joel Lexchin e Jonathan J. Darrow asseveram que a indústria farmacêutica encontrou estratégias para distorcer sua função social, escondendo, ignorando ou deturpando evidências sobre efeitos de determinados medicamentos, distorcendo a literatura médica e desnaturando as prescrições médicas⁹⁵.

genéricos. (Rivière, Felipe. A corrupção institucionalizada da indústria farmacêutica. *Le Monde Diplomatique*. Out, 2013. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-corrupcao-institucionalizada-da-industria-farmacautica/>. Acesso em: 01. Out. 2022) No mesmo sentido, há estudos que indicam que a educação médica financiada pela indústria influenciou os médicos a prescreverem mais opiáceos (WILLIAMSON, Gavin Crowell. Researchers find bias in industry-funded continuing medical education. *Mad in America: science, psychiatry and social justice*. Disponível em: <https://www.madinamerica.com/2019/05/researchers-find-bias-industry-funded-continuing-medical-education/>. Acesso em: 01 out. 2022).

92. KEDOUK, Márcia. Tarja Preta: os segredos que os médicos não contam sobre os remédios que você toma. São Paulo: Editora Abril, 2016.
93. LEUTERIO, Alex Pereira. Criminal compliance em indústrias farmacêuticas: mecanismos de prevenção à criminalidade corporativa e à violação de princípios bioéticos. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-14082020-002057. Acesso em: 2022-10-01.
94. LEUTERIO, Alex Pereira. Criminal compliance em indústrias farmacêuticas: mecanismos de prevenção à criminalidade corporativa e à violação de princípios bioéticos. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-14082020-002057. Acesso em: 2022-10-01.
95. LIGHT, Donald W., LEXCHIN, Joel and DARROW, Jonathan J.. Institutional corruption of pharmaceuticals and the myth of safe and effective drugs. *Journal of Law, Medicine and Ethics*. v. 14, n. 3, p. 590-610, 01 jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2282014>>. Acesso em: 01/10/2022

Em face do desafio de controlar a corrupção nas indústrias farmacêuticas nos Estados Unidos, foi promulgado o chamado Physician Payments Sunshine Act, uma lei cujo objetivo é aumentar a transparência em relação aos relacionamentos entre médicos, hospitais escola e fabricantes de medicamentos, equipamentos e produtos biológicos.

De acordo com este instrumento legal, os fabricantes devem apresentar dados anuais sobre pagamentos e transferências de valor feitas aos beneficiários cobertos. Assim, os médicos têm 45 dias para revisar seus dados de *Open Payments* e contestar erros antes da divulgação pública. Caso o prazo não seja cumprido, os médicos ainda podem revisar e contestar os erros e as correções aparecerão na próxima atualização programada do banco de dados.

No Brasil, de forma pioneira e com inspiração no próprio Sunshine Act, em 2018, o Estado de Minas Gerais promulgou uma lei semelhante. De acordo com a Lei 22.440/2016 e sua regulamentação no âmbito do Decreto 47.334, devem ser declaradas ao Governo do Estado de Minas Gerais, anualmente, quaisquer relações que configurem potenciais conflitos de interesses, mantidas no ano anterior entre profissionais de saúde e matrizes e subsidiárias de empresas que atuem nos diversos segmentos da indústrias de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos e implantes⁹⁶.

A divulgação de informações se dá por meio de um formulário digital disponibilizado no sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Saúde, sendo que o descumprimento das normas sujeita o infrator às penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8,078/1990)⁹⁷.

Ocorre que, após as experiências de aumento da transparência em Minas Gerais, em 2022 veio à tona a discussão sobre a implementação de uma lei federal semelhante no Brasil⁹⁸.

Como resposta a diversas críticas recentes relacionadas à saúde no Brasil, reforçadas pela situação de pandemia e proximidade das eleições

96. MINAS GERAIS. Lei nº 22.440, de 21 de Dezembro de 2016. Dispõe sobre a obrigatoriedade de as indústrias de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos e implantes declararem as relações com profissionais de saúde, de qualquer natureza, que configurem potenciais conflitos de interesses. Minas Gerais Diário do Executivo, Minas Gerais, MG, 22 dez. 2016, Col. 2, p. 1.

97. MINAS GERAIS. Lei nº 22.440, de 21 de Dezembro de 2016. Dispõe sobre a obrigatoriedade de as indústrias de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos e implantes declararem as relações com profissionais de saúde, de qualquer natureza, que configurem potenciais conflitos de interesses. Minas Gerais Diário do Executivo, Minas Gerais, MG, 22 dez. 2016, Col. 2, p. 1.

98. GUILLINO, Daniel. Ministério da Saúde quer obrigar farmacêuticas a divulgar benefícios a médicos que superarem R\$20.000,00. *Jornal O Globo*. 25 ago. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/medicina/noticia/2022/08/ministerio-da-saude-quer-obrigar-farmacaceuticas-a-divulgar-beneficios-a-medicos-que-superarem-r-20-mil.ghtml>. Acesso em: 01.10. 2022.

o atual ministro da saúde publicou a nova Política de Governança do Ministério da Saúde com vistas a dar maior transparência nas relações com fornecedores de produtos e serviços, e passou a articular a publicação de uma medida provisória (MP) que busca conferir maior lisura às relações entre a indústria farmacêutica e os médicos. Tal medida ficou conhecida como “Sunshine Act Brasileiro”, fazendo clara referência à política norte-americana.

Vale ressaltar, que para que eventual publicação da MP necessitaria posteriormente tramitar pelo Congresso Nacional a fim de se tornar uma lei efetivamente. Acrescente-se que no Congresso existe projeto de lei semelhante - Projeto de Lei (PL) 7990/2017 que já se encontra em tramitação. Nota-se ainda que também tramitou pelo legislativo o PL 2452/2015, de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a Cartelização na Fixação de Preços e Distribuição de Órteses e Próteses, inclusive, com a Criação de Artificial Direcionamento da Demanda e Captura dos Serviços Médicos por Interesses Privados - MÁFIA DAS ÓRTESES E PRÓTESES NO BRASIL. Tal PL visava criminalizar condutas verificadas no âmbito da CPI e acabou apensada ao PL 221/2015, que se encontra até hoje em trâmite, com poucas chances de apreciação⁹⁹.

É fato que a simples discussão sobre a promulgação de uma lei já serve de alerta para as indústrias farmacêuticas no que se refere ao incremento da transparência e a prevenção da corrupção.

Nesse contexto, considerando que o compliance é instrumento interno das empresas voltado para mitigação de riscos e prevenção de irregularidades e ilícitos (inclusive penais, como a corrupção), o presente artigo pretende investigar as contribuições que eventual promulgação dessa lei traria e os desafios conexos que a indústria farmacêutica enfrentará, em especial em relação a estruturação de seus programas de compliance.

1 OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GERAL

Verificar as possíveis contribuições e os desafios (em especial no que se refere ao compliance) a serem enfrentados na seara do combate à corrupção a partir da eventual promulgação de uma lei federal similar ao *Sunshine Act* no Brasil, a qual traria requisitos de divulgação de

99. BRASIL. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a Cartelização na Fixação de Preços e Distribuição de Órteses e Próteses. *Projeto de Lei nº 2452/2015*. Criminaliza as condutas perpetradas pela “Máfia das Órteses e Próteses”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 01/10/2022

dados relativos a benefícios ou doações, bem como brindes, passagens, inscrições em eventos, hospedagens, financiamento de etapas de pesquisa, consultoria e palestras oferecidas para profissionais de saúde no âmbito da indústria farmacêutica.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Estabelecer a importância do combate à corrupção e de ações de compliance preventivas no âmbito da indústria farmacêutica, em especial no que tange às relações com HCPs.

- Apresentar os casos paradigmáticos da lei norte-americana Sunshine Act e a Lei nº 22440/2016 de Minas Gerais

- Apresentar reflexões acerca dos impactos em relação a possível promulgação de uma lei federal brasileira semelhante ao Sunshine Act.

- Concluir sobre as contribuições e os desafios relacionados ao combate à corrupção no âmbito da indústria farmacêutica no caso da promulgação de um Sunshine Act brasileiro.

2 METODOLOGIA

Foi utilizado o método hipotético dedutivo e a pesquisa foi baseada na legislação e bibliografias pertinentes e atualizadas, bem como em dados coletados indiretamente e disponibilizados publicamente. Foram analisados como exemplos de legislações similares a lei norte-americana *Sunshine Act* e a Lei nº 22440/2016 do estado de Minas Gerais.

3 RESULTADOS

O presente trabalho identificou como principais seguintes impactos que um possível Sunhine Act teria para a indústria farmacêutica:

a) *Contribuições*: aumento da transparência e contribuição para a diminuição de ocorrências de casos relacionados à corrupção e conflitos de interesse.

b) *Desafios*: necessidade de reforço dos mecanismos de compliance como controles internos, políticas, procedimentos e monitoramento constante e contínuo e criação de um sistema efetivo de fiscalização do cumprimento da lei por parte do Estado.

4 *Conclusão*: A eventual promulgação de uma lei similar ao Sunshine Act teria um impacto positivo no que se refere ao controle da corrupção na indústria farmacêutica, porém, para que a lei atinja o objetivo proposto, é necessário que o Estado crie um sistema de fiscalização efetivo em relação à

indústria farmacêutica, a qual, para se adequar, terá como desafio assegurar a existência de mecanismos de compliance robustos capazes de assegurar a transparência necessária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a Cartelização na Fixação de Preços e Distribuição de Órteses e Próteses. *Projeto de Lei nº 2452/2015*. Criminaliza as condutas perpetradas pela “Máfia das Órteses e Próteses”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594345>. Acesso em: 01/10/2022

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. [S. l.], 2 ago. 2013.

GUILLINO, Daniel. Ministério da Saúde quer obrigar farmacêuticas a divulgar benefícios a médicos que superarem R\$20.000,00. *Jornal O Globo*. 25 ago. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/medicina/noticia/2022/08/ministerio-da-saude-quer-obrigar-farmacaceuticas-a-divulgar-beneficios-a-medicos-que-superarem-r-20-mil.ghtml>. Acesso em: 01.10. 2022.

LEUTERIO, Alex Pereira. *Criminal compliance em indústrias farmacêuticas: mecanismos de prevenção à criminalidade corporativa e à violação de princípios bioéticos*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-14082020-002057. Acesso em: 2022-10-01.

LIGHT, Donald W., LEXCHIN, Joel and DARROW, Jonathan J. Institutional corruption of pharmaceuticals and the myth of safe and effective drugs. *Journal of Law, Medicine and Ethics*. v. 14, n. 3, p. 590-610, 01 jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2282014>>. Acesso em: 01/10/2022

MINAS GERAIS. Lei nº 22.440, de 21 de Dezembro de 2016. Dispõe sobre a obrigatoriedade de as indústrias de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos e implantes declararem as relações com profissionais de saúde, de qualquer natureza, que configurem potenciais conflitos de interesses. Minas Gerais - Diário do Executivo, Minas Gerais, MG, 22 dez. 2016, Col. 2, p. 1.

Riviére, Felipe. A corrupção institucionalizada da indústria farmacêutica. *Le Monde Diplomatique*. Out, 2013. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-corrupcao-institucionalizada-da-industria-farmaceutica/>. Acesso em: 01. Out. 2022

SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015, p.83-85.

WILLIAMSON, Gavin Crowell. *Researchers find bias in industry-funded continuing medical education*. Mad in America: science, psychiatry and social justice. Disponível em: <https://www.madinamerica.com/2019/05/researchers-find-bias-industry-funded-continuing-medical-education/>. Acesso em: 01 out. 2022

A implementação do *compliance* ambiental no Brasil: análise do projeto de lei nº 5.442/2019 como mecanismo de governança ambiental

A IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE AMBIENTAL NO BRASIL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N° 5.442/2019 COMO MECANISMO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL

RAZIEL HAIN CALVET DE MAGALHÃES

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos, Mestre e Especialista em Direito. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e de Portugal. raziel.calvet.adv@gmail.com

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a aplicabilidade do *compliance* ambiental no Brasil através do projeto de lei n° 5.442/2019 e sua eficácia na promoção de transparência no exercício da atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente ao instituir incentivos para a adoção de práticas internas de cumprimento das normas ambientais, prevenindo ações danosas ao meio ambiente e promovendo governança ambiental.

Desastres ambientais como o rompimento da barragem da mineradora Samarco em Mariana/MG em dezembro de 2015 e o rompimento da barragem em Brumadinho/MG em 2019 causaram enormes prejuízos ambientais, além de dezenas de vidas perdidas. O segundo desastre, em especial, trouxe o debate acerca da necessidade de criação de programas de integridade para o cumprimento das normas ambientais, prevenindo ações danosas ao meio ambiente.

Assim, fundamental a análise crítica do projeto de lei n° 5.442/2019 e do ordenamento jurídico-legal em vigor sobre *compliance*, bem como da legislação estrangeira sobre o tema, para analisar a aplicabilidade do projeto de lei e a efetividade das medidas nele previstas como mecanismo de governança ambiental.

I O COMPLIANCE AMBIENTAL

A palavra *compliance* tem origem no verbo da língua inglesa *to comply*, que significa “*agir de acordo com uma ordem, conjunto de regras ou solicitação*”¹⁰⁰. Ou seja, *compliance* significa agir em conformidade com as normas legais. Também pode ser compreendido como um instrumento de mitigação de riscos, preservação dos valores éticos e de sustentabilidade corporativa na medida em que auxilia a observância de normas jurídicas vigentes¹⁰¹ através do desenvolvimento de controles internos, para identificar desvios de conduta.

O *UK Bribery Act*, aprovado e promulgado no Reino Unido em abril 2010 modernizou a legislação anticorrupção, criminalizando ofertas e pagamentos de propina a pessoas dos setores público e privado, tratando também, portanto, da chamada corrupção privada. Entre seus dispositivos, dispõe que a defesa das empresas e organizações será admitida desde que demonstrem que estabeleceram os procedimentos internos adequados para evitar a ocorrência do ato lesivo¹⁰², ou seja: medidas de *compliance*.

No Brasil, vê-se indícios da implementação de regras relacionadas ao *compliance* na década de 90 com a necessidade do país de se adequar ao mercado internacional¹⁰³ mas, ainda, de forma muito embrionária. No setor bancário, a recente resolução nº 4.595/2017 que dispõe “*sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.*”¹⁰⁴ é consequência da Lei Anticorrupção. Esta última, sim, inaugurou o conceito de *compliance* no Brasil.

A publicação da lei nº 12.846/13, conhecida como “Lei Anticorrupção”, que “*Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira [...]*”¹⁰⁵ foi um marco positivo no reconhecimento da importância da adoção de programas de *compliance* nos setores público e privado no

100. Cambridge Dictionary. Tradução disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/comply>>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

101. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Orgs.). *Manual de Compliance*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 41.

102. Risk and Compliance Portal. *UK Compliance Guide*. Disponível em: <<https://www.ganintegrity.com/>>. Acesso em 30 de ago. 2022.

103. Revista de Direito da Faculdade Guanambi (RDFG). *A Efetivação do Compliance Ambiental diante da Motivação das Certificações Brasileiras*. v. 4, n. 1, janeiro – junho 2017. Disponível em: <<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br>>. Acesso em: 02. ago. 2022.

104. Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 20 de set. 2022.

105. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de jul. de 2022.

Brasil, haja vista o disposto no artigo 7º, inciso VIII da lei, que dispôs que a existência de mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, assim como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica seriam levados em conta na aplicação das eventuais sanções aplicadas.

O rompimento da barragem da mineradora Samarco em Mariana/MG em dezembro de 2015; o incêndio no terminal Alemoa, em Santos em abril de 2015, que levou a empresa Ultracargo a ser multada pelo órgão estadual de meio ambiente por ter lançado efluentes líquidos no estuário e manguezais, além de ter emitido efluentes gasosos na atmosfera¹⁰⁶; bem como o rompimento da barragem em Brumadinho/MG em janeiro de 2019, são três exemplos de desastres ambientais evitáveis¹⁰⁷. Isso, pois realizadas investigações, estas apontaram, sem dificuldade, para a existência de erros graves na operação e gestão das empresas, o que poderia ter sido evitado com a adoção de um sólido programa de integridade, implementado através do *compliance* ambiental.

Se questões como a emissão de gases do efeito estufa e mudanças climáticas não eram temáticas importantes na gestão de empresas há algumas décadas atrás, hoje não só são de máxima importância para o cumprimento da legislação como devem ser acompanhadas de processos estruturados de *compliance* para o adequado gerenciamento de riscos enquanto visam atingir os melhores resultados, adequando suas necessidades ao dever imposto pela Constituição Federal de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações¹⁰⁸.

Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988 impôs como dever ao Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País; exigir, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; proteger a fauna e a flora; recuperar o meio ambiente degradado, entre outras medidas.¹⁰⁹

106. BETIOL; Maria Lúcia Petri; LIMA; Victor Alencar; PINHEIRO, Vinicius Leonardi. USP. *Incêndio Ultracargo Incêndio nos terminais da Ultracargo na região de Alemoa Santos-SP*. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br>>. Acesso em: 02. ago. 2022.

107. *Jornal da USP. Tragédia de Brumadinho revela falta de aprendizado com Mariana*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/tragedia-de-brumadinho-revela-falta-de-aprendizado-com-mariana/>>. Acesso em: 02. set. de 2022.

108. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Artigo 225.

109. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Artigo 225, § 1º.

Tais deveres constituem um rol simbólico quando comparados com a extensa quantidade de normas ambientais existentes no Brasil. No entanto, mesmo diante da multiplicidade de normas legais, a falta de uma lei voltada à prevenção de crimes ambientais, em especial tratando sobre a criação de programas de integridade, clamava por inovação legislativa.

Não se diminui, com isso, a relevância da Lei Anticorrupção (lei nº 12.846/13), que foi um marco positivo no reconhecimento da importância da adoção de programas de *compliance* nos setores público e privado no Brasil, o que pode ser visto no relatório final da CPI que apurou o rompimento da barragem de Brumadinho/MG; nela, registrou-se que a empresa Vale incorreu na prática de ato de corrupção empresarial previsto no artigo 5º, inciso V, da Lei Anticorrupção ao apresentar documentos que declararam a estabilidade da barragem apesar dos exames técnicos revelarem irregularidades.¹¹⁰

No entanto, prever normas anticorrupção, apesar de um avanço, não é suficiente quando tratamos de meio ambiente e todas as implicações que os danos ambientais podem trazer à sociedade. Reconhecendo esse cenário, o projeto de lei nº 5.442/2019 apresentado na Câmara dos Deputados em 09 de outubro de 2019 pelos deputados Luiz Flávio Gomes e Rodrigo Agostinho tem o objetivo específico de regulamentar os programas de conformidade ambiental, instituindo incentivos para a adoção de práticas internas de cumprimento das normas ambientais, prevenindo ações danosas ao meio ambiente.

Objetiva auxiliar a prevenção de crimes ambientais e de irregularidades em contratações públicas, contendo dispositivos de regulação de atividades econômicas que possam impactar – ainda que potencialmente – o meio ambiente, regulamentando os Programas de Conformidade Ambiental. Se aprovado, a lei suprirá importante lacuna, criando um verdadeiro mecanismo para a implantação do *compliance* ambiental nas empresas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto de lei nº 5.442/2019 inovou ao regulamentar os Programas de Conformidade Ambiental, buscando maior controle das atividades econômicas de empresas públicas e privadas que possam impactar, ainda que potencialmente, o meio ambiente. Se aprovado, suprirá importante lacuna, funcionando como importante ferramenta para a implantação do *compliance*

110. CÂMARA DOS DEPUTADOS. CORREIA, Rogério (Rel). Comissão Parlamentar de Inquérito – Rompimento da Barragem de Brumadinho, *Relatório final da CPI*. out. 2019. p. 616.

ambiental nas empresas públicas e privadas, auxiliando a prevenção de crimes ambientais.

Para a prática da governança ambiental é preciso que o crescimento econômico caminhe com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessidade prevista na própria Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV e artigo 225. Para tanto, mostra-se imprescindível implementar programas de conformidade ambiental, tal como sugere o projeto de lei nº 5.442/2019, para a implantação do *compliance* ambiental nas empresas públicas e privadas que exercem atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, para o seu o adequado funcionamento e observância das normas legais, de modo a evitar desastres ambientais.

O projeto de lei nº 5.442/2019, inovador ao trazer como objetivo específico regulamentar os programas de conformidade ambiental, pode ser considerado um mecanismo de governança ambiental adequado para complementar a legislação ambiental vigente e evitar tragédias ambientais como o rompimento das barragens em Mariana/MG e Brumadinho/MG.

REFERÊNCIAS

Banco Central do Brasil. *Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2022.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Orgs.). *Manual de Compliance*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BETIOL; Maria Lúcia Petri; LIMA; Victor Alencar; PINHEIRO, Vinicius Leonardi. USP. *Incêndio Ultracargo Incêndio nos terminais da Ultracargo na região de Alemoa Santos-SP*. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br>>. Acesso em: 02. ago. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 26 de jul. de 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CORREIA, Rogério (Rel). Comissão Parlamentar de Inquérito – Rompimento da Barragem de Brumadinho, *Relatório final da CPI*. out. 2019.

Cambridge Dictionary. Tradução disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/comply>>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

Jornal da USP. *Tragédia de Brumadinho revela falta de aprendizado com Mariana*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/tragedia-de-brumadinho-revela-falta-de-aprendizado-com-mariana/>>. Acesso em: 02. set. de 2022.

Revista de Direito da Faculdade Guanambi (RDFG). *A Efetivação do Compliance Ambiental diante da Motivação das Certificações Brasileiras*. v. 4, n. 1, janeiro – junho 2017. Disponível em: <<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/143/64>>. Acesso em: 02. ago. 2022.

Risk and Compliance Portal. *UK Compliance Guide*. Disponível em: <<https://www.ganintegrity.com>>. Acesso em 30 de ago. 2022.

COMPLIANCE PÚBLICO NA ADMINISTRAÇÃO LOCAL: UM INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA E DE FOMENTO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RICARDO HERMANY

Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor Jurídico da CNM – Confederação Nacional de Municípios. Advogado. *E-mail:* hermany@unisc.br

BETIELI DA ROSA SAUZEM

Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Advogada. *E-mail:* <betielisauzem@yahoo.com.br>.

CAMILA LEMOS DE MELO

Mestranda na Universidade de Santa Cruz do Sul (2022) e mestranda sanduíche (2022) pela Universidade do Minho. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2013). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Advogada especialista em Compliance e LGPD. *E-mail:* <camilalmeo@yahoo.com.br>.

INTRODUÇÃO

Devido aos últimos fatos políticos ocorridos em nosso país e através do advento da operação lava-jato criou-se um errôneo pressuposto de que a grande maioria das atividades que envolvam contratação de empresas

privadas pela Administração Pública trata de alguma atividade corruptiva. Isto posto, é de suma importância trabalhar os mecanismos de integridade pública como meio de transformação cultural do ambiente administrativo, bem como, para modificar a visão dos cidadãos, no que diz respeito às operações que envolvem o serviço público de modo geral.

Tem-se como um dos principais aspectos do *Compliance* o de fomentar a integridade. No âmbito da Administração Pública local, a integridade é de suma importância para a boa governança a fim de trazer maior credibilidade para o setor público, principalmente, nas parcerias público-privadas. Dentro de um programa de *Compliance* desenvolve-se o Código de Conduta o qual sintetiza os principais aspectos de direitos e obrigações da Administração, de seus servidores, bem como trata sobre as práticas éticas e legais.

O presente trabalho apresenta como tema uma análise da aplicação dos principais pilares dos programas de *Compliance* na Administração Pública local baseando-se na Lei Federal nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, como aprimoramento das técnicas de governança através da execução de ações de conformidade, de processos destinados à prevenção, detecção e correção de atos de fraude no âmbito da Administração.

Desta forma, busca-se responder o seguinte problema: quais são os principais desafios da implementação de programas de *Compliance* às realidades municipais brasileiras como meio de aumentar a credibilidade dos entes públicos e atingir os ideais de boa governança local?

O trabalho parte do pressuposto de que no âmbito da Administração Pública direta ainda não existe uma norma jurídica que determine de forma expressa a aplicação de *Compliance* dentro dos entes corporativos. Contudo, partindo do estudo da Lei Anticorrupção e dos princípios nela embutidos, é possível a implementação de um programa voltado para ética e estruturação de processos (NOHARA, 2020). Bem como, visa ressaltar a importância dos programas de *Compliance* e de seus principais pilares como demonstrativo de qualificação para o setor público, em especial, nos entes locais.

O objetivo geral é analisar os principais obstáculos e desafios da aplicação de programas de *Compliance* no âmbito da Administração Pública Local. Para responder ao problema de pesquisa, elaborou-se o artigo a partir da revisão bibliográfica e divide-se em 3 capítulos. O primeiro abordará o conceito e o instituto do *Compliance*, para este fim, tratará sobre as principais legislações e regulamentações referentes a este instituto, como a FCPA, UKBA, COSO e ISO 31.000.¹¹¹ Em um segundo momento, verificar-se-á

111. FCPA: Foreign Corrupt Practices Act (lei de práticas de corrupção dos EUA); UKBA: UK Border Agency (lei anticorrupção do Reino Unido), COSO: gerenciamento de riscos corporativos, organização criado nos EUA; ISO 31.000: norma da família de gestão de risco criada pela International Organization for Standardization.

a importância da integridade, boa governança, sistemas anticorrupção e sobre a importância do código de conduta como pilares basilares dentro dos princípios da Administração Pública de forma a estimular a probidade e eficácia do serviço público. O terceiro visará explicar sobre a aplicação dos programas de *Compliance* aplicados à gestão pública sob a ótica da aplicação em uma esfera micro – os municípios – para macro – sociedade e, a seu papel de estímulo para disseminação da cultura de integridade.

Ao final, as considerações finais têm o escopo de efetuar uma síntese das ideias levantadas no artigo, com o intuito de aprimorar a temática abordada e contribuir para a produção científica no estudo do combate à corrupção no âmbito do direito administrativo transnacional. O método de pesquisa utilizado no desenvolvimento do artigo foi o indutivo, ao pesquisar e identificar as partes do problema para alcançar as soluções finais, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

A corrupção existe dentro de inúmeros ramos de conhecimento e sua forma alterna-se de acordo com a época em que ela ocorre, do local praticado, das instituições, da formação social, política e institucional. Ela existe desde os primórdios da humanidade, propaga-se e adapta-se no mesmo sentido em que as sociedades alternam-se estruturalmente, juridicamente e funcionalmente, sendo considerada pela ONU como um dos maiores obstáculos de desenvolvimento econômico do mundo.

Para Marcelo Zenker (2019, p. 236), a corrupção na administração pública estaria “diretamente proporcional ao monopólio e a discricionariedade, e inversamente proporcional ao dever de prestar contas”. Portanto, o controle da prática de atos corruptivos na esfera administrativa depende de um “conjunto mutável de microfatores, que combina redução dos monopólios, regulação do poder de concedê-los, democratização do poder decisório do gestor público, transparência em relação a estas decisões e aprimoramento do dever de prestar contas”.

Nesse sentido, o estudo da boa administração pública instrumentaliza a tutela dos direitos dos cidadãos, fazendo da governança a ligação entre a atividade política e a função administrativa, refletindo nos direitos e deveres dos cidadãos, pois governança pública tem como intuito ampliar e resguardar o valor que o Estado entrega aos seus cidadãos.

Nesta premissa, divide-se a governança pública em três atividades básicas: avaliar, dirigir e monitorar. Primeiramente, na avaliação é necessário se ter fundamento em evidências. Ato contínuo, é realizado o direcionamento através de priorização e orientação da preparação para então articular

e coordenar as políticas e planos com o intuito de alinhar as funções organizacionais e assegurar o alcance dos objetivos estabelecidos. Após ter as normativas de direcionamento, a última tarefa da governança está no monitoramento dos resultados por meio do desempenho e cumprimento de políticas e planos em confronto com as metas estabelecidas. (TCU, 2020)

Ademais, a governança contribui com a associação da cidadania emancipada à boa administração uma vez que fortalece o vínculo do cidadão com a administração pública e, conseqüentemente, fortalece o Estado Democrático de Direito ou criar um sistema para desenvolvimento do *accountability*, da transparência e do acesso à informação. (ZENKER, 2019, p. 241). Assim, ela visa formas de remover os controles considerados desnecessários, os quais por muitas vezes tornam-se empecilhos para a concretização de melhores resultados, tendo em vista o seu objetivo de fomentar a melhoria do desempenho da organização na geração de valor.

A ligação entra a governança e a aplicação dos programas de *compliance* na Administração Pública encontra-se na sua atuação como um instrumento de controle interno. Assim, o presente trabalho visa esmiuçar a atuação deste mecanismo na esfera local por, segundo Irene Nohara (p. 88, 2020), a adoção de programas de integridade pela Administração Direta Municipal possibilita o aprimoramento da governança e da gestão de risco dos municípios além de fomentar o alinhamento da conformidade no cumprimento de padrões jurídicos e de fortalecer a integridades da gestão pública municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável e necessidade da nossa sociedade em estimular uma transformação cultural de fomento a integridade de dentro para fora, desde as relações sociais básicas até esferas maiores como o governo. Nesse sentido, a aplicação de programas de *compliance* em municípios, além de beneficiar as estratégias para a boa governança tendo em visto o aumento da do gestor público frente à sociedade, corrobora na transmutação da ética e da integridade partindo do senso de pertencimento fornecido pelos municípios aos seus cidadãos.

Dentre os principais pilares de um programa de *Compliance* o desenvolvimento do Código de Conduta, na esfera administrativa, sintetiza os principais aspectos de direitos e obrigações da Administração, de seus servidores, bem como trata sobre as práticas éticas e legais. Neste sentido, conforme a FCPA, o código de conduta atua como o alicerce para que um programa de *Compliance* eficaz seja construído.

Ademais, a criação de códigos internos de ética e conduta são capazes de aumentar a produtividade e rendimento do serviço público, se aplicados de forma adequada através de treinamentos específicos. Destaca-se que um código de ética pode funcionar como um grande instrumento capaz de alicerçar profissionais da área pública e privada em momentos de difíceis decisões, capacitando a redução de riscos de interpretações subjetivas quanto aos aspectos morais e éticos. Assim, pretende-se comprovar com o estudo dos programas de *Compliance público* e que a sua aplicação, no âmbito do controle interno gerido pela governança pública, corrobora com a mudança da imagem existente nas relações público-privadas no âmbito administrativo, pois os controles internos estabelecem regras de revisão e aprovação de atividades

Da análise dos principais pilares utilizados na aplicação de programas de *Compliance* percebe-se a sua importância quando aplicado à Administração Pública. Assim, considerando as tendências atuais de combate à corrupção, bem como as novas legislações que abordam os princípios dos programas de *Compliance*, conclui-se que a Administração Pública, de modo geral, pode se beneficiar através da implementação destes programas, visando o auxílio na eficácia, boa governança e probidade na prestação de serviços públicos, bem como, revigorar a imagem pré-existente nas parcerias público privadas além de possibilitar o aprimoramento dos controles internos das gestões públicas municipais.

REFERÊNCIAS

NOHARA, Irene Patrícia. *O princípio da realidade de LINDB aplicado à exigência de compliance nos municípios brasileiros*. In.: ZENKER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo P. A. de. *Compliance no setor Público*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial Básico de Governança Organizacional: para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Brasília: TCU, 3. ed., 2020.

ZENKER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Forum, 2019

A “OPERAÇÃO LAVA JATO” E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO COMBATE CORRUPÇÃO PARA INTERESSES POLÍTICO- ECONÔMICOS DIVERSOS

RODRIGO DE MEDEIROS SILVA

Doutorando em Direito e Sociedade na Universidade La Salle- UniLaSalle;
Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos
Reis - UniRitter; Especialista em Direito Civil e Direito Processual
Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultura- IDC; participação no
Grupo de Pesquisa Direito e Literatura da PUC-RS; advogado; e-mail:
viacampesina@hotmail.com.

ADALENE FERREIRA FIGUEIREDO DA SILVA

Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter;
Bacharela em Direito pela mesma instituição; advogada; e-mail: adalenef@
hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir os impactos da chamada “Operação Lava Jato” que, apesar de ter sido efetivada por instituições fundamentais para o Estado Democrático de Direito, trouxe inúmeros problemas de diversas ordens para a democracia brasileira. O objetivo era o combate à corrupção, expediente necessário em todo qualquer país, mas os resultados mostraram-se nefastos, pondo-se em dúvida a boa fé.

Aqui não irá se ater a se houve ou não corrupção, pois é fato que esta existe, não só no Brasil, mas inerente ao sistema econômico mundial, que procura corromper instituições, órgãos e agentes públicos no intuito de alcançar maiores lucros e vencer concorrências. O intuito será identificar se causou danos a direitos e garantias fundamentais, se impactou na Petrobrás, positivamente ou não, bem como na democracia e na economia brasileiras.

Muito já se tratou sobre a separação de poderes, seguindo-se, então o melhor entendimento de divisão de funções que não seriam de forma algumas estanques e absolutas, mas predominantes, pretendo-se manter um sistema de controle, de freios e contrapesos. Da mesma forma, muito já se escreveu sobre o ativismo judicial, os seus limites, argumentos favoráveis

a ele ou não. Assim, tendo como parâmetro o escopo destas discussões, analisar-se-á como se deu a “Lava jato” e quais efeitos, resultados concretos ou mais significativos ficaram para o país.

Observando juristas, economistas e estudiosas de diversas áreas, pretende-se trazer um olhar mais completo sobre esta operação que marcou a História recente do Brasil. Saindo do senso comum, dos jargões do jornalismo político-policial, para olhar para as ações, expedientes utilizados de forma técnica e identificar os desdobramentos, que transbordaram a seara da competência dos servidores públicos envolvidos.

1 A “LAVA JATO” SOB O OLHAR TÉCNICO-JURÍDICO

A operação em comento caiu em descrédito no meio jurídico, por não seguir o disposto no ordenamento. O que causou grande estranheza, pois isto foi feito, justamente, por quem teria o dever de resguardar e defender o arcabouço constitucional e legal. O maior expoente político da “Lava jato”, o ex-juiz Sérgio Moro, em seus escritos acadêmicos, há muito já manifestava pouca consideração pelos direitos e garantias fundamentais. Isto é bem perceptível, quando ele relativiza a presunção de inocência, ao afirmar que “a presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes” (MORO, 2004, p.61).

Concomitante a esta operação, outras foram deflagradas seguindo o mesmo modelo, considerado por seus defensores, como exitoso. Uma delas, também conduzida pela delegada Érika Marena, uma protagonista da “Operação Lava Jato”, levou ao suicídio, em 2016, o então Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, o Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo, após prisão e exposição vexatória. O político e ex-juiz Sergio Moro, no trabalho acima mencionado, demonstrou tanto seu desprezo à vida, como à democracia, quando conseguiu identificar como conseqüências da “operação mani pulite” (mãos limpas), sua inspiração para a “Lava Jato”, dez suicídios de suspeitos e a subida ao poder do famigerado Silvio Berlusconi, mas que isto não diminuía o êxito por ela alcançado (2004, p.57). Não, por um acaso também, que a “Operação Lava Jato” contribuiu com eleição à presidente de Jair Bolsonaro, sendo a ajuda reconhecida por este ao entregar o cargo de Ministro da Justiça ao Moro, como bem afirmou o Ministro do STF Gilmar Mendes (PASSARINHO, 2022, s/p).

Juristas do mundo inteiro perceberam e denunciaram os malfeitos da “Operação Lava Jato”, como foi o caso do italiano Luigi Ferrajoli, que identificou “explicita falta de imparcialidade” (CONSULTOR JURÍDICO,

2020, s/p). Ou como a Professora de jurisprudência da Universidade de Yale (EUA) Susan Rose-Ackerman, considerada “maior especialista mundial em corrupção” pelo ex- Procurador Deltan Dallagnol, coordenador da “Lava Jato”, que assinou documento contrário as malversações cometidas por esta operação (CARTA CAPITAL, 2019, S/P). Percebe-se, assim, que houve uma inobservância a direitos e garantias fundamentais, que interferiram na democracia brasileira. O próximo tópico, então, falará sobre os impactos negativos para a Petrobrás e a economia brasileira decorrentes de tudo isto.

2 LAVA JATO: COMBATE À CORRUPÇÃO OU INSTRUMENTO DE FRAGILIZAÇÃO DA ECONOMIA BRASILEIRA?

Há fortes indícios de crimes lesa-pátria, pois de forma irregular a “Lava Jato” teria trocado informações com agências de investigação e justiça de outros países, beneficiando concorrentes internacionais da Petrobrás (AZEVEDO, 2021, p.16). Isto não é novidade na história mundial, registrado por toda imprensa, a compra de favores, como promoção, as mudanças de governos, até mesmo guerras civis motivadas ou financiadas por grandes corporações de petróleo (NOZAKI, 2021, p.32-34).

Com a Operação em questão terminaram por ocorrer perdas de investimentos enormes, tanto na própria empresa, como em setores afins. Com a Lava Jato oportunizou-se a mudança no Plano de Gestão e Negócios, em 2015, depois reforçada em 2019, na qual se acrescentou aos objetivos fundamentais da Petrobrás a geração de valores para os acionistas. Causou, então, enorme decréscimo no Plano Estratégico da Petrobrás, que previa investimento de US\$ 220, 6 bilhões para o período de 2014 a 2018, diminuindo para US\$ 98,4 bilhões, de 2016 a 2020; para um pouco acima de US\$ 74 bilhões, de 2017 a 2022; e para US\$ 75 bilhões, para o período de 2020 a 2024 (AUGUSTO JUNIOR; NOBRE, 2021, p. 86). Além disso, impactou, sobremaneira, no mercado de trabalho:

Do ponto de vista do mercado de trabalho, a Lava Jato foi responsável pela perda, direta ou indireta, de cerca de 3,5 milhões de postos de trabalho em 2015 e 2016. A construção civil experimentou queda de 441 mil empregos entre janeiro de 2015 e janeiro de 2017; o setor naval, que da de 44 mil empregos entre 2014 e 2016; a indústria extrativa mineral, que da de 38 mil empregos. Apenas na Petrobrás, o número de trabalhadores próprios caiu de 86 mil para 68 mil, e o número de trabalhadores terceirizados diminuiu de 360 mil para 120 mil, entre 2013 e 2016. (NOZAKI, 2021, p.42).

Como se percebe, a condução irregular da operação Lava Jato e a campanha contra o bom funcionamento da Petrobrás acabou por

prejudicar o país, beneficiando a concorrência da empresa no país e fora dele. Há diversos casos de corrupções em grandes petrolíferas pelo mundo da Startoil ou a Shell. Contudo, quando há identificação dos casos, com provas, responsabiliza-se as pessoas envolvidas, sem trazer perda para empresa e seus investimentos que, como estas citadas, fez foi ampliar, após os fatos ilícitos terem vindo à tona.

CONCLUSÃO

O que se conclui é que a “Operação Lava Jato” caracterizou-se como prática *lawfare*, quer dizer, como arma para fins de perseguição política (LAPA, 2020, p. 18). Os expedientes já são condenáveis por si, mas ainda causaram efeitos danos à democracia e economia brasileiras.

Direcionou-se o país para um Estado jurídico-policial (BARBOSA; FREIRE, 2019, p.70). O pouco apreço ao Estado democrático de direito, instrumentalizando valores religiosos, morais, levou ao crescimento na sociedade de ânimos autoritários e violadores que culminaram com a eleição do Presidente Jair Messias Bolsonaro. Sem deixar de reconhecer a crise mundial pela pandemia da Covid-19 e pela Guerra na Ucrânia, o país teve um piora social mais gravosa, que poderia ter sido evitada, por virar intensificando concentração de renda. Isto pode ser verificado pelo retrocesso no qual se voltou ao patamar da década 90, com 33 milhões de pessoas passando fome no Brasil, e 58,7% da população vivendo com insegurança alimentar (CORREIA, 2022, s/p).

Conclui-se, então, que a deturpação do ordenamento jurídico e a instrumentalização das instituições do sistema de justiça, com envolvimento da mídia e outros setores, para a realização de disputa política, causou enorme prejuízo sócio-econômico. A Petrobrás perdeu concorrências, reduziu investimentos que contribuíam com a economia brasileira, com a geração de empregos. A “Lava Jato” retirou força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p.16), pois em sua atuação direitos e garantias fundamentais não possuíam eficácia. Ainda se imiscuiu, indevidamente, na democracia brasileira, levando ao poder um projeto excludente, discriminatório e agravador da desigualdade social existente no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUSTO JR., Fausto; NOBRE, Sérgio. Lava Jato e implicações econômicas intersetoriais. In: AUGUSTO JR., Fausto; GABRIELLI, José Sergio; ALONSO JR., Antonio [orgs]. *Operação Lava Jato: crime, devastação econômica e perseguição política*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2021.

AZEVEDO, José Segio Gabrielli. Apresentação. In: AUGUSTO JR., Fausto; GABRIELLI, José Sergio; ALONSO JR., Antonio [orgs]. *Operação Lava Jato: crime, devastação econômica e perseguição política*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2021.

BARBOSA, Edson Mauro; FREIRE, Phablo. *Operação Lava Jato: uma análise sobre a fragilidade do estado democrático, lawfare e mídia*. Revista Jurídica Facesf. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/v.1.n.2+\(2019\)-56-72.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/v.1.n.2+(2019)-56-72.pdf). Acesso em: 25 jun 2022. Publicado em: 2019.

CARTA CAPITAL. *Jurista americana admirada por Dallagnol defende libertação de Lula*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/jurista-americana-admirada-por-dallagnol-defende-libertacao-de-lula/>. Acesso em: 23 jun 2022. Publicado em: 12 ago 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. *Parcialidade de Moro justificaria sua suspeição em qualquer país, diz Ferrajoli*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-25/parcialidade-moro-justificaria-suspeicao-qualquer-pais>. Acesso em: 23 jun 2022. Publicado em: 25 jul 2020.

CORREIA, Victor. *33 milhões de pessoas passam fome no Brasil, aponta pesquisa*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/06/5013817-33-milhoes-de-pessoas-passam-fome-no-brasil-aponta-pesquisa.html>. Acesso em: 25 jun 2022. Publicado em: 08 jun 2022.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LAPA, Isabella Rocha Vieira. *Lawfare na Operação Lava Jato: a utilização da prisão preventiva como meio para alcançar a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13*. Revista Unifeso-Caderno de Direito. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/2928-11608-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 jun 2022. Publicado em: 2020.

NOZAKI, William. Capitalismo e corrupção: a Petrobrás e a Operação Lava Jato. In: AUGUSTO JR., Fausto; GABRIELLI, José Sergio; ALONSO JR., Antonio [orgs]. *Operação Lava Jato: crime, devastação econômica e perseguição política*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2021.

PASSARINHO, Nathalia. *Lava Jato prendeu Lula, apoiou eleição de Bolsonaro e integrou governo, diz Gilmar Mendes*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56077269>. Acesso em 23 jun 2022. Publicado em: 16 fev 2021.

LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM FACE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

Doutor em Direito. Procurador de Justiça do RS. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Professor da FMP.

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em São Paulo.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O objetivo geral deste trabalho é avaliar como tem se constituído o debate doutrinário e casuístico das tensas equações entre o direito fundamental a proteção de dados da pessoa física em face da persecução penal, nomeadamente no Brasil.

Para tanto, o problema que pretendemos indagar é se podemos estabelecer, pela via judicial, modulações eventualmente restritivas daquele direito – e com que critérios – diante da necessidade de persecução penal.

Nossa hipótese é a de ser possível, observando critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, e pela via judicial, estabelecer, caso a caso, modulações restritivas a inviolabilidade de dados relacionados a privacidade e intimidade para fins de apuração da responsabilidade penal no Brasil.

Elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) demarcar alguns contornos do debate sobre a proteção de dados na experiência internacional, tanto na perspectiva doutrinária como jurisprudencial; (ii) delimitar como está se desenvolvendo esta temática no Brasil, no âmbito doutrinário e casuístico; (iii) identificar como tem se dado

as equações entre a proteção de dados – com alguns casos concretos – e a persecução penal no Brasil, propondo sugestões para o seu tratamento.

Pretendemos utilizar na pesquisa o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados e análise de alguns casos jurisprudenciais. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

IA PROTEÇÃO DE DADOS NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Na sociedade moderna em que vivemos, caracterizada pelo constante e acelerado desenvolvimento tecnológico, compreender de que modo se possa tutelar adequadamente o direito à privacidade, intimidade e dados individuais, representa questão fundamental. Em particular, a grande difusão de smartphones e das redes sociais tem proporcionado que se possa vir a acessar/conhecer informações do passado e do presente, de aspectos importantes da vida das pessoas – físicas e jurídicas.

Evidente que esta espetacularização do privado recebe impulso cotidiano de auto exposições multifacetárias envolvendo opiniões, relações sociais, hábitos, experiências de trabalho, de relacionamentos, projetos de vida, etc. Provavelmente, e em certos aspectos também inconscientemente, estamos perdendo a concepção e o valor da tutela da própria privacidade, deixando de perceber como a proteção dos dados pessoais representa articulação fundamental em relação a outros direitos e seus exercícios.

Por conta disto, os ordenamentos jurídicos democráticos hodiernos têm cada vez mais adotado mecanismos emergenciais e de polícia para enfrentar ameaças à segurança dos cidadãos e de seus dados, tendo de revisar, por vezes, antigos institutos dogmáticos vigentes para atualizá-los – ou criar novos – a fim de dar conta destas demandas.

Por outro lado, também os níveis de criminalidade e violência em todos os países do globo tem aumentado assustadoramente (tráfico de drogas, pessoas, órgãos humanos, armas, lavagem de dinheiro, cibercriminalidade), colocando em estado de alerta sistemas de segurança pública nacionais e transnacionais, e fazendo com que ordenamentos jurídicos sejam revistos, tanto no aspecto preventivo como curativo, para tentar dar conta de modo mais efetivo a tais cenários.

Dentre as ações e reações institucionais que temos observado surgir por conta destas conjunturas são as de caráter penal e processual penal que vamos dar destaque e, neste ponto, há certo consenso de que uma das primeiras respostas mais incisivas dadas aos riscos e perigos sob comento foram as adotadas pelos Estados Unidos da América – USA, a partir do *Patriot Act*, de 2001, impondo inúmeras restrições as liberdades individuais,

e mesmo criando formas de duvidosa constitucionalidade e legalidade para lidar com o terrorismo, como a prisão de Guantanamo.¹¹²

Não bastasse isto, ainda temos o escândalo do chamado *Datagate*, de autoria de Edward Snowden, revelando detalhes de programas de vigilância global da NSA norte americana, notadamente através do programa PRISM, expondo políticas de invasão de privacidade do governo sem controle político ou social, tudo em nome da segurança contra o mesmo terrorismo.¹¹³

A partir do século XXI só aumentam os instrumentos de investigação do Estado em nome da segurança pública e para o enfrentamento de várias espécies de criminalidades, o que inexoravelmente atinge dados de pessoas físicas e jurídicas, colocando em risco vários e históricos direitos e garantias constitucionais.

O problema é que esta expressão segurança pública tem tido múltiplas designações conceituais, passando por segurança interna e externa, dependendo de tomarmos em conta a proveniência de ameaças a determinados grupos sociais; também se pode contrapor segurança individual à segurança coletiva; assim como podemos falar de segurança material (relacionada a incolumidade de bens e pessoas), e segurança formal (preservação de princípios e valores fundamentais dos ordenamentos jurídicos).¹¹⁴

Em qualquer destas perspectivas a segurança configura bem jurídico fundamental as relações sociais e interindividuais, e isto porque representa valor constitutivo de qualquer ordem pública contemporânea, indo além Marco Rutuolo ao sustentar que o conceito de segurança está muito vinculado à proteção de bens constitucionais e infraconstitucionais permanentemente, e isto no sentido de que *la sicurezza sarebbe strettamente collegata alla rimozione degli ostacoli che si frappongano all'effettivo godimento dei diritti: e dunque si dovrebbe parlare più appropriatamente di «sicurezza dei diritti» piuttosto che di «diritto alla sicurezza» nella forma di Stato sociale.*¹¹⁵

112. Ver melhores informações sobre esta política de segurança no site <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>, acesso em 12/05/2021.

113. Ver a interessante matéria do The Guardian no site <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>, acesso em 12/05/2021. Isto se espalha também à Europa, até por conta dos atos terroristas que lá ocorrem, basta vermos as normativas francesas relacionadas na chamada *assignation à résidence*, estabelecendo restrições de circulação a determinados sujeitos identificados como perigosos à ordem pública e segurança, ex vi a Lei nº1501, de 20/11/2015, sobre o estado de urgência e seus poderes investigativos. Ver o texto de GAZZETTA, Cristina. *Sicurezza, terrorismo e cittadinanza: la nuova legislazione francese anti-terrorismo e l'impegno Internazionale contro i cd. Foreign fighters*. In Osservatório sulla normativa, anno V, nº3, 2015.

114. Estas são definições bastante amplas apresentadas pelo trabalho coordenado por COCCO, Giovanni. (a cura di). *I diversi volti della sicurezza*. Milano: Giuffrè, 2012.

115. RUTUOLO, Marco. *Diritto ala sicurezza e sicurezza dei diritti*. In Osservatório sulla normativa, anno III, nº2, 2013, p.06. A Itália já conta com um Código de Proteção de Dados Pessoais,

A par disto, a segurança configuraria *valor super primário*, no sentido de que não se presta a balanceamentos, mas deve sempre ser garantida em face de sua natureza contratualista matricial, inexoravelmente vinculada a dignidade da vida humana, à incolumidade física, patrimonial e extrapatrimonial das pessoas, seu bem estar e qualidade de existência, ou seja, trata-se de direito fundamental indispensável à fruição de direitos os quais os indivíduos são titulares.¹¹⁶

Nos dias atuais por certo temos tido mutações significativas destes conceitos, eis que os ordenamentos jurídicos democráticos garantem níveis de segurança mais robustos em face de tempos pretéritos, para alcançar dimensões sociais indispensáveis à vida em comunidade.

Por isto está na agenda atual do debate jurídico e político internacional como devemos nos situar entre o princípio *salus rei publicae suprema lex esto*, no sentido de que eventuais derrogações ou flexibilizações a direitos fundamentais individuais devem ser aceitos na medida e quando efetivamente necessários, adequados e proporcionais, à garantia de direitos fundamentais sociais – como a segurança pública.

E neste sentido ganha relevo, a título exemplificativo, a decisão da Corte de Justiça da União Europeia de 21/12/2016, conhecida como Caso Tele2, na qual estabeleceu que os Estados membros não podem impor a fornecedores de serviços de comunicação eletrônica obrigação genérica e indiferenciada de conservação de dados relativos ao tráfego e à localização dos usuários, sem o consentimento destes. Autorizou a Corte, somente a título preventivo, a conservação destes elementos voltada exclusivamente ao enfrentamento de graves fenômenos de criminalidade, limitando-se ao quanto necessário para os que detém a categoria de dados a conservar.¹¹⁷

E o fez bem a Corte, porque o conceito de privacidade e comunicação resultam indissociáveis da proteção dos dados pessoais, o que lhes dão

acessível pelo site <https://www.garantepriacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9042678>, em 01/06/2021.

116. Conforme a dicção de CERRINA FERONI, Ginevra e MOBIDELLI, Giuseppe. *La sicurezza: un valore superprimario*. In Percorsi Costituzionale. VI, nº1/2008, p.39. No mesmo sentido FROSINI, Tomaso Edoardo. *Il diritto costituzionale alla sicurezza*. In Forum on line di Quaderni Costituzionali, acessado pelo site: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf, acesso em 26/05/2021. Diz este autor: *C'è un bisogno di sicurezza che si impone nella società odierna, che è sempre più una società del rischio: e la sicurezza si impone sia come attività statale per tutelare il cittadino da rischi e pericoli sociali, sia come diritto fondamentale, quale condizione "per l'esercizio delle libertà e per la riduzione delle disuguaglianze"*.

117. Ver a íntegra da decisão no site: https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX_62015CJ0203_EN_TXT.pdf, acesso em 24/02/2021. O Parlamento Europeu e o Conselho da Europa modificaram a Diretiva 2002/58/CE, através da Diretiva 2006/24/CE, que agora versa sobre a conservação de dados gerados ou tratados no âmbito do fornecimento de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação.

enquadramento mais dinâmico do que estático em termos de configuração e aplicação no tempo e espaço – nomeadamente em face dos aspectos virtuais que lhes alcançam. E na medida em que resta considerada a *privacy* como ínsita a liberdade pessoal, isto de um lado implica certo tipo de liberdade negativa, no sentido de que ninguém possa se intrometer na esfera privada do titular de liberdade; em outro viés, liberdade positiva, tomada como possibilidade de atribuir ao titular de direito a autonomia de agir/reagir em face de comportamentos de outrem que possam ofender sua posição.¹¹⁸

De lembrar que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, deu proteção internacional à privacidade, em seu artigo 5º, dispondo que: *toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar*. Em 10 de dezembro do mesmo ano foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal de Direitos do Homem, prevendo em seu art.12 que: *ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques*.

No plano doutrinário, ao término da 26ª *International Conference on Privacy and Personal Data Protection*, Stefano Rodotà sustentou que:

*La privacy si presenta come un elemento fondamentale della società dell'eguaglianza. Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano di essere esclusi dai processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione. Senza una forte tutela del "corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo. Diventa così evidente che la privacy è uno strumento necessario per difendere la società della libertà, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale.*¹¹⁹

O problema é que determinados fenômenos criminais, como já anunciamos, continuam a fazer vítimas em todo o mundo, levando Estados a buscarem novas formas de proteção e enfrentamento dos riscos e perigos que isto representa, dentre as quais políticas de acesso, armazenamento e manejo de dados de pessoas físicas e jurídicas para fins de prevenção e responsabilização por atos de violência e defraudação dos sistemas normativos, e mesmos inéditos mecanismos de investigação e persecução criminal.

A tal ponto que o Reino Unido vai instituir o *investigatory powers bill*, medida de grande impacto sob a tutela da liberdade e privacidade

118. Ver no ponto o excelente texto de BALDASSARRE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1997.

119. RODOTÀ, Stefano. *Privacy, libertà, dignità*. In www.garanteprivacy.it, 2004.

das comunicações dos cidadãos em nome da segurança contra atos de terror, permitindo as autoridades investigativas do Estado desenvolver interceptações telefônicas e telemáticas sem que os fornecedores destes serviços possam descumprir tais determinações, e autorizando o acesso e conservação destes, mais as informações concernentes aos sítios web objetos de navegações, pelo prazo de um ano.¹²⁰

Na Alemanha, desde 2016, vige lei de reforma dos poderes investigativos da agência para a segurança externa do país (BND), que prevê a possibilidade de interceptar comunicações telemáticas da internet de estrangeiros para fins de prevenção de potenciais e indiciários atos de terrorismo, introduzindo no ordenamento jurídico discutível diferenciação entre cidadãos tedescos e estrangeiros. A par disto, o Tribunal Constitucional Alemão, em sentença de 20/04/2016, decidiu que seriam necessários rígidos escrutínios de proporcionalidade à aplicação de várias disposições da lei federal sobre atividades de forças policiais – *Bundeskriminalamtgesetz – BKAG* -, que buscavam utilizar formas de vigilância oculta e o emprego de meios informáticos para adquirir dados remotos de investigados.¹²¹

A Corte de Cassação italiana, por sua vez, já teve oportunidade de reconhecer significativas restrições de liberdades fundamentais para fins de investigação criminal, admitindo que instrumentos de captação e invasão (trojan) informática, veiculados por e-mail na forma de vírus, mensagens ou download de aplicações da rede, fossem instalados, de forma remota, em aparelhos múltiplos (celulares, tablets, pcs) de pessoas investigadas ou suspeitas, por setores de investigação oficiais e com autorização judicial, para fins de obtenção de provas sobre crimes tentados, em execução ou consumados.¹²² Como refere Albrecht:

verifica-se na atualidade uma crescente tematização do que seria uma suposta tensão envolvendo a eficiência do processo penal e da política de segurança, de um lado, e a liberdade dos cidadãos, de outro. Os debates sobre essa relação conflituosa entre segurança, eficiência e liberdade vêm sendo marcados por um deslocamento da função atribuída ao Direito Penal, do qual se exigem mais e mais medidas garantidoras da segurança e pela ênfase dada a riscos excepcionais atribuídos à criminalidade organizada transnacional e, sobretudo, ao terrorismo internacional.

120. Ver mais dados no sítio <https://www.gov.uk/government/collections/investigatory-powers-bill>, acesso em 16/06/2021.

121. BVerfG, 20/04/2016, 1 BVR 1140/09. Acesso pelo site: <https://www.bundesverfassungsgericht.de>, em 16/06/2021.

122. Cassazione Penale, Sezioni Unite, 1 luglio 2016, n°26889. Acesso pelo site: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2016/07/02/intercettazioni-su-dispositivi-elettronici-mediante-captatore-informatico-depositare-le-motivazioni-delle-sezioni-unite-268892016/>, em 16/06/2021.

Com isso, também o conceito de “segurança” ganha novos contornos, passando a ser entendido cada vez mais como segurança frente à criminalidade e sobretudo frente à violência, convergindo nos conceitos de “segurança interna” e “segurança externa”.¹²³

Mesmo assim, parte da doutrina assente no argumento de que eventual aumento das condições de segurança vem sempre acompanhado do crescimento da sensação subjetiva de insegurança. *Esse problema, em si já relevante, torna-se ainda maior quando lembramos que, frente a novas formas de criminalidade, os padrões convencionais de interpretação dos perigos tendem a se mostrar ineficazes, dado que esse tipo de medição tem por base prognósticos cujos pressupostos são normalmente controversos.*¹²⁴

Neste sentido, políticas de segurança pública podem, em determinados contextos singulares, implicar/justificar ações de restrições de direitos e garantias individuais, mas isto também pode acarretar abusos de poder e desvios de finalidades se não avaliados e ponderados com direitos e garantias fundamentais individuais igualmente assegurados pelo constitucionalismo contemporâneo.

Daí porque os tribunais na União Europeia- UE têm insistido com o argumento de que seja utilizado para aferir tais elementos – e a possibilidade ou não de se acessar, armazenar e manejar dados pessoais sem o consentimento dos seus titulares – severos testes de proporcionalidade entre os escopos perseguidos e bens tutelados, a partir do que tem evoluído a regulamentação destes temas, basta vermos, a título exemplificativo, documentos como: (i) o Tratado de Lisboa, de 2009, reconhecendo a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental; (ii) a edição da Diretiva (EU) 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27/04/2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e a livre circulação destes dados, revogando a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

Caso polêmico tratando deste tema na UE foi concluído em maio de 2021, com o julgamento do processo *Big Brother Watch and Others v. the United*

123. ALBRECHT, Hans-Jörg. *Direito Penal e Periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa*. In MACHADO, Marta R. de Assis e PÜSCHEL, Flavia Portella (org.). *Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: FGV, 2016, p.51. Ainda agrega o autor – e concordamos com ele: *O problema central consiste certamente na simples constatação de que a segurança em sentido amplo constitui necessariamente pressuposto da liberdade, de modo que, na realidade, não pode existir qualquer oposição entre esses dois valores. A liberdade apenas pode ser exercida se existirem condições sociais básicas de segurança que permitam a fruição desse Direito.*

124. Idem.

*Kingdom*¹²⁵, pela Corte Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, envolvendo Grã Bretanha e Irlanda do Norte, por conta de violação do art.34, da Convenção à Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, fundados em três requerimentos chegados a Corte (58170/13, 62322/14 e 24960/15).¹²⁶

Os requerimentos sustentam que se afigura ilegal o escopo e a magnitude dos programas de investigações eletrônicas operados pelo governo da UK. Em 04 de julho de 2017, a Câmara da Primeira Sessão, da CEDH, resolveu por agrupar todos os reclamantes e ouvi-los sobre suas petições, o que ocorreu em Strasbourg, na data de 07/11/2017. Os peticionantes apresentaram neste caso vários aspectos e abordagens de invasão de privacidade ilícita, mas também se referenciaram a partir das revelações feitas por Edward Snowden, atinentes aos programas de vigilância operados pelos serviços de inteligência dos Estados Unidos da América – EUA e da UK, sustentando que, devido a natureza das atividades monitoradas por estes programas, as suas comunicações eletrônicas tranquilamente poderiam ter sido interceptadas; ou mesmo obtidos por autoridades dos EUA e da UK de provedores de serviços de comunicação.¹²⁷

As revelações de Edward Snowden, feitas em 2013, indicaram que o quartel general governamental de comunicações do serviço de inteligência britânico - GCHQ estava operando um modelo global de vigilância e investigação secreta de dados e informações de pessoas físicas e jurídicas em nome da segurança nacional, denominado de *tempora*, o qual permitia acessar e armazenar milhões de dados extraídos de provedores, sendo que as autoridades deste país não confirmavam ou negavam a existência deste programa.¹²⁸

Por mais que os sistemas e modelos de tratamento dos dados acessados e armazenados por estas ferramentas conseguissem constituir

125. Acesso pelo site: <https://www.bailii.org>, em 14/06/2021. Ver também o caso *Google Spain, Data Retention e Teledue*, paradigmático nestes temas, acesso pelo site: <https://eur-lex.europa.eu>, acesso em 11/10/2022.

126. Os postulantes destes requerimentos foram: Human Rights Watch, Access Now, Dutch Against, Plasterk, Center For Democracy & Technology, European Network of National Human Rights Institutions and the Equality and Human Rights Commission, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative, The Law Society of England and Wales and Project Moore, Center For Democracy & Technology, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, the National Union of Journalists and the Media Lawyers' Association, Electronic Privacy Information Center and to the Equality and Human Rights Commission.

127. Os chamados *communications service providers* – CSPs.

128. Ver no ponto a matéria publicada em 2013, por Philip Bump, no The Atlantic, pelo site: <https://www.theatlantic.com/national/archive/2013/06/uk-tempora-program/313999/>, acesso em 21/06/2021. Veja-se que somente em 2000 que a UK vai constituir sua *Regulation of Investigatory Power Act*, cujas informações podem ser obtidas através do site: <https://justice.org.uk/regulation-investigatory-powers-act-2000/>, acesso em 21/06/2021.

imensos acervos de informações, sempre foi impossível avaliar detidamente todos eles, razão pela qual foram criadas metodologias de abordagem e procedimentos, com seus respectivos protocolos, para selecionar quais elementos deveriam ser inspecionados com rigor (*complex queries*), advindo daí os seletores de dados e informações com base em perfis previamente demarcados por critérios e indicadores dos gestores destes sistemas de vigilância, o que, de qualquer sorte, não ameniza a gravidade da violação de privacidade e intimidade levada a cabo, e mais que isto, de forma secreta e sem prestação de contas. Para além disto, nenhuma informação segura existia sobre o modo de descarte dos dados/informações não considerados importantes, e quais as políticas de segurança na manutenção daqueles selecionados como tais.¹²⁹

Também a *National Security Agency – NSA*, dos EUA, reconheceu, neste processo, a existência de duas operações globais voltadas a vigilância de dados e informações de pessoas físicas e jurídicas para fins de segurança nacional, a saber: (i) o programa PRISM, e o (ii) programa UPSTREAM. O primeiro visava obter comunicações através de provedores de serviços de internet (ISPs), estando regulado pelo *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*, sendo que o seu uso deveria ser aprovado pela *Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC)*. Todavia, os documentos trazidos a tona por Snowden revelaram que o programa PRISM vinha sendo utilizado pelos EUA desde julho de 2010, gerando milhões de relatórios de inteligência, sem os devidos protocolos integrais de permissão e aprovação.¹³⁰

129. Mais tarde a UK vai instituir seu *Interception of Communications Code of Practice*, regulamentando melhor esta matéria, como mostra o documento acessado pelo site: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715480/Interception_of_Communications_Code_of_Practice.pdf, em 21/06/2021, assim como criar *Investigatory Power Tribunal – IPT*, órgão independente do governo que busca justamente julgar os abusos cometidos por autoridades em termos de violação do direito de privacidade e intimidade por meios tecnológicos (ver o site: <https://www.ipt-uk.com>, acesso em 21/06/2021).

130. O *The Guardian*, em 2013, publicou matéria sobre o tema dizendo que: *The National Security Agency has obtained direct access to the systems of Google, Facebook, Apple and other US internet giants, according to a top secret document obtained by the Guardian. The NSA access is part of a previously undisclosed program called Prism, which allows officials to collect material including search history, the content of emails, file transfers and live chats, the document says.* Acesso pelo site: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>, em 21/06/2022. É preciso lembrar que nos Estados Unidos da América o tema da proteção de dados privados tem como base normativa fundamental a Quarta Emenda da sua Constituição – que trata justamente do Direito Fundamental à Privacidade-, que se viu ampliada para além da privacidade em termos de espaços físicos e de interpretação jurisprudencial, dentre outros, a partir dos casos *Griswold vs. Connecticut*, de 1965; *Katz vs. United States*, de 1967; *United States vs. Antoine Jones*, de 23/01/2012, julgados pela Suprema Corte deste país. Ver os julgados nos sites: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, acesso em 14/04/2022, e <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>, acesso em 14/04/2021. Ver igualmente o trabalho de MCNEIL, Sonia. *Privacy and the modern grid*. In *Harvard Journal of Law & Technology*.V.25 n.1, 2011. Em termos históricos ver também o texto classico de WARREN, Samuel D. & BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. In *Harvard Law Review*, vol.4, nº5. December 15,

A partir daí as regulamentações foram se dando de forma fragmentada, nomeadamente pelos parlamentos dos Estados¹³¹, o que não permitiu formatar base normativa nacional a fim de orientar a todos sobre a matéria, tanto que a *Federal Trade Commission - FTC*, órgão público que responde pela supervisão do comércio nos EUA, em março de 2012, reconheceu que os níveis de tutela dos dados privados em seu território não eram adequadamente seguros, indicando ao Congresso a adoção de regulamentação nacional à proteção de dados.¹³²

Estes movimentos todos levaram este Congresso, por sua comissão antitruste, em julho de 2020, a realizar audiência pública com os CEOs da Amazon, Apple, Google e Facebook, para tratar de eventuais problemas de monopólio excessivo relacionado as suas posições dominantes no mercado da internet, o que envolve, por óbvio, o tema da proteção de dados privados e públicos.¹³³

Na América Latina, a Argentina, já em 2002, obteve a aprovação europeia para receber dados pessoais de sua comunidade, tendo previsto na Constituição a proteção da dados pessoais, contando ainda com a regulamentação da Lei de Proteção de Dados Pessoais -LPDP (nº25.326/2000), e o Decreto Regulamentar nº1.558/2001, e o fez tendo como base as normativas da Europa, ampliando-as por conta de ter contemplado também a proteção de dados das pessoas jurídicas.¹³⁴

1890, pp.193-220. Este último caso pode ser acessado pelo site: <https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2011/01/01/2010-1259.mer.aa.pdf>, em 14/06/2022.

131. Podemos citar aqui o *California Consumer Privacy Act (CCPA)* – acesso pelo site: <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>, em 14/04/2022; e a *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD)* – acesso pelo site: <https://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2019/S5575B>, em 14/04/2022, como iniciativas inovadoras na proteção de dados privados.

132. FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC. *Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendation for businesses and policymakers*, 2012. Acesso pelo site <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>, em 14/04/2021. Por certo que existem outras agências que também tratam de proteção de dados, mas ai de forma setorializada, como: (i) *Federal Communications Commission (FCC)*; (ii) *Department of Health and Human Services (HHS)*; (iii) *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*; (iv) *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

133. Ver matéria no site: <https://www.nytimes.com/2020/10/06/technology/congress-big-tech-monopoly-power.html>, acesso em 16/06/2022. As matérias jornalísticas dão conta de que só a Google tem o monopólio de 92% das ferramentas de pesquisas na internet, o que lhe dá condição de monopólio absoluto destes serviços, com todas suas implicações comerciais e de acesso a dados pessoais os mais distintos, pagando a Apple bilhões de dólares por ano para que esta mantenha a sua plataforma de busca como padrão em seus aparelhos – por certo implicando algum tipo de compartilhamento de dados -, tudo a ser investigado pelo Congresso. Ver também a reportagem publicada no site <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/big-tech-congress-squared-frustration-was-palpable-rcna507>, acesso em 16/06/2022.

134. Acesso a Lei pelo site: <http://servicios.infoleg.gob.ar>, em 14/06/2022.

Da mesma forma o Uruguai regulamentou o tema, tendo sido considerado em 2010 como detentor de normas protetivas de dados adequadas para receber dados da União Europeia, a despeito de sua Constituição não prever o direito a esta proteção. O país reconheceu a proteção de dados privados como fundamental na Lei nº18.331/2008, e por sua regulamentação através do Decreto nº414/2009.¹³⁵

Também o Chile previu em Constituição o direito à vida privada, sendo que em 1999 aprovou a Lei nº19.628, regulamentando de forma detalhada o disposto na Carta Política a este título, assim como editou o Decreto nº779/2000, aprimorando ainda mais a tutela.¹³⁶ Já no ano de 2018 foi modificado o art.19, nº4, da Constituição, justamente para constitucionalizar o direito a proteção de dados pessoais, incorporando-o ao catálogo de Direitos Fundamentais, encontrando-se o parlamento chileno discutindo mudanças nesta legislação.

O Peru, em 2011, aprovou legislação própria sobre proteção de dados (Lei nº29.773), atendendo a tutela já existente que a Constituição dava a tais bens jurídicos, regulamentando-a pelo Decreto Supremo nº003-2013-JUS.¹³⁷ Da mesma maneira o México, em 05 de julho de 2010, aprovou sua lei de proteção de dados pessoais, com o correspondente regulamento aprovado em dezembro de 2011.¹³⁸ E a Colômbia seguiu o mesmo caminho, aprovando, em 2012, sua Lei (nº1.581) de Proteção de Dados, regulamentada pelo Decreto Nacional nº1.337/2013, e pelo Decreto nº1.081/2015.¹³⁹ Todos estes dispositivos muito semelhantes as diretivas da União Europeia.

Cumpra agora avaliar como está posto o debate no Brasil sobre o tratamento da proteção de dados em face em especial da persecução penal, o que passamos a fazer.

135. Acesso pelo site: <https://legislativo.parlamento.gub.uy>, em 14/06/2022.

136. Até pelo fato do Chile não tomar como referência expressa as normativas europeias para tratar do tema de proteção de dados em seu território, há várias críticas sobre alguns déficits destes marcos normativos, dentre os quais o silêncio sobre: (i) a relação direta entre a coleta e a utilização dos dados (princípio da finalidade); (ii) clareza sobre o responsável pelos dados privados; (iii) informação a ser dada para o processamento dos dados; (iv) sanções em caso de infração; (v) previsão sobre a autoridade de controle de proteção de dados. Ver no ponto o texto de CORTÉS, Raúl Arrieta. *El nuevo entorno regulatorio de la protección de datos personales en Chile*. Publicado no site <https://iapp.org/news/a/el-nuevo-entorno-regulatorio-de-la-proteccion-de-datos-personales-en-chile/>, acesso em 14/06/2022.

137. Acesso pelo site: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>, em 14/06/2022.

138. Acesso pelo site: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>, em 14/04/2021.

139. Acesso pelo site: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981>, em 14/04/2021.

II A PROTEÇÃO DE DADOS ENQUANTO DIREITO
FUNDAMENTAL NO BRASIL

Falar de proteção de dados nos remete – como já referimos - aos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial relacionados com a intimidade e privacidade, e no ponto as reflexões de Robert Alexy precisam ser chamadas a colação, muito particularmente quando menciona, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, a *Teoria das Esferas*, pela qual é possível separar três esferas com decrescente intensidade de proteção dos sistemas jurídicos contemporâneos destes direitos, quais sejam: (i) a *esfera mais interna* (âmbito último intangível da liberdade humana), caracterizando-se por ser o núcleo mais íntimo e, conforme interpretação do Tribunal Constitucional alemão, campo absolutamente protegido da organização da vida privada, compreendendo os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à sua natureza extremamente reservada; (ii) a *esfera privada ampla*, que não pertença à esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade; (iii) e a *esfera social*, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla.¹⁴⁰

Com o objetivo de encontrarmos esse âmbito mais íntimo e interno do indivíduo, bastaria indagar se existe comportamento de pessoa que, em nenhum aspecto, refira-se ou afete a esfera de outras, ou os interesses da vida em comunidade. Assim, determinadas situações e formas de comportamento conduziriam a prioridade absoluta do *princípio da liberdade negativa*, conjuntamente com o da dignidade da pessoa, frente a quaisquer princípios opostos concebíveis.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art.5º, X, estabelece como princípio fundamental da República que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. A reforçar tal disposição, recentemente foi aprovada a Emenda Constitucional nº115, de 10/02/2022, que incluiu a proteção de dados pessoais, inclusive os disponíveis em meios digitais, na lista das garantias individuais da Constituição Federal.¹⁴¹

Ao mesmo tempo o texto constitucional igualmente prevê, em seu art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial; e no art.102, I, a, II, a e b, III, a, b e c, e art.103, §2, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da ordem normativa e seus remédios/instrumentos protetivos.

140. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2010, p.119.

141. Em face disto o art. 5º, da Constituição Federal, conta com o inciso LXXIX, que diz: *é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais*. Acesso pelo site: <https://pesquisa.in.gov.br>, em 29/09/2022.

Por conta disto temos que ter em conta a necessária leitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio.¹⁴² Ou seja, aqueles dois campos regulatórios reclamam, sempre, integração racional e ponderada dos bens jurídicos e interesses tutelados, daí porque – e já adiantando um pouco nossas percepções sobre o objeto proposto neste trabalho –, direitos fundamentais individuais personalíssimos não podem configurar obstáculo impeditivo de acesso à informação qualificado, por exemplo, em face de investigações sobre cometimento de violações de normas cogentes. Vai na mesma direção o trabalho de Paulo José da Costa Jr., ao dizer que:

Não pode o princípio *la vie privée doi être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

*Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade.*¹⁴³

Por mais que a norma constitucional – e o sistema jurídico como um todo – estabeleçam catálogos de direitos e garantias constitucionais como autoaplicáveis, e disto não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante destes sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração, e estas, definitivamente, não estão dadas de modo absoluto pela Carta Política, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material às suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele.

O Novo Código Civil brasileiro regulamentou ainda mais o tema sob comento, destacando, dentre outras coisas: (a) que toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art.16); (b) que, salvo se autorizadas, *ou se necessárias à administração da justiça*, ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (art.20); (c) ao fato de que a vida privada da pessoa natural

142. A partir de CANARIS, Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.83.

143. COSTA Jr., Paulo José da. *O Direito de estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.51.

é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art.21).

Em outras palavras, há determinadas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, dentre elas, o respeito dos concidadãos (honra subjetiva e objetiva), o bom nome, a imagem e a reputação, e por tal razão devem ser preservadas.¹⁴⁴ Perez Luno lembra, neste particular, que se tratavam destas questões como o direito das pessoas à fama e reputação, bem como direito à tranquilidade do espírito e à solidão.¹⁴⁵

O direito de privacidade, entretanto, não se confunde com o de intimidade, representando este o núcleo mais reservado e indevassável da vida de determinada pessoa, em nada interessando à opinião pública o que faz ou deixa de fazer, pensar, sentir, fruir, etc., desde que não interferindo de forma invasiva na vida de outrem, e que não represente risco/perigo, atual ou iminente, à ordem jurídica e segurança pública.¹⁴⁶

A nova legislação sobre proteção de dados no Brasil, Lei nº13.709/2018, que versa sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, avançou mais nos níveis de proteção destes bens sobre os quais estamos tratando, atribuindo várias responsabilidades aos gestores e usuários de dados.

Em seu art.4º, inciso III, a mesma norma faz referência o acesso a dados para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, evidenciando a preocupação acertada com o enfrentamento da criminalidade que, muitas vezes, se oculta em situações de aparente legalidade ou através de estratégias complexas e sofisticadas, como a lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas.

Registre-se que o tratamento de dados pessoais previsto neste inciso III será regido por legislação específica, *que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular.*¹⁴⁷ Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso

144. CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p.94.

145. LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Ltda, 1999, p.335.

146. No Brasil ver os textos já clássicos de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

147. Art.4º, parágrafo primeiro.

concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma, matéria a ser aferida pelo devido processo legal e decisão judicial.¹⁴⁸

Recentemente o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, reconheceu a proteção de dados pessoais como categoria autônoma no catálogo de direitos fundamentais, com conteúdo independente do direito ao sigilo de informações, o que se projeta para o âmbito dos critérios de identificação da licitude da prova produzida em investigações criminais.¹⁴⁹ E mais, ratificou a Corte o entendimento de que configura decorrência dos direitos da personalidade o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, eis que positivados no art. 2º, I e II, da Lei nº13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.¹⁵⁰

Entendeu a Corte que relativização da proteção constitucional referida somente pode se dar em caráter excepcional, condicionado ao atendimento dos seguintes critérios: (i) finalidade e amplitude específicas; (ii) acesso permitido na extensão mínima comprovadamente necessária ao atendimento do objetivo estabelecido; (iii) e adoção de procedimentos de segurança adequados para prevenção de danos, como vazamentos acidentais e utilização indevida.

E tal posição jurisdicional ganha ainda mais relevo quando sabemos que, na persecução penal, a mineração de dados, por exemplo, constitui ferramenta de grande relevância na investigação de crimes de alta complexidade, praticados por organizações criminosas. E ainda outras formas de investigação penal – e produção de prova – podem ser avaliadas a partir dos elementos trazidos até aqui, o que passamos a fazer.

148. Por exemplo, no caso do artigo 13-B, do Código de Processo Penal brasileiro - CPP, incluído pela Lei nº13.344/2016 (Lei do Tráfico de Pessoas), nomeadamente em seu §4º, temos delicada, mas necessária, cláusula de quebra da reserva de jurisdição para a requisição, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, de informações sobre aparelhos que utilizam antena de torres de celular que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos de delito em curso, quando não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas a contar do pedido para tal do Ministério Público ou Delegado de Polícia.

149. Estas ADIs foram interpostas contra a Medida Provisória nº954/2020, que dispôs sobre o compartilhamento de dados cadastrais de usuários por prestadores de serviço de telecomunicações com o IBGE, durante a emergência sanitária da COVID-19. Maiores informações no site do STF: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>, acesso em 06/10/2022.

150. Em face disto conclui a decisão que: *ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva.*

III A PERSECUÇÃO PENAL E A TUTELA DE DADOS

Lembremos que, historicamente, o poder requisitório dos órgãos de persecução penal encontra fundamento, de um lado, no sistema jurídico nacional, e também na chamada teoria dos poderes implícitos¹⁵¹, destacando-se, nomeadamente, as normas específicas autorizadoras de acesso e coleta de dados e informações voltadas a investigação e responsabilização penal, inclusive de modo direto – independentemente de autorização judicial, como as contidas na lei de lavagem de dinheiro, do crime organizado e do tráfico de pessoas.¹⁵²

Ou seja, desde o inquérito policial e seus meios de investigação, procura-se, na apuração penal, elementos informativos os mais diversos passíveis de indicar fontes de prova associados ao suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível, o que se estende para o processo penal judicializado (aí já com os meios de prova constituídos dialeticamente entre todos os envolvidos), até a decisão final transitada em julgado. Para tanto, vale-se o sistema jurídico nacional de meios e procedimentos técnicos previamente regulados em lei (oitiva de pessoas, monitoramentos, interceptações, infiltrações, vigilâncias, buscas e apreensões), de forma exemplificativa para as investigações policiais, e de modo mais exaustivo a produção da prova no processo penal.

Em termos específicos de dados pessoais, interessante notar o que tem ocorrido com o uso da imagem na seara penal no Brasil, e a forma deficitária com que a legislação nacional tem regulado a matéria, considerando que o reconhecimento pessoal é cada vez mais fundamental neste âmbito, sendo, por vezes, a única possível. Por outro lado, as tecnologias têm sido importantes na formatação desta prova, desde os vetustos álbuns de fotos de investigados, réus e condenados, das delegacias de polícia brasileiras, até a captação de imagens feitas por câmeras de vídeo e monitoramento privadas e públicas.¹⁵³

151. Entenda-se como tal a ideia de que, quando o sistema normativo outorga competência explícita a determinado órgão estatal, pode-se interpretar, a partir de critérios e contextos de razoabilidade e proporcionalidade, que a esse mesmo órgão tenham sido dados os meios necessários para a efetiva e completa realização dos fins atribuídos. Ver no ponto a pesquisa de HODUN, Milozs. *Doctrine of implied powers as a judicial tool to build federal polities – comparative study on the doctrine of implied power in the European Union and the United States of America*. Islândia: Reykjavik University, 2015, acesso pelo site: <https://opinvisindi.is>, em 06/10/2022.

152. É dever da autoridade policial coletar informações e dados sobre o evento criminoso investigado, nos termos do art.6º, do CPP. Para além disto, em determinadas situações, tais coletas podem se dar sem autorização judicial prévia, consoante nas disposições expressas: (i) do artigo 17-B, da Lei nº 9.613/1998, incluído pela Lei nº 12.683/2012; (ii) do artigo 15, da Lei nº 12.850/2013; (iii) e do artigo 13-A, do CPP, incluído pela Lei nº 13.344/2016.

153. Interessante estudo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, no ano de 2021, deu conta de que o tempo médio perdido nas prisões do Estado por conta de reconhecimento fotográfico equivocado em delegacias foi de um ano e dois meses, sendo que nos 242 casos analisados

Mas quais os critérios e limites de utilização deste dado informacional imagético na esfera penal e processual penal? Esta pergunta é importante na medida em que outros países com mais dados sobre este tema do que o Brasil, como os EUA, em pesquisa tópica, tem evidenciado que a cada dez condenações de inocentes, sete deveram-se a reconhecimento falso de imagem.¹⁵⁴

O CPP, em seu art.226, estabelece forma adequada para se dar o reconhecimento de pessoa, indicando procedimentos próprios¹⁵⁵, havendo inclusive a possibilidade de que isto ocorra por videoconferência, nos termos do art.185, §8º, do mesmo estatuto¹⁵⁶, sendo que os Tribunais têm minimizado a importância desta modalidade de prova quando houver outros elementos que possam fundamentar o veredito.

O STF, em 22/02/2022, absolveu réu condenado pelo crime de roubo tendo como prova tão somente o reconhecimento fotográfico feito, inicialmente, por WhatsApp. O órgão colegiado entendeu que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial, para fins de gerar édito condenatório, deve estar lastreado em outros elementos de prova que indiquem com segurança a autoria do fato, o que não ocorreu no caso.¹⁵⁷ Ou seja, a tecnologia pode e dever ser utilizada também para fins de segurança pública e persecução penal, todavia, isto deve se dar atentando-se para os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o devido processo legal, sob pena de comprometer-se a fiabilidade da prova produzida ilicitamente.

(envolvendo 342 pessoas), 30% dos réus foram absolvidos. Entre eles, mais de 80% (54 pessoas) tiveram sua prisão preventiva decretada e há quem tenha passado quase seis anos encarcerado preventivamente até a absolvição. Pesquisa disponível no site: <https://static.poder360.com.br/2022/05/reconhecimento-fotografico-processos-criminais-mai-2022.pdf>, acesso em 03/10/2022.

154. Dados colhidos pela pesquisa pelo *Innocence Project*, conforme dados divulgados pelo site: <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>, acesso em 11/10/2022. Refere a pesquisa que: *Mistaken eyewitness identifications contributed to approximately 69% of the more than 375 wrongful convictions in the United States overturned by post-conviction DNA evidence.*
155. Sendo imperioso que a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento descreva aquela que deva ser reconhecida; e que o suspeito seja colocado, se possível, ao lado de outras que com ele tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.
156. Lembrando que tal possibilidade pode ocorrer nos termos do §2º, do mesmo artigo (excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real), desde que a medida seja necessária para atender uma das finalidades descritas nos incisos I a IV, deste parágrafo.
157. Recurso em Habeas Corpus nº206846, Segunda Turma do STF, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/02/2022, por maioria. Ver notícia no site: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482230&ori=1>, acesso em 03/10/2022. O caso tratava de roubo e, segundo a narrativa dos autos, uma hora após o crime o recorrente foi abordado por policiais que o fotografaram, enviando a imagem por WhatsApp para outro policial, que estava com a vítima, a qual, por sua vez, teria reconhecido o suspeito.

Também o Superior Tribunal de Justiça – STJ, depois de sustentar que o reconhecimento por fotografia é válido e suficiente para fundamentar a condenação, desde que repetido em juízo, com contraditório e ampla defesa¹⁵⁸, mais recentemente decidiu, por sua 5ª Turma, absolver indivíduo condenado com base no reconhecimento feito por meio de foto em sede policial. No ponto a Tribunal expressamente referiu que:

O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.¹⁵⁹

Em outra decisão paradigmática mais antiga o STJ já reconhecia, inclusive, que são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. *O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.*¹⁶⁰

A mesma lógica, entretanto, e de modo equivocado, não tem sido aplicada para fundamentar decreto de prisão preventiva, haja vista que esta reclama apenas indícios suficientes de autoria do crime, assim como de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, nos termos do art.312, do CPP. Nestes casos, o STJ já denegou ordem de habeas corpus impetrado por indivíduo acusado de latrocínio tentado, cuja preventiva fora determinada após reconhecimento feito por fotografia pelas vítimas. A

158. Como na decisão indicada no Jurisprudência em teses nº105, de 2018, acesso pelo site: www.stj.jus.br, em 11/10/2022.

159. Habeas Corpus nº652284, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27/04/2021, a unanimidade, Dje 03/05/2021. Ainda teve oportunidade o julgado de destacar outros elementos importantes destes cenários que são: *Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.* Da mesma forma a 6ª Turma do STJ assim decidiu, nos autos do HC nº598.886, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje de 18/12/2020.

160. HC 598.886/SC, julgado pela 6ª Turma do STJ, relator Min. Rogério Schietti Cruz, em 27/10/2020, Dje de 18/12/2020. Aduz a Corte ainda que: *O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.* O mesmo ocorre no HC nº768881/RJ, 6ª Turma do STJ, relator Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 04/10/2022.

questão é que esta fotografia seria datada de 2013, enquanto o crime teria ocorrido em 2020, entendendo o relator do caso, Min. Antonio Saldanha Palheiro, que a imagem identificada como sendo do autor atendeu os ditames do art.226, do CPP, tendo o conjunto de outras provas evidenciado indícios suficientes para autorizar a segregação extraordinária.¹⁶¹

E por que isto é importante debater? Pelo simples fato de existir alto índice de condenados nomeadamente por conta dos chamados *catálogos de suspeitos* (acervo de fotografias de pessoas retiradas, na grande maioria, de redes sociais, ou compondo álbum de fotos físicas antigas de delegacias de polícia), conforme demonstra a pesquisa levada a cabo pelo Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, no período de 2012 a 2020, avaliando aproximadamente 90 (noventa) prisões levada a efeito, fundamentalmente, por meio destes tipos de reconhecimento fotográfico.¹⁶²

Saindo desta experiência mais antiga, podemos passar para os casos de utilização nas investigações penais da chamada técnica *geo-fencing*, entendida como medida que permite a anunciantes e empresas atingir usuários da internet a partir de *cercas virtuais*, com parâmetros como geolocalização, termos de busca ou histórico de navegação, entre outros. No campo específico da investigação criminal, ela pode identificar quem esteve no local de um crime durante determinado horário, a partir dos dados de celulares conectados à internet.¹⁶³

Aliás, em termos de acesso a agenda telefônica e registro de chamadas sem autorização judicial, no Brasil, o STF está discutindo a matéria no âmbito da Repercussão Geral nº977, oriunda do Recurso Extraordinário com Agravo nº1042075/RJ, relatoria do Min. Dias Toffoli. O relator propôs em seu voto dar provimento ao recurso, apresentando a seguinte proposta de tese: *É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).*

161. Autos do HC nº651.595, julgado pela 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 17/08/2021, Dje 25/08/2021.

162. Acesso da pesquisa pelo site: <http://condege.org.br/arquivos/1029>, em 11/10/2022.

163. Conforme o texto *Geofence warrants and the Fourth Amendment*. In 134 Harvard Law Review nº2508, may 10, 2021, acesso pelo site: <https://harvardlawreview.org/2021/05/geofence-warrants-and-the-fourth-amendment/>, acesso em 03/10/2022. Ver também matéria no U.S.News, intitulada *Cellphone dragnet used to find bank robbery suspect was unconstitutional, judge says*. Publicado em 07/07/2022, acesso pelo site: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/geofence-warrants-help-police-find-suspects-using-google-ruling-could-n1291098>, em 03/10/2022.

Entretanto, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin propuseram negar provimento ao recurso, constituindo a seguinte tese: *O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX).*¹⁶⁴

Mas temos o caso Marielle Franco, no Brasil – vereadora do Rio de Janeiro que foi assassinada a tiros, junto com seu motorista, em 14/03/2018 -, que até hoje não está totalmente solucionado em termos do mandante do crime, tem sido paradigmático no tratamento jurisdicional destas questões, isto porque o Ministério Público do caso solicitou ao Judiciário fluminense – que deferiu – que o Google fornecesse: (i) os dados estáticos dos IPs ou *Device IDs* de usuários que tenham aberto o Google Maps, ou Waze, entre 10 e 14 de março de 2018, para pesquisar o endereço de rua em que a vereadora Marielle estaria participando de evento na noite em que foi executada; (ii) a identificação de quem, no mesmo período, pesquisou termos relacionados ao nome da vereadora e sua agenda. Em outros pedidos igualmente deferidos pelo magistrado, foram solicitadas informações e acessos ainda mais privados como: mídias (fotos e vídeos), e-mails, agenda, agenda de contatos, aplicativos instalados, backups contidos nos serviços de driver, mensagens instantâneas.¹⁶⁵

O Google, em defesa, apontou que a medida atingiria número indeterminado de pessoas, pois abrangeria locais de amplo acesso público, fazendo referências ainda a óbices tecnológicos capazes de gerar resultados com baixa confiabilidade, podendo indicar usuários que não estiveram no local, ou mesmo excluir pessoas que por ali passaram, sustentando a configuração, em tal expediente, de pesca probatória (*fishing expedition*).¹⁶⁶ Além do que, sustentou que a quebra do sigilo de dados tem que obrigatoriamente indicar as pessoas suspeitas que serão investigadas e o objeto da medida invasiva, exigência do art.5º, X, XII, e 93, IX, ambos da CF/88, regulamentados pelo art. 2º, da Lei nº9.296/96, e pela Resolução

164. Conforme informações prestadas no site do STF: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>, acesso em 04/10/2022.

165. Como referido expressamente no Acórdão do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº64.941/RJ, 3ª Seção, relator Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 03/08/2021, DJe 13/08/2021, fl.06.

166. Modo geral a pescaria probatória é tida como a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem causa provável ou mesmo de alvo definido, de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal. Para melhor abordagem do tema ver o trabalho de ROSA, Alexandre Morais da; DA SILVA, Viviane Ghizoni, e SILVA, Philipe Benoni Melo e. *Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão – Um dilema oculto do processo penal*. Florianópolis: EMais, 2022.

CNJ nº 59/2008, combinados com o art. 22, do Marco Civil da Internet (Lei nº12.965/14)¹⁶⁷, e art.11, do Decreto-Federal nº8.771/2016.

O STJ manteve o deferimento das medidas deferidas pelo Judiciário do Rio de Janeiro, em vários recursos interpostos e decididos por suas turmas criminais, até chegar a Terceira Seção, que ultimou o entendimento da matéria, ratificando a decisão tomada no primeiro grau.¹⁶⁸

O argumento do relator, Min. Rogério Schietti, no caso, é que a Corte deveria fazer distinção entre os *dados* (estáticos) que a investigação criminal queria acessar, entendidos como conjunto de fatos registrados no formato de declarações textuais, de modo a permitir seu compartilhamento ou análise por conjunto indefinido de observadores, a partir do qual pode ser obtida alguma informação dirigida a determinado propósito; e *conteúdos* (dinâmicos), enquanto produto do fluxo ou das formas de comunicação, as quais se imbricam com a proteção constitucional à intimidade, tendo como objeto de tutela, de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento, de outro, o segredo como expressão do direito à intimidade.¹⁶⁹

NOTAS CONCLUSIVAS

A aceleração de crescimento do crime organizado no mundo tem se mostrado inversamente proporcional à capacitação e eficiência das forças de segurança pública, o que é possível ser dessumido dos indicadores de delinquência global que temos no campo do tráfico de drogas, de armas, de pessoas, de órgãos humanos, cibercriminalidade, lavagem de dinheiro, e tantos outros.¹⁷⁰ Mas não é só no campo da microcriminalidade que

167. Lembrando que o Marco Civil da Internet não prevê, dentre os requisitos que estabelece para a quebra de sigilo, que a decisão judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação, ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada facilmente por outros meios (arts. 22 e 23).

168. Agr.Reg. RMS nº64.941/RJ, acima citado. Veja-se que, a partir daí, esta Corte já deferiu medidas similares a vários outros casos menos complexos: (i) uso do *geo-fencing* para apurar roubo e estupro de uma vítima (RMS 66.668); (ii) roubo de joias e bens avaliados em R\$1 milhão efetuado em joalheria (RMS 66.563); (iii) 84 furtos de “airbags” cometidos desde 2018, em especial de veículos Honda/Civic (RMS 65.064); (iv) sequestro seguido de homicídio de criança de nove anos de idade (RMS 65.412); (v) prática de associação para o tráfico e homicídios (RMS 61.419); (vi) homicídio qualificado (RMS 64.603); (vii) furtos em imóvel residencial no qual foram subtraídas joias, bebidas e outros bens móveis (RMS 65.242).

169. Aliás, o que vai ao encontro de decisão já tomada pelo STF, quando assentou que não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados, nos termos do HC nº 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 20/9/2012. Em outra decisão o STJ também já assentava o mesmo entendimento, no sentido de que a proteção contida no artigo 5º, inciso XII, da CF/88, restringe-se ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, não abrangendo os dados já armazenados em dispositivos eletrônicos. (HC nº167.720/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 14/4/2019).

170. E cada país tem suas particularidades no âmbito desta criminalidade, pois na Itália a

isto ocorre; também na microcriminalidade há organização, basta vermos os fenômenos das milícias, das facções de menor porte, dos crimes contra a Administração Pública em geral.

Mesmo no caso que referimos envolvendo a vereadora Marielle Franco, o primeiro delegado que começou a investigar o tema, Ginton Lages, reconheceu os altos níveis de profissionalismo dos executores assassinos, tanto que, ao longo do primeiro ano das investigações policiais, as equipes ouviram 230 pessoas, analisaram mais de 33 mil linhas telefônicas, e interceptaram outras 318, com ordem judicial. Desde então, outros quatro delegados passaram pela investigação, sem chegar à resposta sobre os mandantes.¹⁷¹

A despeito disto, não podemos esquecer que o direito a proteção de dados já é uma realidade no país, e ele se conecta diretamente com vários elementos, dentre os quais, nos termos do art.2º, IV, da Lei nº13.709/2018, à proteção da inviolabilidade da intimidade, honra e imagem – a despeito de não se aplicar ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de atividades investigativas à repressão de infrações penais (art.4º, III, d).

Mas, de qualquer sorte, por contarem aqueles direitos com tutela constitucional, eles se impõem inclusive à persecução penal, com modulações, como demonstrou já o STF, ao reconhecer que intimidade e privacidade, enquanto garantias públicas asseguradas, não tem caráter absoluto, inexistindo no sistema jurídico brasileiro bens que se revistam desta forma, mesmo porque *razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição*.¹⁷²

Ou seja, sob o ponto de vista da argumentação jurídica que estamos adotando aqui, afigura-se mais do que possível, mas recomendado, no âmbito da ponderação e do balanceamento de normas em face do caso concreto, elaborar certa *ordem hierárquica conjuntural* entre os princípios que se encontram em tensão na casuística, tutelando assim valor importante

criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha tem uma identidade mais acentuada com o terrorismo, conforme relato de SCHOUCAIR, João Paulo Santos e CAIRES, Luciana Matutino. *Ação controlada e sua análise no combate ao crime organizado*. In PAULINO, Galtieno da Cruz, e outros (Org.). *Técnicas avançadas de investigação*. Brasília: ESMPU, 2021, p.95.

171. Ver excelente matéria e entrevista do Delegado no site <https://theintercept.com/2022/04/27/entrevista-marielle-ginton-lages-alguem-dava-informacao-privilegiada/>, acesso em 04/10/2022. Também o livro publicado sobre o tema, LAGES, Ginton e RAMOS, Carlos. *Quem matou Marielle?* São Paulo: Matrix, 2022.

172. MS nº 23.452/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 15/5/2000.

ao sistema jurídico que é a certeza do direito; entretanto, ele não é o único que demanda realização, pois ao seu lado está o valor de caráter pragmático relativo à eficiência social da prestação jurídica, igualmente importante e cuja realização pode eventualmente mitigar a realização do ideal de completude do ordenamento – como e o caso da condição hierárquica conjuntural superior da segurança pública perseguida pela responsabilização penal.¹⁷³

Partilhamos, no ponto, do entendimento do Min. Rogério Schietti, no sentido de que quando o:

direito à segurança pública e à preservação e restauração da ordem pública tem algum resvala no direito ao sigilo de dados –, nota-se a realização da proporcionalidade em suas três diretrizes essenciais. Ela é adequada, na medida em que serve como meio auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva. É necessária, diante da gravidade e complexidade do caso e da inexistência de outros meios menos gravosos para se alcançar os legítimos fins investigativos. E, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição aos direitos fundamentais que dela redundam não ensejam gravame as pessoas afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrares publicizados, certo, ainda, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados.¹⁷⁴

Agora o STF está apreciando o tema de repercussão geral nº1148, envolvendo controvérsia relativa aos limites e ao alcance de decisões judiciais de quebra de sigilo de dados pessoais, nas quais determinado o fornecimento de registros de acesso à internet e de IPs, circunscritos a lapso temporal demarcado, sem, contudo, a indicação de qualquer elemento concreto apto a identificar os usuários, atinente, na origem, ao mesmo caso Marielle Franco.¹⁷⁵ Esta decisão será paradigmática para os fins de demarcarmos com mais segurança os parâmetros que deverão ser utilizados no país para medidas judiciais desta natureza, providência necessária a compatibilizar os interesses públicos e privados envolvidos.

Até que isto se resolva, temos que a requisição de dados pessoais armazenados por provedores de serviços de internet pode se dar desde que indicados os elementos previstos em na Lei nº12.965/2014, em seus arts.22 e 23, a saber: a) fundados indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa

173. Como nos ensina ALEXY, Robert. *The Construction of Constitutional Rights*. In Law & ethics of Human Rights, Volume 4, Issue 1. Article 2. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010.

174. Agr.Reg. RMS nº64.941/RJ, citado, p.21.

175. A presente Repercussão Geral se constituiu a partir do Recurso Extraordinário nº1301250/RJ, relatoria da Min. Rosa Weber, tendo como recorrente Google Brasil Internet Ltda. e Google Inc., estando concluso à relatora desde 15/09/2022, conforme site do STJ (<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6059876>, acesso em 04/10/2022). Ao lado desta Repercussão Geral, o STF também está debatendo, no âmbito da ADI nº5.527/DF, ADPF nº403/SE, o mesmo tema da proteção de dados em face do Marco Civil da Internet – Lei nº12.965/2014.

motivada da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros, e que sua execução também se dê observados os ditames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito referidos.

BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Direito Penal e Periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa*. In MACHADO, Marta R. de Assis e PÜSCHEL, Flavia Portella (org.). *Reponsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: FGV, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2010.

----. *The Construction of Constitutional Rights*. In *Law & ethics of Human Rights*, Volume 4, Issue 1. Article 2. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010

BALDASSARRE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1997.

CANARIS, Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

CERRINA FERONI, Ginevra e MOBIDELLI, Giuseppe. *La sicurezza: un valore superprimario*. In *Percorsi Costituzionale*. VI, nº1/2008, p.39. No mesmo sentido FROSINI, Tomaso Edoardo. *Il diritto costituzionale alla sicurezza*. In *Forum on line di Quaderni Costituzionali*, acessado pelo site: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf, acesso em 26/05/2021.

COCCO, Giovanni. (a cura di). *I diversi volti della sicurezza*. Milano: Giuffrè, 2012.

CORTÉS, Raúl Arrieta. *El nuevo entorno regulatorio de la protección de datos personales en Chile*. Publicado no site <https://iapp.org/news/a/el-nuevo-entorno-regulatorio-de-la-proteccion-de-datos-personales-en-chile/>, acesso em 14/06/2022.

COSTA Jr., Paulo José da. *O Direito de estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC. *Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendation for businesses and policymakers*, 2012. Acesso pelo

site <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>, em 14/04/2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAZZETTA, Cristina. *Sicurezza, terrorismo e cittadinanza: la nuova legislazione francese anti-terrorismo e l'impegno Internazionale contro i cd. foreign fighters*. In Osservatório sulla normativa, anno V, n°3, 2015.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HODUN, Milozs. *Doctrine of implied powers as a judicial tool to build federal politics – comparative study on the doctrine of implied power in the European Union and the United States of America*. Islândia: Reykjavik University, 2015, acesso pelo site: <https://opinvisindi.is/bitstream/handle/20.500.11815/2479/Doctrine%20of%20implied%20powers%20as%20a%20judicial...pdf?sequence=1&isAllowed=y>, em 06/10/2022.

<http://condege.org.br/arquivos/1029>, em 11/10/2022.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm>, em 14/06/2022.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>, em 14/04/2021.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715480/Interception_of_Communications_Code_of_Practice.pdf, em 21/06/2021.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=PT>, acesso em 11/10/2022.

<https://harvardlawreview.org/2021/05/geofence-warrants-and-the-fourth-amendment/>, acesso em 03/10/2022.

<https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>, acesso em 11/10/2022.

<https://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2019/S5575B>, em 14/04/2022.

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9154306.htm>, em 14/06/2022.

<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>, em 14/06/2022.

<https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>, em 14/04/2022.

<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=2&data=11/02/2022>, em 29/09/2022.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>, acesso em 06/10/2022.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482230&ori=1>, acesso em 03/10/2022.

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>, acesso em 04/10/2022.

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6059876>, acesso em 04/10/2022

https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX_62015CJ0203_EN_TXT.pdf, acesso em 24/02/2021.

<https://static.poder360.com.br/2022/05/reconhecimento-fotografico-processos-criminais-mai-2022.pdf>, acesso em 03/10/2022.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, acesso em 14/04/2022.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>, acesso em 14/04/2021.

<https://theintercept.com/2022/04/27/entrevista-marielle-ginton-lages-alguem-dava-informacao-privilegiada/>, acesso em 04/10/2022.

<https://www.bailii.org>, em 14/06/2021.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html, em 16/06/2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981>, em 14/04/2021.

<https://www.garantepriacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9042678>, em 01/06/2021.

<https://www.giurisprudenzapenale.com/2016/07/02/intercettazioni-su-dispositivi-elettronici-mediante-captatore-informatico-depositate-le-motivazioni-delle-sezioni-unite-268892016/>, em 16/06/2021.

<https://www.gov.uk/government/collections/investigatory-powers-bill>, acesso em 16/06/2021.

<https://www.ipt-uk.com>, acesso em 21/06/2021.

<https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>, acesso em 12/05/2021.

<https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2011/01/01/2010-1259.mer.aa.pdf>, em 14/06/2022.

<https://www.nbcnews.com/news/us-news/geofence-warrants-help-police-find-suspects-using-google-ruling-could-n1291098>, em 03/10/2022.

<https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/big-tech-congress-squared-frustration-was-palpable-rcna507>, acesso em 16/06/2022.

<https://www.nytimes.com/2020/10/06/technology/congress-big-tech-monopoly-power.html>, acesso em 16/06/2022.

<https://www.theatlantic.com/national/archive/2013/06/uk-tempora-program/313999/>, acesso em 21/06/2021. <https://justice.org.uk/regulation-investigatory-powers-act-2000/>, acesso em 21/06/2021.

<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>, em 21/06/2022.

<https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>, acesso em 12/05/2021.

LAGES, Ginton e RAMOS, Carlos. *Quem matou Marielle?* São Paulo: Matrix, 2022.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Ltda, 1999.

MCNEIL, Sonia. *Privacy and the modern grid*. In Harvard Journal of Law & Technology.V.25 n.1, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

RODOTÀ, Stefano. *Privacy, libertà, dignità*. In www.garanteprivacy.it, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da; DA SILVA, Viviane Ghizoni, e SILVA, Philippe Benoni Melo e. *Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão – Um dilema oculto do processo penal*. Florianópolis: EMais, 2022.

RUTUOLO, Marco. *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*. In Osservatório sulla normativa, anno III, nº2, 2013.

SCHOUCAIR, João Paulo Santos e CAIRES, Luciana Matutino. *Ação controlada e sua análise no combate ao crime organizado*. In PAULINO, Galtiênio da Cruz, e outros (Org.). *Técnicas avançadas de investigação*. Brasília: ESMPU, 2021.

WARREN, Samuel D. & BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. In *Harvard Law Review*, vol.4, n°5. December 15, 1890.

www.stj.jus.br, em 11/10/2022.

