

**CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROLE E LÓGICA
ATUARIAL: A RELATIVIZAÇÃO DO NEMO
TENETUR SE DETEGERE**
*// CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROL AND
ACTUARIAL LOGIC: THE RELATIVIZATION OF THE
NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Ricardo Jacobsen Gloeckner e David Leal da Silva

>> **RESUMO // ABSTRACT**

O presente artigo procurará investigar o fenômeno atualmente conhecido como *criminal compliance*, que especialmente com a Lei 9.613/1998, trouxe para o cenário do direito penal brasileiro importantes e profundas alterações. Acredita-se que a implementação dos denominados deveres de *compliance* seja responsável, especialmente com o advento da nova lei de lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012), pelo enfraquecimento do princípio fundamental do *nemo tenetur se detegere*, caracterizado pela limitação do Estado na obtenção de provas contra a vontade do suspeito ou acusado. Essa nova faceta da intervenção penal, que mitiga e enfraquece direitos constitucionais dos jurisdicionados, integra um contexto mais amplo, e que há bom tempo David Garland denominava como cultura do controle. As modificações institucionais trazidas pela nova lei, dentro dessa visão criminológica, podem ser mais bem compreendidas através da demonstração de que o Estado brasileiro, na esteira do que ocorreu nos Estados Unidos e em alguns países europeus, passa a adotar uma política criminal atuarial, responsável, sobretudo, pela gestão de riscos e pela disseminação de dispositivos de governamentalidade, que segundo Foucault, ensejarão uma atuação voltada para a prevenção, justamente com o fito de se obter segurança. // The present article will seek to investigate the phenomena actually known as criminal compliance that, especially with the Law 9.613/1998, brings to the Brazilian criminal law scenario deeply and important modifications. We believe that the implementation of the so called compliance duties, especially with the advent of the new anti-money laundering law (Statute 12.683/2012), is responsible for the deterioration of the fundamental principle of *nemo tenetur se detegere*, characterized by the statal limitation in achieving evidences against the will of the suspect or the indicted. This new facet of penal intervention that mitigates and weakens constitutional rights of the jurisdictionalized integrates a larger context, that a long a time ago David Garland called as culture of control. The institutional modifications brought by the new law, inside this criminological vision may be better understood through the demonstration that the Brazilian State, as it happens in United States and some European countries, adopt an actuarial criminal politics, responsible, mostly, by the risk management and by the apparatus of governmentality dissemination, what, according to Foucault, will give rise to an actuation focused on prevention, precisely with the aim to gain security.

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Criminal Compliance; nemo tenetur se detegere; cultura do controle; lógica atuarial; razão econômica. // *Criminal Compliance; nemo tenetur se detegere; culture of control; actuarial logic; economic reason.*

>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS

Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Mestrando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, respectivamente. // Associate Professor at the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul and a PhD in Law from the Federal University of Paraná and Graduate student of the Criminal Sciences Graduate Program at the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, respectively.

1. O QUE É CRIMINAL COMPLIANCE? BREVE EXCURSO CONCEITUAL

Compliance tem origem no verbo *to comply*, que pode ser apresentado como “agir de acordo com uma regra, uma instrução ou a pedido de alguém”. Naturalmente a função de *compliance* assume uma posição estratégica no neoliberalismo, pois está intrinsecamente ligada à boa prática negocial, isto é, integra o que se pode denominar de ética comercial¹.

A *compliance* está também associada àquilo que se pode denominar de *corporate governance*, que pode ser compreendida como um sistema de direção e organização empresarial². A governança corporativa envolve mecanismos regulatórios de mercado bem como as relações existentes entre a direção da empresa, os *stakeholders*³ e acionistas no que concerne à atividade-fim para a qual foi criada a empresa. A *compliance*, assim, é elemento essencial das práticas negociais, como uma espécie de mandamento ético, passando a ser tema regulado pelo direito econômico.

Pode-se afirmar, juntamente com Silverman, que o contexto no qual a *compliance* está inserida é relativamente novo. A evolução da *compliance* legal e regulatória como uma força crescente na vida organizacional resulta de um aglomerado de diversas esferas: jurídica, legislativa, econômica, social e tecnológica⁴.

A *compliance* não deve ser confundida com a implementação e a eficiência. Ao contrário desses dois elementos, a *compliance* não cuida de diretivas regulatórias autoritárias acerca de diretivas políticas públicas e de mudanças proporcionadas durante certo período de gestão (implementação), tampouco consiste na eficácia de certa regulação para a resolução de um problema político para o qual foi instituída⁵. A pesquisa de *compliance* está primeiramente preocupada com o grau de adesão dos destinatários da norma nos processos de atuação e na análise de obediência dos parâmetros legais por ela instituídos⁶. A *compliance* com elevado grau de compromisso é uma condição necessária para uma governança efetiva⁷.

O oposto da *compliance* vem a ser a *non-compliance*, que poderá resultar da contrafaticidade⁸ do comando legal, bem como a *non-compliance* poderá ser efetivamente um próprio processo⁹.

No primeiro caso, será possível se verificar a *non-compliance* mediante a constatação de que os destinatários das normas não agem de acordo com os mandamentos normativos, isto é, as normas regulatórias do comportamento dos agentes não são pautadas pelos comandos legais. Há, evidentemente, uma grande dificuldade para a sociologia do direito em avaliar a diferença entre os comportamentos adotados pelas partes como condutas diversas das prescrições normativas. Questões como o descumprimento dos deveres de conduta e a sua extensão (violação leve, média ou grave), e a própria terminologia empregada pelas normativas (a interpretação como condição de surgimento da própria norma – diferença entre texto e norma – como sugere a hermenêutica) são alguns exemplos que atestam a complexidade desta tarefa de mesura entre os comportamentos pautados normativamente e aqueles empiricamente verificados.

A segunda forma de *non-compliance* pode resultar como uma espécie de procedimento. A fim de se avaliar a *non-compliance* como procedimento,

deve-se registrar duas situações. Tem-se uma *non-compliance* inicial quando a conduta praticada, que se encontra fora do âmbito de regulação, é identificada imediatamente. Desta forma, esta identificação permite o controle da agência fiscalizadora (*compliance officer*), da autoridade judiciária ou investigadora (polícia judiciária ou Ministério Público). A segunda forma seria uma “crise no procedimento de *compliance*”, bem mais séria do que a primeira¹⁰. A crise no procedimento de *compliance* resultará de uma inobservância sistemática dos comandos normativos que pautam aquela ação, mesmo após a manifestação de um agente controlador¹¹.

No que diz respeito ao direito penal, a complexidade das relações sociais e os processos de globalização permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais. Este novo cenário sobre o qual se passou a exigir do direito penal econômico uma nova roupagem de suas categorias, como tipo objetivo, dolo, causalidade, concurso de pessoas, etc., também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.

Pode-se falar, portanto, em *criminal compliance* quando se estiver diante da possibilidade da prática de atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às práticas econômicas e financeiras de certo agente. Assim é que a persecução penal de instituições econômicas e de empresários está imediatamente ligada com a *criminal compliance*¹². Pode-se estimar que a *criminal compliance* tenha por pretensão a garantia de que as atividades ilícitas a que visa combater serão erradicadas inclusive antes de sua prática¹³. Em outras palavras, a *criminal compliance* lida com a questão da prevenção do delito, numa perspectiva *ex ante*¹⁴.

Basicamente, a *criminal compliance* procura evitar a responsabilização de agentes ou da empresa que opere com o mercado financeiro, determinando procedimentos para que, com o seu cumprimento, seja evitada uma prática delitiva. O que se promove com esta estratégia de governança corporativa é a gestão de riscos de persecução penal através de procedimentos padronizados e que, portanto, possam ser controlados por uma agência fiscalizatória (*compliance officer*), que deve ser obrigatoriamente criada pelas instituições econômicas e financeiras de capital aberto (é o caso da Resolução 2.554/1998 do Conselho Monetário Nacional). A sua importância está diretamente ligada à utilização, por vezes legal, por vezes ilegal, de atividades e serviços postos à disposição da sociedade para a realização de transações econômicas, sendo que, em boa parte delas, a não regulamentação das atividades de investimento, de compra e venda, e de deslocamento de ativos poderá se confundir com práticas ilícitas.

Dentro de uma perspectiva criminológica, já não se pode por muitas vezes distinguir as práticas lícitas daquelas ilícitas¹⁵, constituindo-se a empresa num centro de *management* dos riscos *compliance*. Em suma, o estabelecimento de atividades padronizadas e setorializadas permite o controle, dentro da empresa, das práticas em conformidade com o manual de procedimentos¹⁶, que permite, por seu turno, a verificação de uma prática protocolar ou de outra que foge à regra, monitorando-se aquela

prática e, em tese, autorizando uma análise da *non-compliance* inicial e se tentando evitar torná-la endêmica ou crítica.

Como observa o *Advisory Group on the Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, “organizations must periodically prioritize their compliance and ethics resources to target those potential criminal activities that pose the greatest threat in light of the risks identified”¹⁷. Estas atividades de priorização são: a) distinguir riscos maiores e menores; b) avaliar cada risco e sua importância para os objetivos e finalidades da instituição; c) avaliar o nível dos controles internos e testar sua frequência; d) determinar os recursos requeridos para gerir o risco¹⁸.

O risco *compliance* nada mais é do que a possibilidade de aplicação de sanções jurídicas ou regulatórias, de perdas financeiras ou da credibilidade da agência financeira no mercado, decorrentes do descumprimento de leis, regulamentos, códigos de conduta ou de boas práticas em determinado setor¹⁹. Certamente, também, uma das funções *compliance* é a identificação e prevenção das condutas de lavagem de dinheiro, que está na origem dos regramentos da *criminal compliance* no Brasil.

No Brasil, a *criminal compliance* surge apenas com o advento da Lei 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro –, hoje alterada, e com a Resolução 2.554/1998, do Conselho Monetário Nacional. Em ambos os diplomas normativos estabelece-se uma política de controle de riscos derivadas das atividades financeiras e econômicas, inclusive com a criação das responsabilidades da diretoria de tais instituições. Nos Estados Unidos, por exemplo, a criação dos deveres *compliance* tem como sistemática a tentativa de evitação do processamento²⁰ pela *wilful blindness doctrine* (teoria da cegueira deliberada²¹).

A seguir serão analisadas as modificações introduzidas no cenário da lavagem de dinheiro com o advento da Lei 12.683/2012.

2. A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A CRIMINAL COMPLIANCE: O ALCANCE DA LEI 12.683/2012

Como anteriormente referido, a *criminal compliance* tem por objetivo a prevenção de delitos econômicos e financeiros em um estágio inicial à persecução penal. Para além, o fundamento da *criminal compliance* reside em evitar quaisquer medidas judiciais, de caráter penal, de caráter investigatório ou mesmo de natureza judicial. Os primeiros documentos jurídicos que cuidam dessa questão se encontram depositados na Resolução 2.554, de 1998, do Conselho Monetário Nacional, e na Lei de Lavagem de Dinheiro, (Lei 9.613/1998), atualmente modificada pela Lei 12.683/2012. Deve-se salientar que em primeiro de setembro de 2012 entrou em vigor a Resolução 20 do Coaf (Conselho de Atividades Financeiras), órgão criado para o combate ao delito de lavagem de dinheiro e para a recuperação de ativos.

De toda forma, será necessário, em primeiro lugar, comentar brevemente o que se entende por lavagem de dinheiro para, já num segundo momento, determinar que inovações advieram com a Lei 12.683/2012,

especialmente naquilo que guarda respeito aos denominados deveres *compliance*. Finalmente, neste mesmo tópico, examinar-se-á a ampliação dos aludidos deveres, para, mais adiante, se analisar tais modificações à luz do processo penal e de algumas digressões criminológicas necessárias para bem poder se descortinar o horizonte político criminal brasileiro.

Primeiramente, cumpre destacar que os deveres *compliance* surgem em conjunto com a Lei de Lavagem de Capitais. E essa não é uma relação episódica ou acidental. Por se tratar o crime de lavagem de dinheiro de um delito que se insere numa prática de favorecimento de outros tantos crimes, isto é, a lavagem corresponde à prática de transformação da origem ilegal de determinados bens ou valores em outros aparentemente lícitos, a tentativa de prevenção dessa modalidade delitiva exigiria uma atuação do Estado que permitisse a detecção da sua prática em um momento antecedente ao mascaramento da origem ilícita daqueles bens ou valores.

A dificuldade de se provar²² o crime de lavagem de dinheiro e recuperar, portanto, os ativos, é de enorme magnitude²³. Muitos problemas poderiam ser alavancados aqui. Citam-se apenas alguns no escopo de contextualização da temática: a) via de regra, tratam-se de delitos que acobertam outras práticas delitivas; a fragmentação da prova é praticamente um dado corriqueiro nos crimes de lavagem de capitais, tornando difícil a montagem do “quebra-cabeça” pelas autoridades; b) o delito de lavagem de dinheiro também ocorre com a utilização do mercado financeiro, através de operações “em cascata”, isto é, mediante uma cadeia de transações aparentemente legais que muitas vezes se desdobra por vários países (estratificação – *layering*); assim, a cooperação jurídica internacional acaba sendo necessária, com toda a sorte de empecilhos à celeridade bem como à eficácia da própria prova encontrada; c) não raramente a lavagem de dinheiro é praticada com o auxílio de empresas que exercem atividades lícitas e também com a comição de valores também de natureza lícita, dificultando a demonstração da introdução dos valores oriundos de prática criminosa no seio destas cadeias de operações financeiras; há, naturalmente, dificuldades quanto à separação dos montantes originários de operações ilegais daqueles que possuem uma sede lícita; d) por se tratar de um delito que admite apenas a figura dolosa, a prova do elemento subjetivo do tipo, por não admitir qualquer interpretação que mitigue o princípio da legalidade (presunções, inversões de carga probatória, admissão de figuras similares ao dolo eventual como a *recklessness*²⁴ dos Estados Unidos) também torna tormentosa a demonstração cabal do delito; e) a utilização de empresas *off-shore* para a prática dos ilícitos e a inadequação dos meios colocados a serviço do direito internacional para a adoção de políticas de facilitação do acesso a registros bancários e transações comerciais em alguns países também devem ser arroladas como fatores que tornam difícil a persecução penal desse delito²⁵.

Como se pode perceber, a admissão de determinados deveres a serem suportados pelos agentes e empresas atuantes no mercado financeiro e econômico está intimamente ligada aos esforços envidados para se

prevenir o delito de lavagem de capitais. A adoção dos deveres *compliance* pela própria Lei de Lavagem de Dinheiro especifica essa ideia, passando o Estado a atuar diretamente sobre transações suspeitas ou mesmo sobre aquela categoria de transações que comumente servem para a prática desse delito. Em outras palavras, o Estado, para evitar a prática do delito em questão, acaba por determinar que certas pessoas ou empresas assumam determinados ônus da prática de suas atividades (suportar o risco de cumprimento dos deveres estabelecidos pelas boas práticas negociais) e também, permitir, com a prevenção *ex ante* do delito de lavagem de capitais, que os bens ou valores decorrentes de uma prática delitativa anterior sejam mais facilmente recuperados e a prova do delito seja mais fácil, uma vez que não conta com o processo de camuflagem introduzido pelo branqueamento de capitais. Em suma, parece facilmente constatável a estreita relação entre os esforços estatais e internacionais em prol do combate ao delito de lavagem de dinheiro e o estabelecimento da *criminal compliance*. Atualmente, os deveres *compliance* se baseiam em *standards* ocupacionais elaborados por órgãos como o *U.K. Financial Services Skills Council* (FSSC),²⁶ em associação com a *International Compliance Association* (ICA), e são utilizados para garantir o bom funcionamento do mercado financeiro e para evitar a utilização desse mercado para a prática das atividades de lavagem de dinheiro²⁷.

O Brasil, com o advento da Lei 9.613/1998 regulamentou, pela primeira vez no ordenamento jurídico-penal, o delito de lavagem de dinheiro. Trata-se, como aponta parcela da doutrina, de uma lei chamada de segunda geração. Isto pelo fato de que o crime de lavagem de capitais necessita da prática de um delito anterior, previamente arrolado em uma série de delitos primários. Assim, se as primeiras legislações de combate à lavagem de dinheiro mantinham o crime antecedente atrelado ao tráfico de substância entorpecente, e as leis de terceira geração dispensavam o rol fechado, permitindo-se que a lavagem recaísse sobre qualquer conduta punível (leis de terceira geração), a Lei 9.613/1998 permitiu que determinada categoria de delitos autorizasse a prática da lavagem. Portanto, constitui uma lei de segunda geração.

Na redação original da Lei 9.613/1998, para haver o delito de lavagem de capitais era preciso que o crime antecedente, cujo produto se desejaria ocultar ou mesmo transformar a natureza, fosse procedente da prática: a) do tráfico ilícito de substância entorpecente ou drogas afins; b) de terrorismo; c) do financiamento ao terrorismo; c) do contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) da extorsão mediante sequestro; e) de crimes contra a administração pública; f) de crimes contra o sistema financeiro nacional. Esses eram os crimes antecedentes sujeitos a levar à prática do delito de lavagem de dinheiro. Com o advento da Lei 12.683/2012, houve a supressão do rol de crimes antecedentes na legislação (lei de terceira geração), admitindo, a teor do art. 1º da referida normativa, que o delito de lavagem de dinheiro seja proveniente de bens, direitos ou valores oriundos da prática de qualquer infração penal. Dessa forma, inclusive a prática de uma contravenção penal se torna suscetível de amparar a prática da lavagem.

Em segundo lugar, no que diz respeito aos deveres de *compliance* instituídos mediante a Lei 9.613/1998, cumpre salientar que o referido dispositivo legal contemplava como sujeitos ao controle de atividades (que, cumulativamente, possuíam o dever de notificar às autoridades a prática de alguma atividade financeira suspeita) aquelas pessoas jurídicas que desenvolvessem determinadas atividades consignadas legalmente.

A Lei 12.683/2012 ampliou e modificou as pessoas portadoras dos deveres *compliance*. Nesse sentido, em primeiro lugar, a maior modificação introduzida pela novel legislação diz respeito à extensão dos abrangidos, não mais jungidos à regra de que apenas as pessoas jurídicas estavam inseridas nesse contexto, com apenas algumas exceções que admitiam as pessoas físicas como destinatárias dos mencionados deveres. Como regra geral, o art. 9º da Lei 9.613/1998, com as alterações trazidas pela Lei 12.683/1998, define que os deveres *compliance* se estenderão, indistintamente, às pessoas físicas, além das jurídicas. Quais são os deveres *compliance* a que devem se subordinar os referidos destinatários? O art. 10 da Lei 9.613/1998, com a redação da Lei 12.683/2012, afirma que as pessoas físicas e jurídicas objeto do art. 9º deverão: a) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; b) manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, nos termos de instruções por esta expedidas; c) dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto nesse artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; d) dever de se cadastrar e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; e) dever de atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

Ainda de acordo com o art. 11 da Lei 9.613/1998, já com as alterações trazidas pela Lei 12.683/2012, as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no art. 9º: a) dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nessa Lei, ou com eles relacionar-se; b) deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 horas, a proposta ou realização: 1) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; 2) das operações referidas no inciso I; c) deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II; d) as autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de

operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista; e) as comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista nesse artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. Todos esses deveres *compliance* são ainda regulados pela Resolução nº 20 do Coaf, que passou a ter vigência a partir de setembro de 2012 e que ampliou ainda mais o leque de obrigações a que as pessoas físicas e jurídicas descritas no art. 9º da Lei 9613/1998 estão sujeitas.

Finalmente, resta a análise das consequências jurídicas da inobservância dos denominados deveres *compliance*. Segundo o art. 12 da Lei 9.613/1998, com as modificações trazidas pela Lei 12.683/2012, às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I – advertência; multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; III – cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Conforme o § 1º do art. 12, a pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. Em seguida, dispõe o § 2º do mesmo dispositivo que a multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II – não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III – deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV – descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

Apresentada a configuração dos deveres *compliance* e as instituições sujeitas ao controle mediante o Coaf, resta, portanto, a análise crítica de tais institutos, o que será realizado no próximo tópico.

3. O PROCESSO DE DETERIORAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: A UTILIZAÇÃO DE UM DIREITO PENAL SANCIONADOR COMO FORMA DE VULNERAÇÃO AO DIREITO AO SILÊNCIO

Como vislumbrado, um extenso rol de pessoas físicas e jurídicas resta abrangido pela Lei 9.613/1998, devendo realizar uma série de deveres *compliance*. Todavia, essa série de deveres – especialmente aqueles referentes à prestação de informações – deve ser ventilado sob a égide dos princípios referentes ao processo penal e sua instrumentalidade constitucional.

Não é difícil se pensar em uma hipótese na qual, por exemplo, uma instituição financeira submetida ao regime do art. 9º da Lei 9.613/1998, possa estar envolvida em um crime de lavagem de capitais. Partindo-se desse pressuposto, portanto, como seria possível conciliar os deveres *compliance*, suas sanções administrativas, bem como o direito de não fazer prova contra si mesmo? Em outras palavras, as possíveis consequências advindas da violação dos deveres *compliance* possuem exigibilidade jurídica quando a própria instituição seja suspeita da prática de uma das modalidades de lavagem de capital arroladas no art 1º da Lei 9.613/1998?

Antes mesmo de prosseguir com a análise acerca da hipotética resposta ao caso, tem-se como dever tecer breves comentários a respeito do denominado “direito a não produzir provas contra si mesmo”, que resulta de uma concepção contemporânea do brocardo *nemo tenetur se detegere*. Preliminarmente, parte-se aqui de que a Constituição da República, com a ruptura paradigmática ao modelo totalitário, insculpido no Código de Processo Penal de 1941, enseja uma necessária filtragem constitucional de alguns dispositivos. Por sistema acusatório, se defende, aqui, o sistema que centraliza a produção e iniciativa probatória nas mãos das partes (princípio dispositivo), não se verificando qualquer espécie de poder instrutório *ex officio* nas mãos da autoridade judiciária.

Como corolário de um sistema acusatório, como regra geral, o princípio dispositivo que determina o regime de provas vem associado a outras tantas garantias processuais de ranking constitucional. Como exemplo claro cita-se o direito de não produzir prova contra si mesmo. Trata-se de um princípio constitutivo do processo penal contemporâneo, que se erige em uma barreira contra métodos coercitivos para se obrigar o acusado a cooperar com a acusação. Nas palavras de Bacigalupo, “el Estado es garante de que el sospechoso no se inculpe contra su voluntad, pues el Derecho vigente impone a las autoridades de persecución del delito el deber de instruir a cualquier persona que es interrogada”²⁸.

O direito à não-autoincriminação é correlato ao direito à ampla defesa, que se pode desdobrar em autodefesa e defesa técnica²⁹. A autodefesa diz respeito à possibilidade de ser informado da acusação que pesa contra si, bem como de optar por refutá-la pessoalmente ou mesmo se negar a prestar qualquer espécie de informação. Neste último sentido é que se poderá afirmar a existência de uma autodefesa pessoal negativa. Na mesma direção, é possível se colacionar as palavras de Pisapia, para quem há uma necessária imbricação entre o direito de defesa e o ato do interrogatório do acusado ou do indiciado³⁰.

No sistema inquisitório, no qual o acusado é mero objeto de investigação, há uma verdadeira exploração do réu por sondas psíquicas, sendo encontrado e ajustado o axioma *reus tenebatur se detegere*³¹, não se admitindo o uso do silêncio. A fim de romper com o silêncio do acusado, o emprego da tortura foi uma estratégia utilizada pelo regime inquisitorial de provas. O princípio *nemo tenetur*, portanto, aparece vinculado a uma matriz que parte da renegação ao dogma da verdade real como finalidade do processo penal. Aliás, como assevera Schmidt, a limitação

aos meios para se acessar a verdade constitui importante ferramenta de controle da legalidade dos atos praticados por seus agentes, consistindo em inegável conquista do Estado Democrático de Direito³².

Todavia, uma exploração mais profunda no universo deste princípio remete necessariamente ao tratamento concedido a esta garantia pelo denominado sistema adversarial³³, que possui uma intensa ligação com o conceito de sistema acusatório aqui defendido³⁴. Várias conclusões podem ser apontadas sobre a aplicabilidade deste princípio no regime da *common law*: a) o princípio da proibição da autoincriminação não conhece existência na Inglaterra durante o nascimento da modernidade; b) a sua funcionalidade está adstrita à reconfiguração processual implementada pelo surgimento do sistema adversarial e da participação do advogado de defesa; c) há uma mudança significativa com o passar do tempo no que diz respeito à garantia da proibição de autoincriminação, que passa do direito de não proferir uma acusação contra si mesmo ao direito de não testemunhar, incluindo neste cerne o direito a não ser objeto de intervenções corporais destinadas a extrair provas do corpo do acusado; d) não há sentido algum em se recortar profundamente o direito à não autoincriminação do direito de defesa técnica, uma vez que aquele só possui sentido quando se admitir que alguém possa em nome do acusado falar³⁵. No sistema norte-americano este direito fundamental ganha força a partir do caso *Miranda v. Arizona*, derivando daí os denominados *miranda warnings*, isto é, a necessária advertência de que o acusado ou suspeito não está obrigado a cooperar com o Estado na investigação.

Como referido alhures, há uma gradativa transformação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que ao início englobava apenas o direito de nada responder e que passa, posteriormente, a abranger outras formas probatórias como a própria intervenção corporal e o direito de não servir como testemunha quando tal posição puder de alguma maneira comprometer o exercício do direito ao silêncio. Entretanto, esta mesma modificação orgânica do princípio tem levado algumas situações a serem deixadas fora da margem de proteção da garantia. Nos Estados Unidos, o caso paradigmático é *Schmerber v. California*, no qual fora colhido, sem a concordância do acusado, sangue de suas veias, enquanto se encontrava em estado de inconsciência. A despeito de restar encoberta pela Quinta Emenda da Constituição norte-americana, a Suprema Corte negou qualquer espécie de violação ao princípio do direito à não-autoincriminação.

Esta tendência pode ser encontrada recentemente no Brasil, quando o advento da Lei 12.654/2012 introduziu o que se pode denominar de “investigação genética”, alterando-se substancialmente a Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal. Mediante autorização judicial, mesmo sem a concordância do suspeito, a polícia poderá colher, por método indolor, quando essencial às investigações policiais, DNA do suspeito a fim de confrontar com o material genético encontrado no lugar do crime. O grande problema trazido por este normativo – a par de sua inarredável inconstitucionalidade – é o possível efeito cascata que poderá recair sobre outras espécies de provas, especialmente aquelas em que o corpo do investigado ou acusado possa estabelecer nexo de causalidade

probatório entre a ação e o resultado. Certamente o redimensionamento da cláusula de garantia contra a autoincriminação poderá levar adiante interpretações que concluam pela obrigatoriedade de submissão ao teste do bafômetro, dentre outras tantas inadequações que poderão ser construídas a partir do precedente normativo.

Uma vez ultrapassado o ponto de análise teórico do princípio do *nemo tenetur se detegere*, cumpre retornar ao ponto originário do tópico. As determinações das sanções previstas no art. 12 da Lei 9.613/1998 poderão ser aplicadas sobre o suspeito da prática de alguma modalidade de lavagem de dinheiro? Preliminarmente, deve-se salientar que o próprio Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a existência de um dever de garante do funcionário do *compliance officer* (órgão encarregado de fiscalização sobre as atividades financeiras da instituição) sob o fundamento de prevenção de delitos, tendo assumido a responsabilidade pela evitação do resultado, possuindo os deveres de cuidado, vigilância e proteção³⁶.

Como acentuam Badaró e Bottini³⁷, há uma, cada vez maior, tendência à utilização do recurso aos crimes omissivos impróprios, como forma de se criminalizar determinada conduta amparada na lei de lavagem de capitais. Naturalmente, as pessoas físicas e jurídicas descritas no art. 9º da Lei 9.613/1998 poderiam colaborar, dolosamente, para a prática do delito, segundo os defensores da tese da aplicabilidade da omissão imprópria ao delito em questão. O ponto nevrálgico da questão reside na circunstância de que os deveres *compliance* seriam verdadeiras normas de evitação de resultado, não existindo tão somente como regras “programáticas” para que a gestão e controle das atividades financeiras da instituição ou da pessoa física sejam executáveis. Pelo contrário, a criação de procedimentos e a observância das regras administrativas localizadas na Lei 9.613/1998 e especialmente na Resolução nº 20 do Coaf seriam indicadores de que se está a falar em um verdadeiro dever de evitação do resultado atribuído a tais pessoas (jurídicas e físicas). Portanto, deste ponto de vista, a punibilidade pela omissão imprópria seria adequada a tais situações, podendo, portanto, surgir conflituosamente com a incidência dos deveres *compliance*.

Admitindo-se a hipótese de que as pessoas destinatárias dos deveres *compliance* possam sofrer as sanções administrativas pelo descumprimento das diretrizes normativas quando suspeitas ou acusadas de prática do delito de lavagem de dinheiro, haveria inevitavelmente uma grave violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Explica-se.

As multas introduzidas pela Lei 12.683/2012 na Lei 9.613/1998 são de tamanha vultuosidade que se torna possível a afirmação de que constituem uma verdadeira sanção de natureza administrativa. Apesar de não anunciadas como tal, a natureza eminentemente expropriatória que os valores alcançam (até R\$ 20.000.000,00) não permite outra conclusão. Se efetivamente se trata de penas administrativas que tentam coagir ou forçar os destinatários dos deveres *compliance* a cumprir o papel de agentes fiscalizadores, o que se está fazendo é uma coação indireta para que tais deveres sejam cumpridos, recorrendo-se a uma espécie de sanção administrativa de caráter tão severo que seria, aliás, incompatível com

a própria natureza administrativa que se lhe queira atribuir. Para além, defende-se aqui que tais sanções pecuniárias e de cessação de atividades, por exemplo, não diferem em nada daquelas penais provenientes de uma sentença condenatória, como a pena de multa e a proibição das atividades (veja-se que, nos crimes ambientais, inclusive no que se refere à condenação da pessoa jurídica, estas configurariam penas principais). Estas características de graves sanções, sem, contudo, recorrer à criminalização, são próprias do denominado direito administrativo sancionador. Em poucas palavras, a Lei 9.613/1998 estabelece um verdadeiro direito administrativo sancionador para favorecer o cumprimento dos deveres *compliance* estipulados nas normas brasileiras. Entretanto, nos inúmeros países europeus que adotam o direito administrativo sancionador, há a renúncia à utilização do direito penal. Ou se tutela determinada circunstância mediante o recurso ao direito administrativo sancionador ou mediante o direito penal. Tudo a depender da ofensividade da conduta.

A situação resta agravada quando se analisa que a aceitação da duplicidade de sanções penais e administrativas por um mesmo fato trará as seguintes consequências: a) a pesada multa administrativa que recai sobre o destinatário do dever *compliance* pode fazer com que as informações sejam prestadas, mesmo que isso implique uma “assunção de responsabilidade” perante a esfera criminal. Gize-se que a pena do crime de lavagem de capitais – que vai de 3 a 10 anos – poderia autorizar, ausentes causas de aumento e ausentes agravantes, a se estimar que a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos de prisão, autorizando, com isso, a aplicação do art. 44 do Código Penal e a substituição da pena restritiva de liberdade por duas penas restritivas de direitos; b) a não prestação das informações poderá, admitida a possibilidade de concurso de normas aos destinatários dos deveres *compliance*, gerar pesada multa, que inclusive poderá ser mais grave do que aquela de natureza penal; c) a prestação de informações que lograr êxito no apontamento de um delito de lavagem de dinheiro, com recuperação de parte considerável dos ativos poderia, inclusive dependendo de como se procede, fazer incidir a causa de diminuição da pena denominada delação premiada, a teor do § 5º do art. 1º da Lei 9.613/1998.

O que se pode vislumbrar, diante deste cenário, é a progressiva relativização do *nemo tenetur se detegere*, a partir do que se poderia denominar como justaposição de normas jurídicas incidentes sobre um mesmo destinatário, a partir dos diversos enfoques que cada ramo do direito é capaz de oferecer. Este fenômeno é responsável pelo aumento da incerteza na resposta estatal e, mais do que isso, aquele setor administrativo ameaça arrebanhar cada vez mais tarefas anteriormente vinculadas à estrita jurisdição. Isto é, há uma crescente administrativização do direito penal mediante o recurso “à formação de camadas jurídicas de normas”, incidindo cada uma segundo sua racionalidade. O ponto de bifurcação e (perversa) continência se dará quando tais normas autorizarem, necessariamente, a renúncia a direitos (neste caso, inclusive indisponíveis), em prol do livramento de uma

sanção que poderá, caso a caso, configurar sanção de igual intensidade, mascarada de “sanção administrativa”.

Há que se lembrar, aqui, que este procedimento não é novo no Brasil. De certa maneira, o princípio *nemo tenetur se detegere* já havia sido relativizado quando da edição da Lei 8.137/1990 e da redação do art. 1º deste diploma legal. A situação se torna mais agravada quando advém no ordenamento jurídico a Lei 12.654/2012, que regula a identificação genética. Portanto, o esculpido pela Lei 12.683/1998 foi tão somente alargar o âmbito dos deveres *compliance* e aumentar a dose de “incentivo” ao cumprimento dos referidos deveres. O resultado é um ordenamento jurídico-penal-administrativo elaborado em camadas normativas superpostas, de modo que uma mesma situação seja prevista sob a ótica de dois ramos distintos do ordenamento jurídico, incentivando, por assim dizer, a renúncia de direitos fundamentais com a ameaça de dispositivos de controle para-punitivos.

A determinação de inúmeras normas que atuam sobre um mesmo fato tem sentido diante de uma lógica perversa da eficiência e do primado do público sobre o privado. A simples análise da nova normativa em matéria de lavagem de dinheiro estabelece uma situação bastante preocupante: ou o destinatário do dever *compliance* se vale do direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, podendo sofrer, com isso, uma sanção administrativa de grande magnitude, ou renuncia àquele direito e se isenta de sofrer a sanção administrativa, naturalmente assumindo aquela de natureza penal. Eis um bom exemplo de como a racionalidade instrumental econômica coloniza o direito (penal) e os direitos constitucionais passam por um estágio de excepcionalidade.

Parece que com este fenômeno de sobreposição de normas jurídicas que tutelam uma mesma circunstância fática já foi possível aclarar esta nova forma de controle sobre os direitos fundamentais. Em suma, pode-se falar que recairá um direito penal administrativo sancionador para aqueles que não renunciarem a seu direito constitucional de não fazer prova contra si mesmo. Penaliza-se, com isso, o exercício regular de um direito. Eis aí a ofensa ao Estado Democrático de Direito pelos mecanismos capilarizados dos dispositivos de segurança que alicerçam a governamentalidade contemporânea. Essa a tarefa final do ensaio.

4. A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL E A CULTURA DO CONTROLE NO BRASIL: DISPOSITIVOS DE GOVERNAMENTALIDADE, GESTÃO DE RISCOS E O POSTULADO DA SEGURANÇA

David Garland, em uma importante trilogia, que culmina no livro *The culture of control*, tratou de examinar uma mudança radical operada no sistema punitivo norte-americano, com o que se convencionou chamar de abandono do previdenciarismo penal³⁸. O aspecto central desta obra é destacar o surgimento de uma cultura do controle, capitaneada pela criminologia do Outro. Esta nova criminologia afasta-se da discussão própria dos anos 60 e 70 do século XX, voltada sobre o conceito de

responsabilidade. A modificação do eixo teórico desta nova criminologia repousa sobre aspectos de gestão do risco criminal, sobretudo com teorias “científicas” da causação e prevenção³⁹.

Há uma transformação na própria racionalidade criminológica, operando-se as discussões sobre um pensamento econômico aplicado. Nas palavras de Garland, há uma nova forma de atuação da justiça criminal: “os custos do crime agora são rotineiramente calculados, como também o são os custos da prevenção, do policiamento, da perseguição e da punição; os números produzidos ajudam a nortear as escolhas políticas e prioridades operacionais”⁴⁰.

Esta abordagem econômica, gerencial ou atuarial do crime apela diretamente à racionalidade econômica. A denominada análise econômica do delito – cujos desenvolvimentos se devem a Becker⁴¹ – permite a construção e a modelagem do sistema punitivo segundo a maximização da racionalidade instrumental. Quiçá o ponto máximo de estruturação da criminologia atuarial esteja debruçado sobre a utilização da estatística e do cálculo gerencial como elementos capazes de modificar a própria autodefinição do sistema punitivo. Há aqui, atualmente, na literatura criminológica britânica e americana, uma profusão de textos que vão de fórmulas explicativas da criminalidade à demonstração das margens hipotéticas de vitimização de determinada prática delitiva. E isso corresponderá, para Jock Young, a uma perda da “imaginação criminológica”⁴². Trata-se de uma nova espécie de positivismo criminológico que recorre à ortodoxia do economicismo. Há, inegavelmente, um fetiche pelos números concernentes à ilusão da precisão por eles carregada⁴³, pretensamente sob o pálio de erradicar a insegurança ontológica.

Não é à toa que em paralelo à administrativização do direito penal concorrerá uma administrativização da criminologia, algo que Zaffaroni batiza de criminologia do fim da história⁴⁴. Esta criminologia administrativizada corresponde, naquilo que lhe outorga uma relação um tanto que conturbada, ao aspecto governamental que acode ao nome de política criminal atuarial. Segue-se, aqui, a análise realizada por Maurício Dieter, em estudo pioneiro, profundo e acurado sobre o tema, quando examina a política criminal atuarial. A lógica atuarial “remete à adoção sistemática do *cálculo atuarial* como critério de *racionalidade* de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados – normalmente inferidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos”⁴⁵. Pode-se, via de consequência, definir a política criminal atuarial como a reprodução da racionalidade instrumental econômica com a utilização deste arsenal epistêmico junto aos procedimentos de criminalização secundária⁴⁶.

Não se pode deixar de observar que nos deparamos com verdadeiro saber de domínio instrumentalizado por interesses neoliberais e de mercado (*business principles*). Quanto a essa forma econômica de racionalidade, Garland já afirmara ser oriunda das práticas do setor privado⁴⁷. Essa abordagem, logicamente, alcançou rapidamente o campo criminal, conferindo-lhe uma disposição econômica radical⁴⁸. Tal forma de gerir interesses vai ao encontro da própria lógica de globalização

econômica, colonizando cada vez mais outros territórios⁴⁹. Na sociedade do controle, aliás, modelos de regulação desenvolvidos a partir da lógica organizacional da economia vão se tornar cada vez mais influentes⁵⁰. Esses mecanismos consagram-se como critérios mestres na articulação das estratégias de prevenção e do controle da criminalidade. Trata-se de uma racionalidade que não mais se ilude com a erradicação do crime, sabendo, contrariamente, existir certa regularidade cotidiana de transgressões penais⁵¹.

Em torno da lógica atuarial centraliza-se o conceito de *risco*, que anteriormente foi cooptado pelo próprio discurso do direito penal. Todavia, o gerencialismo e o fetiche causado pelo domínio dos números – algo sem dúvida apresentado pela lógica atuarial – demonstra à sociedade que há um imaginário coletivo que, a par do contexto contemporâneo de insegurança ontológica, como destaca Giddens⁵², haveria a possibilidade de se reencontrar a segurança. É como se a lógica atuarial representasse um (sujeito suposto) saber capaz de garantir que agora se está, de fato (!), diante da verdade, de modo a minimizar os riscos e incertezas da vida contemporânea e garantir o acerto de nossas decisões⁵³.

Esta política criminal atuarial pode ser mais bem compreendida diante de um exame que a relacione à *governamentalidade*⁵⁴. Os últimos seminários de Foucault no *Collège de France* se direcionaram no sentido de examinar as condições, as estruturas, os pequenos diagramas e associações do poder encabeçados pelos denominados dispositivos de governança. As estratégias da governança, especialmente pelos estudos que se debruçaram acerca da inexorável interligação entre criminalização e governamentalidade – como muito bem demonstrou Simon⁵⁵ – passam diretamente pela produção de dispositivos. Os dispositivos, de acordo com Agamben, são espécies de rede, permitindo a conectividade entre diversos elementos. Exercem, ainda, uma função estratégica no estudo da governamentalidade⁵⁶.

A tese de Foucault é a de que a sociedade disciplinar – especialmente aquela delineada em *Vigiar e Punir* – já não pode dar conta de todo o fenômeno da governamentalidade. Evidente que na sociedade pós-disciplinar, a disciplina não será simplesmente substituída por outro elemento. Haverá a justaposição de ambos, naturalmente. Ocorre que as lições malsucedidas da lógica disciplinar foram inegavelmente bem absorvidas sem que, no entanto, seus ideais manifestos – ao menos pelos bem intencionados – fossem consumados. Assim, dentro da genealogia da governamentalidade, pode-se afirmar que ela se desdobra pela forma da legalidade (que atua através de um código binário do permitido e proibido), da disciplina (referente aos mecanismos de vigilância e correção) e, finalmente, da segurança. No que diz respeito a esta nova tecnologia de poder, as reações frente à criminalidade, por exemplo, se darão através do cálculo de custos⁵⁷. O sistema de legalidade é aquele referente à Idade Média, o segundo, o sistema disciplinar, é o da modernidade, enquanto o terceiro – o de segurança – é o contemporâneo, que se organiza em torno do cálculo de custos e que corresponde às formas americanas e também europeias de tratamento da criminalidade.

Foucault estabelece diferenças essenciais entre a disciplina e os dispositivos de segurança. A disciplina é essencialmente centrípeta, através do isolamento de um espaço, e atua de maneira segmentária, isolando o fenômeno. Os mecanismos de segurança, pelo contrário, são tendentes à expansão, são centrífugos. Produzem, através das imbricações, sempre novos elementos. Foucault sustentará outras tantas diferenças que brotam entre o sistema disciplinar e os dispositivos de segurança. Todavia, para a tarefa deste ensaio, este desnivelamento entre o sistema disciplinar e o de segurança é vital para a compreensão das conclusões aqui levantadas⁵⁸.

Nesse rumo, desenvolve-se uma nova forma de gestão do crime a partir da estratégia de transferência de responsabilização⁵⁹, segundo a qual se delega a responsabilidade do controle a grupos e indivíduos, de modo que o Estado, em alguns setores, não mais atua diretamente contra o crime (com polícia, tribunais, prisões, etc.), senão de forma indireta, preventivamente, com apoio de organismos e organizações não estatais. Trata-se de uma nova ética ou de um mandamento ético⁶⁰ que se alastra segundo o regime de governança cujo interesse estratégico não é outro senão o de formar uma cultura *compliance* e, conseqüentemente, ampliar o controle econômico. É justamente disso que se trata, pois dirão alguns autores que “a cultura é o elemento mais eficaz de orientação e controle da conduta de indivíduos e de organizações.”⁶¹ Eis que, com isso, delinea-se uma tentativa forçada de se instaurar uma cultura delirante da administração da vida social em nosso contexto, tal como um significativo mestre⁶² que instaura uma nova ordem pela força e pela violência. E nada obstante, o próprio aparelho judiciário assume cada vez mais uma função reguladora, como já previra Foucault⁶³.

Com o alastramento do *gerencialismo*, possibilita-se, inclusive, a existência normal de uma duplicidade de códigos que permeia este campo a partir da imperatividade de tendências populistas e mandamentos internacionais de criminalização, apoiados em visões paranoicas de constantes ameaças. Acaba-se, com isso, funcionalizando o direito penal simbólico com a criminalização segundo interesses de mercado e hipertrofiando a suspeita insustentável de que todos são culpados (não se pode chegar a outra conclusão diante do prevencionismo exacerbado da nova Lei de Lavagem de Dinheiro).

O atuarialismo vem a ser, em nossa hipótese, a hipérbole de uma razão que fermenta cifras e ambiciona tudo assujeitar à visão numérica do mundo, o que corresponde a uma paranóia calculadora refinada, para empregarmos uma expressão de Sloterdijk⁶⁴. Em termos de estruturação subjetiva, trata-se de algo semelhante à metáfora do cristal de Freud em que, ao se quebrar, o cristal não se rompe ao acaso, senão somente ao longo das linhas de clivagem, cujos fragmentos são pré-determinados⁶⁵. Parece haver a mesma consequência experienciada na sociedade do controle: há uma forma de organizar a experiência dos indivíduos em que todo comportamento está previamente incluído nas análises de risco e controle de modo onipresente e aniquilador, tal como uma figura paterna absoluta que não se permite fracassar para deixar que o Eu se constitua.

A tese aqui defendida é a de que os denominados deveres *compliance* são nada mais do que estruturas capilarizadas de controle, debruçando-se na intersecção entre o administrativo e o jurídico. Através da atuação sobre a realidade, há uma espécie de ajustamento de suas funcionalidades e elementos. A própria função de prevenção comumente atribuída a estes deveres deixa bem claro se tratar de um regulador estratégico. Através destes dispositivos há um alargamento do controle estatal, em grande parte tendo como mesmo cerne o fetiche da categoria do risco. Tanto é assim que os deveres *compliance* se justificam mediante o recurso da diminuição do risco *compliance*. Entre *compliance*, riscos *compliance*, sanções administrativas e penais, existirá um fundo de realidade que pereniza e entroniza a relação entre estas categorias, permitindo a dispersão destes elementos por todas as áreas da socialidade. A análise levada adiante por Silva-Sánchez,⁶⁶ e que se tornou conhecida mundialmente, poderia ser explicada, com muito mais propriedade e profundidade, pelas lentes dos dispositivos de segurança, tendentes à expansão.

Por se tratarem de dispositivos, evidentemente exercerão funções latentes e não declaradas, inclusive não podendo ser resumidas em algumas finalidades previamente atribuíveis. Além da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, seria possível associar os denominados deveres *compliance* a uma tentativa forçosa de, com o recurso ao direito administrativo sancionador como uma maneira velada de se obter, no plano da investigação preliminar, uma *total enforcement*. O Brasil, fugindo do exemplo adotado por outros países⁶⁷, não torna obrigatória a notícia-crime, a fim de instauração da investigação preliminar. Salienta-se, aqui, a exceção trazida pela Lei 3.688/1941, em seu art. 66, I e II (omissão de comunicação de crime de ação penal pública incondicionada quando o funcionário público, em razão de suas funções, tomou conhecimento de sua prática; omissão de comunicação de crime; omissão de comunicação de crime de ação penal pública por profissional da área médica). Nos demais casos, a notícia crime é facultativa.

O não cumprimento dos deveres *compliance* estabelecidos nas regras, como já referido inúmeras vezes, sujeitará o agente omitente às sanções administrativas de alta magnitude. Como se pode perceber, por detrás das alterações normativas se esconde uma grande rede de elementos capazes de permitir a maximização da governamentalidade, isto é, a subordinação dos sujeitos ao controle meramente estatístico (lembrando que estatística não é outra coisa que um mecanismo da *razão de estado*). Percebe-se, uma vez mais, a acertada análise de Foucault acerca da tendência à expansão dos dispositivos de segurança. Uma análise como a aqui alinhavada permite diagnosticar, imediatamente, duas afetações diretas no sistema processual penal: junto à investigação preliminar e junto ao princípio da proibição da autoincriminação. Certamente uma análise mais profunda poderia levantar outras tantas séries de mutações no funcionamento da justiça criminal trazidas pelos deveres *compliance*.

Em ritmo de conclusão, parece facilmente compreensível a ampliação e o aprofundamento do controle punitivo e administrativo sobre determinadas práticas econômicas. Assim como também se verificam

inúmeros dispositivos que atuam em outras sedes. O funcionamento do sistema punitivo, mediante o recurso à justaposição de normas, estrategicamente dispostas de modo a relativizar a incidência das garantias constitucionais parece ser uma importante ferramenta da governamentalidade contemporânea. A inserção dos dispositivos de segurança revela uma tendência ao ofuscamento dos códigos de legalidade próprios da justiça criminal.

Verificou-se, mediante a análise do princípio fundamental da proibição de autoincriminação, que os deveres *compliance* se apresentam como dispositivos que subordinam a lógica jurídica a uma lógica atuarial. A ideia motriz de prevenção e de gestão de riscos, encravada no discurso da criminologia administrativa, é justamente o *leitmotiv* destes deveres *compliance*. A lógica de devassa às garantias constitucionais é fundamentada por institutos aparentemente neutros e sem a pretensão de maximização do controle estatal. Há que se ter o devido cuidado em se desconfiar desta ampliação de deveres e, inclusive, de abertura à racionalidade econômica e gerencial que ameaça governar o jurídico. Estas profundas alterações na funcionalidade do sistema punitivo começam a ser mais perceptíveis, pelo menos para certo setor da criminologia contemporânea.

A grande discussão a ser travada residirá na batalha contra a gradativa supressão destas garantias, alertando-se para o fato de que o sistema punitivo vem sendo paulatinamente colonizado pela racionalidade econômica. Os deveres *compliance* são apenas mais um dispositivo de segurança imerso na grande rede de governamentalidade na sociedade pós-disciplinar. Portanto, há que se investigar até que ponto são compatíveis com a Constituição da República e quais os limites a serem impostos.

>> NOTAS

- ¹ Cf Weber, 2001.
- ² Aglieta/Rebérioux, 2005.
- ³ Stakeholder foi um termo utilizado pela primeira vez por Robert Edward Freeman, para designar os participantes essenciais de um planejamento estratégico negocial.
- ⁴ Silverman, 2008: 05.
- ⁵ Neyer/Wolf, 2005: 41-42.
- ⁶ Neyer/Wolf, 2005: 42.
- ⁷ Cf Deacon, 2007.
- ⁸ Para Luhmann “as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’ “. Luhmann, 1983: 57.
- ⁹ Neyer/Wolf, 2005: 42.
- ¹⁰ Neyer/Wolf, 2005: 46.
- ¹¹ Neyer/Wolf, 2005: 46.
- ¹² Saavedra, 2011: 11.
- ¹³ Blount, 2002.
- ¹⁴ Saavedra, 2011: 12.
- ¹⁵ Cf Ruggiero, 2008.
- ¹⁶ Eung, 2004.
- ¹⁷ As organizações deverão priorizar periodicamente seus recursos éticos e de *compliance* para atingir aquelas potenciais atividades criminosas que colocam a maior ameaça à luz dos riscos identificados. Tradução livre do autor.
- ¹⁸ Silverman, 2008: 231.
- ¹⁹ The Compliance Function in Banks. Bank for International Settlements. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs103.htm>>.
- ²⁰ Stessens, 2003: 178.
- ²¹ Nos Estados Unidos, a propósito do uso da Lei de Controle de Lavagem de Dinheiro (*Money Laundering Control Act*, de 1986), as cortes têm, entretanto, flexibilizado o requisito comum da consciência necessária à prática ilícita a fim de exercer maior pressão sobre pessoas de negócio. Com isso, lançou-se mão de um instituto alternativo, o da “cegueira deliberada”. A teoria da cegueira deliberada, basicamente, incide sobre aquelas situações em que o agente buscou intencionalmente criar formas de impossibilitar a tomada de consciência sobre uma atividade ilícita específica ou sobre a existência de um fato particular. Seriam situações concretas com alto grau de probabilidade de resultarem em atividade criminosa que o réu preferiu ignorar, ou sabia ser existente. Nada mais se torna a cegueira deliberada, porquanto reconhecido instituto de fácil manejo hermenêutico em razão da sua indeterminação aplicativa (que, por consequência, confere um enorme poder às cortes), do que um substituto mental na persecução penal que satisfaz os critérios de consciência essenciais à configuração da prática criminosa. Um exemplo típico da cegueira deliberada seria o do viajante que aceita transportar um pacote para um estranho, que lhe pagaria algum valor para tanto. O viajante pode trazer uma suspeita razoável de se tratar de contrabando. Mas sem uma investigação, não seria possível apurar se o viajante sabia ou não do conteúdo ilícito do pacote. Contudo, a teoria da cegueira deliberada permite essa inferência. Se o viajante alegar desconhecimento, a teoria

abarca o requisito subjetivo de conhecimento real imputado. Logicamente, em termos de devido processo legal, isso pode trazer alguns problemas. Ao se adotar tal critério de intencionalidade, claramente expandido, acaba-se por fragilizar e reduzir o ônus da prova (*proof*) do órgão acusador, pois não havendo como criar prova direta, desloca-se a carga probatória para o réu, fortalecendo-se uma indesejável presunção – *juris tantum* – de culpa e do conhecimento imputado. Em suma, a teoria da cegueira deliberada vem justamente quebrar com o tradicional padrão de conhecimento, expandindo-o e equalizando a culpabilidade quer para o conhecimento quer para a deliberada ignorância. Cf. Kaenel, 1993: 1189-1216.

²² Cf Demetis, 2010.

²³ Pieth/Aiolfi, 2004.

²⁴ Trata-se de uma figura ligada ao “estado mental” (*state of mind*) do agente de uma conduta delituosa, constitutivo do *mens rea* (mente culpável). A figura da *recklessness* significa que ao agente não desejou o resultado mas, prevendo o resultado, agiu de tal maneira a expor alguém a risco. Trata-se de uma figura muito similar ao dolo eventual do direito brasileiro.

²⁵ Bernasconi, 2005: 247-256.

²⁶ Estes *standards* podem ser consultados em: <www.fssc.org.uk>.

²⁷ Howarth, 2007: 17-20.

²⁸ Bacigalupo, 2005: 69.

²⁹ Armenta Deu, 2004: 54.

³⁰ Pisapia, 1975: 31.

³¹ Cordero, 2000: 94.

³² Schmidt, 2006: 67.

³³ Langbein, 1997: 82.

³⁴ Por sistema adversarial destaca Damaska: “by adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive.” Damaska, 1997: 74.

³⁵ Langbein, 1997: 108.

³⁶ Saavedra, 2011: 12.

³⁷ Cf Badaró/Bottini, 2012.

³⁸ Garland, 2008: 50.

³⁹ Garland, 2008: 390.

⁴⁰ Garland, 2008: 396.

⁴¹ Becker, 1990: 39-85.

⁴² Young, 2011: viii.

⁴³ Young, 2011: 44.

⁴⁴ Zaffaroni, 2011: 305.

⁴⁵ Dieter, 2012: 05.

⁴⁶ Em sentido similar Cf Dieter, 2012: 06.

⁴⁷ Garland, 1999: 65.

⁴⁸ O'Malley, 2009: 12.

⁴⁹ O que não significa, frise-se, que o Estado se fragilize. Ferguson/Gupta, 2005: 123.

⁵⁰ Braithwaite, 2003: 10, 20-3.

⁵¹ Configura-se verdadeira transformação penalógica, sob três principais dimensões: (1) mudança discursiva com a implementação de uma nova linguagem numérica de probabilidades e de análise de risco; (2) imposição de novos objetivos orientados pelo primado da eficiência do controle, não se pretendendo mais eliminar o crime, senão geri-lo por meio de uma coordenação sistemática, num processo de gestão da criminalidade (uma razoável quantidade de crime aceitável em qualquer sociedade); e (3) emprego de novas técnicas de verificação

de perfis de risco com a finalidade de aumentar a prevenção de periculosidades, promovendo uma incapacitação seletiva dos infratores de alto risco, com a promessa de reduzir os efeitos do crime na sociedade. Feeley/Simon, 1992.

⁵² Cf Giddens, 2003.

⁵³ Zizek, 2008: 79.

⁵⁴ “Por esta palavra, ‘governamentalidade’, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança.” Foucault, 2008: 143.

⁵⁵ Cf Simon, 2007.

⁵⁶ Agamben, 2009.

⁵⁷ Foucault, 2006: 20-21.

⁵⁸ As outras distinções elaboradas por Foucault seriam as de que: a) enquanto o sistema disciplinar possui uma tendência a tudo regulamentar, os dispositivos de segurança atuam na permissividade, no “deixar fazer; b) a disciplina distribuiria as coisas segundo um código do permitido/proibido. Há uma tendência de codificação constante do permitido e do proibido pelo mecanismo disciplinar. O dispositivo de segurança não adota plenamente o ponto de vista do permitido nem aquele do proibido. O dispositivo de segurança atua diretamente sobre a realidade, anulando-a”. Foucault, 2006: 66-67.

⁵⁹ Garland, 1999: 67.

⁶⁰ Saavedra, 2011: 11-12.

⁶¹ Coimbra/Manzi, 2010: 87

⁶² Zizek, 2008: 57.

⁶³ Foucault, 1998: 157.

⁶⁴ Sloterdijk, 2012: 500.

⁶⁵ Safatle, 2011.

⁶⁶ Silva-Sánchez, 1999.

⁶⁷ Por exemplo, na Espanha, a notícia crime é obrigatória, podendo sujeitar o agente que se omite às penas do art. 450 da Ley Orgánica 10/1995.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Agamben, Giorgio (2009).** *O Que é o Contemporâneo e Outros Ensaio*s. Chapecó: Argos.
- Aglietta, Michel/Rebérioux, Antoine (2005).** *Corporate Governance Adrift: a critique of shareholder value*. Cheltenham: Northampton: Edward Elgar.
- Alexy, Robert (2001).** *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Armenta Deu, Teresa (2004).** *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo, Enrique (2005).** *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Badaró, Gustavo/Bottini, Pierpaolo Cruz (2012).** *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Becker, Gary (1990).** *The Economic Approach to Human Behaviour*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Blomberg, Thomas G/Hay, Carter (2007).** "Visions of Social Control revisited". In: David Downes, Paul Rock, Christine Chinkin and Conor Gearty (orgs.). *Crime, Social Control and Human Rights: From moral panics to states of denial – Essays in honour of Stanley Cohen*. Canada: Willan Publishing, p. 174-194.
- Blount, Ernest C (2002).** *Occupational Crime: deterrence, investigation and reporting compliance with federal guidelines*. Boca Raton: CRC Press.
- Braithwaite, John (2003).** "What's Wrong with the sociology of punishment?". *Theoretical Criminology*, vol. 7(1), p. 5-28.
- Coimbra, Marcelo de Aguiar/Manzi, Vanessa Alessi (2010).** *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas.
- Costa, Rogério da (2003).** "A Sociedade de Controle". *São Paulo em Perspectiva*, v. 17, n.3, p.161-167.
- Cordero, Franco (2000).** *Procedimiento Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis S. A, vol. 2.
- Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (2001).** "Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro". *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, p. 26-51.
- Damaska, Mirjan (1997).** *Evidence Law Adrift*. London: New Haven: Yale University Press.
- Deacon, Bob (2007).** *Social Policy and Governance*. London: SAGE.
- Demetis, Dionysios (2010).** *Technology and Anti-Money Laundering: a systems theory and risk-based approach*. Cheltenham: Northampton: Edward Elgar.
- Dieter, Maurício Stegemann (2012).** *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese Apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR.
- Feeley, Malcolm M./Simon, Jonathan (1992).** "The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications". *Criminology*, 30(4), p. 449–474.
- Foucault, Michel**
(2008). *Segurança, Território, População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
(2006). *Seguridad, Territorio, Población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
(1998). *A História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Rosa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal.

Garland, David

(2008). *A Cultura do Controle: crime e ordem na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan.

(1999). “As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o caso britânico”. *Revista de Sociologia e Política*, N. 13, Nov., 59-80.

Giddens, Anthony (2003). *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.

Helmholz et all (1997). *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and development*. Chicago: London: University of Chicago Press.

Kaenel, Franz J. von (1993). “Wilful Blindness: a permissive substitute for actual knowledge under the Money laundering control act”. *Washington University Law Review*, v. 71. Washington, p. 1189-1216.

Langbein, John (1997). “The Privilege and the Common Law Criminal Procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries”. In: Helmholz et all. *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and development*. Chicago: London: University of Chicago Press, 82.

Lopes Júnior, Aury (2012). *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Luhmann, Niklas (1983). *Sociologia do Direito I*. Brasília: Tempo Brasileiro.

Muller, Wouter H/Kalin, Christian H/Goldsworth, John G. (2007). *Anti-Money Laundering: international law and practice*. San Francisco: John Wiley and Sons Ltd.

O’Malley, Pat (2009). *Governmental Criminology*. London: Sage, n. 09/84, Set.

Pieth, Mark/Aiolfi, Gemma (2004). *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering: a critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the U.K and the U.S.A*. Chetenham and Northampton: Edward Elgar.

Pisapia, Gian Domenico (1975). *Compendio di Procedura Penale*. Padova: CEDAM.

Ruggiero, Vincenzo (2008). *Crimes e Mercados: ensaios em anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Saavedra, Giovanni (2011). “Reflexões Iniciais Sobre Criminal Compliance”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 18. Jan.

Safatle, Vladimir (2011). *Paranóia como Catástrofe Social: sobre o problema da gênese de categorias clínicas*. São Paulo: Unesp.

Savona, Ernesto U (2005). *Responding to Money Laundering: international perspectives*. London: Taylor & Francis.

Schmidt, Eberhard (2006). *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Lerner.

Silverman, Michael G (2008). *Compliance Management for Public, Private and Non-Profit Organizations*. New York: McGraw Hill.

Silva-Sánchez, Jesús-Maria (1999). *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

Simon, Jonathan (2007). *Governing Through Crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press.

Sloterdijk, Peter (2012). *Crítica da Razão Cínica*. Tradução de Marco Casanova, Paulo Soethe, Mauricio Mendonça Cardozo, Pedro Costa Rego e Ricardo Hiendlmayer. São Paulo: Estação Liberdade.

Weber, Leonard J (2001). *Business Ethics in Healthcare: beyond compliance*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press.

Yeung, Karen (2004). *Securing Compliance: a principled approach*. Oxford and Portland: Hart Publishing.

Young, Jock (2011). *The Criminological Imagination*. London: Polity.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *Las Palabras de los Muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

Zizek, Slavoj

(2008a). *En Defensa de la Intolerancia*. Tradução de Javier Eraso Ceballos. Madri: Sequitur.

(2008b). *Visão em Parallaxe*. Tradução de Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo.

Zurn, Michael/Joerges, Christian (2005). *Law and Governance in Postnational Europe: compliance beyond the national state*. Cambridge: Cambridge University Press.